



**UENP UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ –
UENP**

**CAMPUS DE JACAREZINHO - CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

LEILA REGINA DIOGO GONÇALVES MEDINA

**O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO EM
CONTRAPONTO À RESERVA DO POSSÍVEL**

**JACAREZINHO
2010**

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.



**UENP UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ –
UENP**

**CAMPUS DE JACAREZINHO - CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

LEILA REGINA DIOGO GONÇALVES MEDINA

O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO EM CONTRAPONTO À RESERVA DO POSSÍVEL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor Reinéro Antonio Lérias

**JACAREZINHO
2010**

M528 o Medina, Leila Regina Diogo Gonçalves.
O Direito Fundamental Social à Educação em contraponto à reserva do possível./ Leila Regina Diogo Gonçalves Medina. Jacarezinho (PR) 2010.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, 2010.

1. Direitos Humanos 2. Direitos Sociais 3. Direitos Fundamentais Sociais 4. Educação
I. Título.

CDU 342(81)

TERMO DE APROVAÇÃO

LEILA REGINA DIOGO GONÇALVES MEDINA

O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO EM CONTRAPONTO À
RESERVA DO POSSÍVEL

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, defendida por Leila Regina Diogo Gonçalves Medina, e aprovada em 25 de setembro de 2010, por banca examinadora constituída pelos doutores:

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Orientador Doutor Reinéro Antonio
Lérias

Professor Doutor Mauricio Gonçalves Saliba

Professor Doutor Ednilson Donisete Machado

Jacarezinho, 25 de setembro de 2010.

DEDICATÓRIA

Ao meu esposo Rodney e meu filho Manoel, por me apoiarem e me ajudarem
com sua compreensão e carinho.

Ao meu filho Gabriel, anjo de luz, que me ensinou a ter confiança e coragem
para enfrentar as dificuldades.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que me concedeu vida e me cumula a todo instante com dádivas infinitas. Ao meu orientador, Dr. Reinéro Antonio Lérias, que com sabedoria, atenção e carinho me auxiliou, desde os primeiros contatos, a tornar esse trabalho uma realidade. Sou grata aos meus pais que por sua abnegação e sacrifício me proporcionaram a possibilidade de estudar, muito embora isso lhe tenha sido negado. Ao Rodney, meu esposo, pelo seu amor e dedicação incondicionais, mesmo quando a sua paciência já se fazia fíndia. Agradeço ao meu filho Manoel, que com inocência e amor me impulsiona a continuar sempre. Aos meus amigos Franciano, Andréa e Rafael, por sua amizade e por toda a ajuda e carinho que me dedicaram. A todos os professores do programa de mestrado que, generosamente, transmitiram seus conhecimentos e experiências, de forma profissional e afetuosa. Ao professor Dr. Vladimir Brega Filho, pelo apoio e incentivo que aliados aos seus ensinamentos me auxiliaram nesta empreitada. Sou grata também à Maria Natalina Costa, pela sua amizade e carinho, atributos que se aliam ao seu profissionalismo na secretaria do programa de mestrado. Aos meus irmãos Ércio, Sônia, Isabel e Kele pelo carinho e amizade que me dedicam e, especialmente à Kele, que me apóia e me incentiva, a lutar pelos meus ideais, na vida profissional e acadêmica.

Caminante, son tus huellas
el camino, y nada más;
caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.
Al andar se hace camino,
y al volver la vista atrás
se vê la senda que nunca
se há de volver a pisar.
Caminante, no hay camino,
Sino estelas en la mar.

(António Machado)

MEDINA, Leila Regina Diogo. The social fundamental to education in counterpoint to the reserve of the possible. Jacarezinho, 2010 Dissertation (Master's degree in Legal Science) - State University of the North of Paraná - UENP.

RESUMO

Este trabalho pretende analisar a importância da educação na construção de uma sociedade mais justa e igualitária, para tanto a abordagem de algumas correntes filosóficas traz subsídios para a compreensão da concepção de educação nos diversos momentos históricos do desenvolvimento da civilização ocidental. Ressalta-se a essencialidade do direito à educação como direito humano, caráter esse reconhecido por diversas declarações e documentos oriundos da comunidade internacional, desvelando ser o direito à educação o substrato dos princípios constitucionais mais valiosos à ordem jurídica brasileira, e, por outro lado, sua imprescindibilidade ao alcance dos escopos constitucionais. Pretende-se destacar, como decorrência lógica da análise do direito à educação, a proeminência normativa a qual foi erigido com a Constituição de 1988, que elevou tal direito ao plano jusfundamental. Examina-se o direito à educação sob uma perspectiva dogmática e crítica, pautando-se por uma análise estrutural de tal direito como direito fundamental social, no que diz respeito à sua conceituação, classificação, focando-se na questão de sua concretização, o que reclama o exame das suas dimensões objetiva e subjetiva, sua eficácia e efetividade no plano social, culminando pela análise dos principais aspectos do projeto educacional delineado na Constituição brasileira de 1988. Realizar-se uma breve explanação sobre a questão da influência da doutrina neoliberal sobre o modelo estatal brasileiro levado a cabo pela reserva do possível, como obstáculo à implementação do direito fundamental social à educação, analisando-se a origem, conceituação e terminologia da mencionada teoria, promovendo-se uma breve análise da importação desse *tópos* da jurisprudência alemã, para o ordenamento jurídico brasileiro. Precedendo a análise dos elementos integrantes da reserva do possível, aborda-se a relação entre a reserva do possível e as restrições aos direitos fundamentais sociais, bem como a proteção conferida ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, a proibição de retrocesso social e à destinação orçamentária constitucional no tocante à educação, como óbices à aplicação da reserva do possível. Procede-se à investigação sobre a justiciabilidade do direito à educação, como consequência da novel dicção constitucional, atribuída à jurisdição, instaurada em 1988, aliada às garantias conferidas aos direitos fundamentais sociais. Nesse particular ressalta-se a necessidade estatal incisiva de organizar sua estrutura e dirigir suas funções de forma a tornar efetivo o projeto educacional de índole constitucional e a importância da utilização da ponderação como técnica jurídica de solução de conflitos normativos, valendo-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade para a solução de casos que não podem ser resolvidos pela tradicional subsunção. Propõe-se, finalmente, o exame da garantia do mínimo existencial em direito à educação, seus parâmetros e intangibilidade em face da reserva do possível e de sua absoluta justiciabilidade.

Palavras-chave: direito à educação; direitos humanos; direito fundamental social; reserva do possível e mínimo existencial.

ABSTRACT

This study aims to examine the importance of education in building a fairer and equitable to both the philosophical approach brings some benefits to understanding the conception of education in different historical moments in the development of Western civilization. We highlight the essentiality of the right to education as a human right, the character recognized by various statements and documents from the international community, revealing being the right to education is the substratum of constitutional principles more valuable to the Brazilian legal order, and, on the other hand, its indispensability to the scope of constitutional scope. It is intended to highlight, as logical consequence of examining the right to education, the normative prominence which was erected with the 1988 Constitution, which raised such a right to plan *jusfundamental*. It examines the right to education under a dogmatic and critical perspective, guided by a structural analysis of such a right as fundamental social rights, with respect to its conceptualization, classification, focusing on the question of its concretion, which claims for examination of their objective and subjective dimensions, efficiency and effectiveness in the social sphere, culminating in the analysis of the major aspects of the educational project outlined in the Brazilian Constitution of 1988. It's carried out a brief explanation on the question of the influence of neo-liberal doctrine on the state model conducted by the reserve of possible, as an obstacle to the implementation of fundamental social right to education, analyzing the origins, concepts and terminology of the mentioned theory, promoting a short analysis of the import of this *topos* of German law, for the Brazilian legal system. Preceding the analysis of the integral elements of the reservation of possible. It is approached the relationship between the reserve of possible and the restrictions on fundamental social rights, as well as the protection given to the essential core of fundamental social rights, the prevention of social regression and the constitutional and budgetary allocation in relation to education, as obstacles to the implementation of the reservation of possible. It proceeds to the research on the justiciability of the right to education, as a consequence of the new constitutional utterance, attributed to the jurisdiction, established in 1988, coupled with the guarantees accorded to fundamental social rights. In particular the study highlights the need for incisive state to organize its structure and direct their functions of form so as to make effective the educational project of a constitutional nature and extent of use of weighting as legal technique for resolving normative conflicts, drawing on the principles of reasonableness and proportionality to solve cases that can not be solved by traditional subsumption. It is proposed, finally, an examination of the existential of minimum guarantee of right to education, its parameters and inviolability in the face of the reserve of possible and of its absolute justiciability.

Keywords: right to education, human rights, social fundamental right; reservation of the possible and minimum existential.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. A EDUCAÇÃO SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICO-FILOSÓFICA	13
1.1 A EDUCAÇÃO NO PERÍODO CLÁSSICO DA HISTÓRIA	14
1.2 A FORMAÇÃO DO HOMEM NA IDADE MÉDIA	19
1.3 A MODERNIDADE E A EDUCAÇÃO.....	21
1.4 CARACTERÍSTICAS DA EDUCAÇÃO NO PERÍODO CONTEMPORÂNEO.....	27
1.5 O POSITIVISMO E A EDUCAÇÃO.....	29
1.6 OS DESAFIOS DA PÓS-MODERNIDADE	33
2. A EDUCAÇÃO COMO SUBSTRATO PARA AS LIBERDADES PÚBLICAS E OBJETIVOS FUNDAMENTAIS	43
2.1 A EDUCAÇÃO COMO DIREITO HUMANO	43
2.2 O DIREITO À EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	57
2.3 A EDUCAÇÃO E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS	59
2.4 EDUCAÇÃO E OS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS	76
3. O DIREITO À EDUCAÇÃO SOB UMA PERSPECTIVA CRÍTICA DA DOGMÁTICA JURÍDICA	92
3.1. O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL.....	93
3.2 DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO	115
3.3 EFICÁCIA E EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSAGRADORAS DO DIREITO À EDUCAÇÃO	130
3.4 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E O SEU PROJETO EDUCACIONAL	137
4. A RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO	149
4.1. A CRISE DO ESTADO LIBERAL E A ORIGEM DO ESTADO SOCIAL	150
4.2 ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL.....	159
4.3 ANÁLISE DOS ELEMENTOS INTEGRANTES DA RESERVA DO POSSÍVEL - CUSTO DO DIREITO E ESCASSEZ DE RECURSOS	179
4.4 A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL	193
CONSIDERAÇÕES FINAIS	233
REFERÊNCIAS.....	238

INTRODUÇÃO

Seja nas sociedades mais rudimentares e primitivas como nas modernas, a educação constituiu necessidade essencial do ser humano, pois através dela o indivíduo torna-se capaz de prover a subsistência própria e a familiar, além de ela lhe conferir os mecanismos de interpretação e compreensão dos signos culturais e normas sociais indispensáveis ao convívio social.

Inegável a relação da educação com o poder, pois não se pode descuidar que a educação constitui o principal instrumento de desenvolvimento da personalidade social e moral do indivíduo.

Esta pesquisa analisará, inicialmente, a importância da educação na construção de uma sociedade mais justa e igualitária, para tanto a abordagem de algumas correntes filosóficas traz subsídios para a compreensão da concepção de educação nos diversos momentos históricos do desenvolvimento da civilização ocidental. A apreciação histórica e filosófica apresentada no primeiro capítulo desse trabalho tenciona demonstrar, por outro lado, o valor atribuído à educação desde a antiguidade com a *paidéia* grega, sucedida pelo modelo religioso que lhe imprimiram os preceptores e pensadores medievais, modelo esse abandonado pelo iluminismo e racionalismo modernos, paradigma esse que se soma ao conceito pós-moderno que prenuncia a necessidade de uma educação plural, integral e universal, distanciada da máscara da neutralidade, por isso conscientizadora e inclusiva.

Esse exame retrospectivo da importância da educação na história do pensamento humano desvela a essencialidade da educação na formação personalidade humana, intimamente ligados aos atributos intelectuais e morais que a compõem, imprescindível ao desenvolvimento do ser humano como pessoa e como ser social, reconhecido como direito humano por diversos documentos e declarações elaborados pela Comunidade Internacional, aspectos esses avaliados num segundo momento dessa pesquisa.

Compreende também, na análise do segundo capítulo, o estudo perfunctório do direito à educação nos diversos diplomas constitucionais pátrios, bem como o exame do direito à educação como sintetizador dos princípios constitucionais mais valiosos à ordem jurídica brasileira, como o da dignidade humana, liberdade, igualdade (não se olvidando de outros princípios igualmente importantes), indispensável ao alcance dos escopos constitucionais da cidadania plena, solidariedade e justiça social. Objetivos esses essenciais para o fortalecimento da democracia, pois mesmo que a educação não represente um dique à

expansão do capital, ela torna o indivíduo consciente, apto a compreender as investidas desse sistema e capaz de lutar pelos seus direitos e de transformar a realidade.

Destaca-se, como decorrência lógica da análise do direito à educação, a proeminência normativa à qual foi erigido com a Constituição de 1988, a qual o elevou tal ao plano jusfundamental, identificando a educação como uma importante estratégia de desenvolvimento social (além de econômico e cultural), conferindo-lhe todas as prerrogativas constitucionais atinentes à modalidade de direito de estatura fundamental, como aplicabilidade imediata (conforme comando constante do artigo 5º, § 1º da Constituição brasileira), vinculação de todo o Estado brasileiro e da sociedade à educação preconizada pelo diploma constitucional e acionabilidade perante o Poder Judiciário. Assim, no terceiro capítulo se analisará o direito à educação sob uma perspectiva dogmática e crítica, pautando-se por uma abordagem estrutural de tal direito como direito fundamental social, no que diz respeito à sua conceituação, classificação, focando-se na questão de sua concretização, nos moldes do que foi visado pela sociedade brasileira, o que reclama o exame das suas dimensões objetiva e subjetiva e de sua eficácia e efetividade no plano social; culminando pela análise dos principais aspectos do projeto educacional delineados na Constituição brasileira de 1988, ou seja, universalidade, gratuidade e prestação com qualidade.

O matiz social conferido ao Estado brasileiro pela Constituição de 1988, refletido tanto pelos princípios fundamentais quanto pelos objetivos fundamentais, norteiam os direitos e garantias esculpidos na Constituição e não poderia ser diferente quanto ao projeto educacional de índole constitucional. No entanto, as investidas neoliberais tendentes a inviabilizar o projeto social constitucional podem ser claramente visualizadas pela sua tendência na desregulamentação dos direitos sociais positivados e/ou pela construção de mecanismos tendentes a obstaculizar os direitos fundamentais sociais, consubstanciados no discurso do condicionamento econômico de tais direitos expressados pela reserva do possível.

Assim, no derradeiro capítulo desta pesquisa após realizar uma breve explanação sobre a questão da influência da doutrina neoliberal sobre o modelo estatal brasileiro, procede-se a abordagem do direito fundamental social à educação em face da reserva do possível, analisando a origem, conceituação e terminologia da mencionada teoria, promovendo-se uma breve análise da sua importação da jurisprudência alemã para o ordenamento jurídico brasileiro e, como decorrência desse esboço e precedendo a análise dos elementos integrantes da reserva do possível, aborda-se a questão das restrições aos direitos fundamentais sociais, a proteção conferida ao núcleo essencial dos direitos fundamentais

sociais e a proibição de retrocesso social como óbices à aplicação da mencionada teoria, bem como, a positivação constitucional quanto à destinação orçamentária em Educação.

Compõe o quarto capítulo a investigação sobre a justiciabilidade do direito à educação, como consequência da novel dicção constitucional, atribuída à jurisdição, instaurada em 1988, aliada às garantias constitucionais conferidas aos direitos fundamentais sociais. Nesse particular ressalta-se a necessidade estatal incisiva de organizar sua estrutura e dirigir suas funções de forma a tornar efetivo o projeto educacional de índole constitucional e a importância da utilização da ponderação como técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou escolhas políticas confrontantes, valendo-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para a solução de casos que não podem ser resolvidos pela tradicional subsunção, como pode ocorrer com os conflitos envolvendo o direito à educação, a arguição da reserva do possível e questões correlatas como escolhas administrativas, sindicabilidade do direito, ativismo judicial, discricionariedade administrativa, entre outros.

Em momento posterior e derradeiro, propõe-se o exame da garantia do mínimo existencial em direito à educação, seus parâmetros e intangibilidade em face da reserva do possível, não se olvidando de sua absoluta justiciabilidade por estar tal padrão estritamente relacionado à indeclinável garantia de dignidade.

1. A EDUCAÇÃO SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICO-FILOSÓFICA

A educação é um fator imprescindível na formação do ser humano, de sua personalidade e sociabilidade, além de representar um meio de mobilidade social, por isso a relevância do estudo de seu significado, seu alcance e sua real finalidade ao longo da história e diante do desenvolvimento do pensamento humano.

Educação, do latim *educere*, significa extrair, tirar, desenvolver, “[...] é um processo vital, para o qual concorrem forças naturais e espirituais, conjugadas pela ação consciente do educador e pela vontade livre do educando”, revelando-se numa “[...] atividade criadora, que visa a levar o ser humano a realizar as suas potencialidades físicas, morais, espirituais e intelectuais”, não restrita a preparar a pessoa “[...] para fins exclusivamente utilitários, como uma profissão, nem para desenvolvimento de características parciais da mesma personalidade [...]”¹, mas para uma multiformação. Ela pode ser transmitida livremente, como “[...] existir imposta por um sistema centralizado de poder, que usa o saber e o controle sobre o saber como armas que reforçam a desigualdade entre os homens, na divisão dos bens do trabalho, dos direitos e dos símbolos.”²

Disso se extrai que a educação vai além da instrução, ou seja, da apreensão sistematizada de conhecimentos técnicos e práticos relativos a determinada ciência ou atividade; seu significado se projeta para designar “[...] tudo aquilo que se pode fazer para desenvolver o potencial humano [...]”; não se olvida que “A educação engloba a instrução, mas é muito mais ampla. Sua finalidade é tornar os homens mais íntegros, a fim de que possam usar da técnica que receberam com sabedoria, aplicando-a disciplinadamente.”³

O reconhecimento da importância da educação não é uma questão recente, já nos tempos antigos a educação era tida como essencial à formação humana, “[...] sem a qual o homem não conseguiria viver nem sobreviver e, portanto, anterior ao Estado, natural, inerente à própria natureza do homem.”⁴ E, pela sua importância, é um processo que merece ser avaliado diante da evolução histórica e social do ser humano, pois “[...] o desenvolvimento social depende da consciência dos valores que regem a vida humana [...]”, mesmo porque a “[...] história da educação está essencialmente condicionada pela transformação dos valores válidos para cada sociedade.”⁵

¹ BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é educação?* São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 63-64.

² *Ibid.*, p. 10.

³ MUNIZ, Maria Regina Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 8-9.

⁴ *Ibid.*, p. 14.

⁵ JAEGER, Werner. *Paidéia: a formação do homem grego*. Tradução Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 4.

Por outro lado, não se deve esquecer que educação e poder estão umbilicalmente unidos desde os tempos antigos, caráter esse que é analisado pela sociologia, mas que não deixa de ser objeto de reflexão filosófica, histórica e até jurídica, e isso pode ser visualizado claramente ao se desvelar o real sentido da educação no curso da história pela sua importância na formação do ser humano, haja vista a posição social de um escriba, tanto na Suméria quanto no Egito.

1.1 A EDUCAÇÃO NO PERÍODO CLÁSSICO DA HISTÓRIA

A educação no período antigo e mesmo no período clássico grego obedecia à divisão das classes, realizava-se observando as diferentes posições e tarefas sociais, com intuito claramente reprodutor do sistema de divisão existente.⁶ Para as classes dos governantes, a educação possuía um caráter diferenciado e era ministrada em separado, sendo que aos trabalhadores braçais, como os agricultores, a educação consistia num processo voltado para a realização de um trabalho, na maioria das vezes já desenvolvido pelo grupo familiar. As classes excluídas não recebiam qualquer tipo de ensinamento ou treinamento, somente se beneficiavam do processo de aculturação que se dava das classes mais elevadas para as menos favorecidas.⁷

Todavia, tanto para as classes dominantes quanto para as classes dos trabalhadores a educação se resumia a repetir as atividades dos adultos para apreendê-las e assim suceder-lhe o ofício, seja intelectual ou braçal. Muito embora essas características, os gregos foram os povos que primeiramente se preocuparam a preparar seus jovens para a convivência social na *polis*, como uma forma rudimentar de cidadania.

A partir do século V, os gregos inauguram uma nova fase no desenvolvimento de sua civilização diante da necessidade de uma nova educação capaz de satisfazer os ideais do homem da *polis*, fundada na formação do cidadão e não somente dos nobres para a arte de viver num Estado político, não obstante estar voltada para a educação do chefe.

A nova sociedade civil e urbana tinha uma grande desvantagem à aristocracia, porque, embora possuísse um ideal de Homem e de cidadão e o julgasse, em princípio muito superior ao da nobreza, carecia de um sistema consciente de educação para atingir aquele ideal. [...] Seguindo os passos da antiga nobreza, que mantinha rigidamente o princípio aristocrático da raça (*sic*), tratou de realizar a nova *arete*, encarando como descendentes da estirpe ática todos os cidadãos livres do

⁶ CAMBI, Franco. *História da Pedagogia*. Tradução Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 1999, p. 51.

⁷ MANACORDA, Mario Alighiero. *História da Educação: da antiguidade aos nossos dias*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1999, p. 78.

Estado ateniense e tornando-os membros conscientes da sociedade estatal e obrigados a se colocarem a serviço do bem da comunidade.⁸

A educação preconizada pelos gregos antigos, além de estar voltada para a formação do homem social, idealizava a formação humana em todas as formas de expressão e para tanto, idealizaram a formação humana como processo dirigido a esse fim, influenciando as gerações futuras.

a) A Contribuição dos Gregos

Os gregos foram quem primeiramente materializou sua preocupação com o conhecimento do ser humano e sua compreensão. Essa preocupação encontra-se impregnada em sua expressão artística, filosófica e na formação de seu Estado, denotando um sentimento vital antropocêntrico, o que indica que “O princípio espiritual dos Gregos não é o individualismo, mas o ‘humanismo’”⁹, muito embora esse sentimento “[...] só tenha encontrado a sua verdadeira e mais alta forma após a luta contra os sofistas e sua superação por Platão.”¹⁰

Historicamente os gregos inauguraram uma nova fase na história do desenvolvimento da civilização ocidental, foram eles que estabeleceram de forma consciente um ideal de cultura como princípio formativo, sendo tamanha a sua contribuição como educadores, pois deles origina a nova concepção do lugar do indivíduo na sociedade, conforme afirma Jaeger “A mais alta obra de arte que o seu anelo se propôs foi a criação do Homem vivo.”¹¹

Foram os gregos, no século IV, um dos precursores da educação, no seu sentido estrito, com o movimento deflagrado pelos sofistas*, os quais “[...] baseavam a educação dos jovens gregos no preparo para debates e oratória como instrumentos de poder” tanto que a consideravam fundamental para o homem cuidar de si e progredir na sociedade. Segundo eles,

⁸ JAEGER, *op. cit*, p. 336.

⁹ *Ibid.*, p. 14.

¹⁰ *Ibid.*, p. 14-348.

¹¹ *Ibid.*, p. 8-13.

* Ressalta Jaeger que, “Já desde o começo a finalidade do movimento educacional comandado pelos sofistas não era a educação do povo, mas a dos chefes. No fundo não era senão uma nova forma da educação dos nobres. É certo que em nenhum outro lado tiveram todos, mesmo o simples cidadão, tantas possibilidades de adquirir os fundamentos de uma cultura elementar, como em Atenas, embora o Estado não tivesse a escola na mão. Mas os sofistas dirigiram-se antes de mais nada a um escol, e só a ele. Era a eles que acorriam os que desejavam forma-se para a política e tornar-se um dia dirigentes do Estado. Para satisfazer as exigências da época, não podiam tais homens limitar-se a cumprir como Aristides, o antigo ideal político da justiça, tal como se exigia de um cidadão qualquer. Não deviam limitar-se a cumprir, mas tinham que criar as leis do Estado e, além da experiência que se adquire na prática da vida política, era-lhes indispensável uma inteligência universal da essência das coisas humanas.” (*Ibid.*, p. 339).

era pela educação “[...] que os homens tornavam-se, em todos os sentidos, melhores e mais felizes.”¹²

É com os sofistas que a *paidéia*, “[...] no sentido de uma idéia (*sic*) e de uma teoria consciente da educação, entra no mundo e recebe um fundamento racional”¹³, inicialmente voltada para a reflexão sobre os problemas da vida social, como denota Jaeger (2003) “Foi das necessidades mais profundas da vida do Estado que nasceu a idéia de educação, a qual reconheceu no saber a nova e poderosa força espiritual daquele tempo para a formação de homens, e a pôs a serviço dessa tarefa.”¹⁴

Os sofistas viviam de seu ofício, não possuindo cidadania fixa, pois paravam onde necessitavam de seus conhecimentos, imprimindo um caráter individualista na educação que transmitiam, muito embora essa fosse voltada para a vida em comunidade na *polis*.¹⁵ A educação ministrada pelos sofistas tinha por finalidade a formação integral do indivíduo, neste sentido é a lição de Jaeger:

O objetivo da educação sofista, a formação do espírito, encerra uma extraordinária multiplicidade de processos e de métodos. [...] De acordo com estes dois aspectos, deparamos nos sofistas com duas modalidades distintas de educação do espírito: a transmissão de um saber enciclopédico e a formação do espírito nos seus diversos campos.¹⁶

Caracterizada por uma educação eminentemente humanista e em certo grau individualista, a *paidéia* se desenvolveu a partir da distinção entre cultura e religião, sendo com Platão e sua pedagogia voltada para as origens que a educação, iniciada pelos sofistas, retoma uma característica religiosa.¹⁷

De igual importância foi a contribuição dos filósofos gregos à educação.

A contribuição socrática à educação partiu de seu próprio exemplo de vida que é revelada pelas obras de seus discípulos. Sua doutrina baseava-se no conhecimento do ser interior e na prevalência de valor aos bens espirituais em detrimento dos materiais; era anunciada de forma dialeticamente livre, em forma de diálogos, a todos que se interessassem por ela.¹⁸ Sócrates imputava a si uma missão educacional de índole religiosa, a serviço de

¹² MUNIZ, *Op. cit.*, p. 15-16.

¹³ JAEGER, *op. cit.*, p. 348.

¹⁴ *Ibid.*, p. 337.

¹⁵ *Ibid.*, p. 347.

¹⁶ *Ibid.*, p. 342-343.

¹⁷ *Ibid.*, p. 352-353.

¹⁸ *Ibid.*, p. 493-523.

Deus, tendo fundamento em sua preocupação com a alma, sendo esta definida como o que há de divino no homem.¹⁹ Sua doutrina foi esclarecida e explicada por seu discípulo Platão.

O método utilizado por Sócrates, maiêutica, consistia em instigar os alunos à reflexão, de modo que eles próprios “[...] assumissem a dianteira de seu próprio processo de aprendizagem [...]”, mantendo-se ele como figura de fundo de orientação, avaliação, motivação, enfim, nos termos atuais, fazendo o aluno estudar com autonomia.²⁰

Para Platão, a educação institucional “[...] era destinada aos estamentos responsáveis pelo cuidado da cidade, ou seja, às classes governantes e seus auxiliares e aos soldados.” Para o discípulo de Sócrates, “[...] todos os membros da comunidade deveriam agir corretamente, mas os governantes e guerreiros precisariam ter uma educação especial, cujo objetivo era político [...]”.²¹ A educação propugnada por Platão, a exemplo dos sofistas e do próprio Sócrates, era dirigida à formação do homem, enquanto habitante da *polis*.

Aristóteles dedicou, em sua obra Política, quase que um capítulo inteiro à importância da educação, que para ele deveria ser oferecida a todos, devendo ser um dos principais objetivos do Estado:

§ 1. Não haverá quem conteste, portanto, que a educação dos jovens precisa ser um dos objetivos principais por parte do legislador; pois todos os Estados que a relegaram foram grandemente prejudicados por isso. [...] Como existe, porém, uma finalidade única para a cidade, conclui-se que a educação também deve ser única para todos, administrada em comum, e não entregue aos particulares, [...]²²

Embora a educação grega da época clássica, conforme se reportou acima, fosse distinta para cada classe social e voltada para manter o *status quo*, os sentidos humanistas e artístico eram seus traços característicos, tão marcantes e envolventes que sua cultura e educação influenciaram os romanos, que copiaram a sua arte e sua cultura sendo que a sua *paidéia* influenciou toda a civilização ocidental.

b) A Educação para os Romanos: a Influência Cristã

A educação romana recebeu grande influência da civilização grega, principalmente a partir das incursões romanas no território mediterrâneo, notadamente pelas ideias dos preceptores gregos que difundiam aos jovens romanos a *paidéia* helenista. Essa educação,

¹⁹ *Ibid.*, p. 528.

²⁰ DEMO, Pedro. *Pobreza Política: a pobreza mais intensa da pobreza brasileira*. Campinas – SP: Amazém do Ipê, 2006, p. 9.

²¹ GIRALDELLI JR., Paulo. *Filosofia da educação*. São Paulo: Ática, 2006. p. 57.

²² *Política: Aristóteles, texto integral*. Tradução Torrieri Guimarães, p. 155.

inicialmente de cunho humanista e cosmopolita, na fase republicana da civilização romana, foi, paulatinamente, absorvida por outro modelo mais técnico.²³

Na sociedade romana, mesmo com forte influência grega, a educação “[...] consistia em desenvolver no cidadão aptidões e virtudes, como a coragem, a prudência, a honestidade e a seriedade [...]”. Seu objetivo principal era a educação do *vir bônus* (o bom cidadão)²⁴, era formar o ser humano com todos os predicados para que pudesse viver bem em sociedade e ser considerado um cidadão da *polis*. Oportuna é a citação da célebre frase de Horácio, segundo o qual “[...] a Grécia conquistada conquistou o seu rude vencedor e introduziu as artes no rústico Lácio.”²⁵

Para a civilização romana do final da república e início do império “[...] a escola de gramática e de retórica era, afinal a escola das classes privilegiadas [...]”, apesar de a escola ser nesse período uma instituição generalizada e enraizada, a escola das classes dominantes, tornou-se de interesse público e conseguiu o apoio direto do poder político, o qual de forma inicial fazia concessões particulares, e mais tarde passou a prover os salários dos mestres, assumindo também a fundação de escolas.²⁶

Com a queda do império romano do ocidente, as escolas foram desaparecendo, sendo a Igreja, corporificada pelo poder papal, que o exercia política e religiosamente, foi quem durante toda a Idade Média, continuou a garantir alguma instrução.²⁷

Com o cristianismo, irrompe no mundo antigo uma nova concepção do mundo que, própria do início de minorias perseguidas, marginal-favorecida também pela crise espiritual que atravessa a cultura antiga na época imperial e pelas fraquezas internas (lutas étnicas, crise militar, crise econômica) do Império Romano -, torna-se central e depois hegemônica durante cerca de três séculos. Em 313, ano do Édito de Milão promulgado por Constantino, a Igreja Cristã afirma-se como a representante da religião do Império e coloca-se em posição – inclusive política – de nítido privilégio.²⁸

Um dos traços marcantes da doutrina cristã é a sua rejeição à cultura grego-romana clássica, difundindo valores como a humildade, a caridade, a tolerância e a compaixão²⁹, e numa atitude paradoxal, se de um lado fez surgir um processo de empobrecimento cultural,

²³ ROSA, Maria da Glória de. *A história da educação através dos textos*. São Paulo: Cultrix, 2003, p. 61-62.

²⁴ MUNIZ, *op. cit.*, p. 22-23.

²⁵ MANACORDA, *op. cit.*, p. 78.

²⁶ *Ibid.*, p. 97.

²⁷ MONTEIRO, A. Reis. *História da Educação: do antigo “direito de educação” ao novo “direito à educação”*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 40.

²⁸ CAMBI, *op. cit.*, p. 122.

²⁹ *Ibid.*, p. 122.

condenando a cultura pagã e proibindo a leitura dos textos clássicos³⁰, de outro, certas autoridades religiosas se insurgiam contra a ignorância dos eclesiásticos, firmando suas bases filosóficas no final do império romano.³¹

Inegável que a doutrina de Cristo propiciou uma transformação no modo de se conceber a interioridade, introduzindo “[...] uma série de práticas de relacionamento com as divindades que vieram a requisitar uma ampliação da ‘vida interior’ e a criação da interioridade.”³²

De certa forma, o Cristianismo inaugurou uma forma de conceber o conhecimento, através da epistemologia do *sujeito*. Para tanto, importa destacar a contribuição da doutrina de dois estudiosos da doutrina cristã, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino, que, refletindo sobre o pensamento clássico de Platão e Aristóteles, realizaram uma verdadeira atualização no pensamento clássico, voltando-o para os ideais cristãos. (Grifo da autora)

1.2 A FORMAÇÃO DO HOMEM NA IDADE MÉDIA

A idade média foi marcada por inúmeros retrocessos civilizatórios tanto na questão social quanto na questão cultural, por isso a denominação de séculos obscuros, pois fortemente marcada pelo retorno a condições de vida de tipo arcaico, migrações de povos, conflitos de etnias e pelos excessos cometidos pelo clero, o qual, juntamente com um rei, exercia o poder.³³ No entanto, conta dessa fase a formação da Europa cristã e a gestação dos pré-requisitos do homem moderno,³⁴ que foi forjado nas contradições desse período histórico. Neste contexto

[...] toda educação – e a pedagogia – da Alta Idade Média caracteriza-se como estática e uniforme ao redor do princípio da fé cristã e da Igreja como depositárias do modelo de *paideia* cristianizada e da função de magistério, que ela exerce por muitas vias numa sociedade de cultura predominantemente oral e visual, mas vias eficazes que agem nas profundezas do indivíduo, moldando o seu imaginário.³⁵

Conta desse período a contribuição de Santo Agostinho para a educação. Considerado o mestre da pedagogia cristã, seu pensamento teve como marca a cristianização das ideias platônicas. Seu projeto educativo, tido como um dos grandes modelos da pedagogia

³⁰ MANACORDA, *op. cit.*, p. 112.

³¹ *Ibid.*, p. 112.

³² GHIRALDELLI JR, *op. cit.*, p. 71.

³³ CAMBI, *op. cit.*, p. 141.

³⁴ *Ibid.*, p. 141.

³⁵ *Ibid.*, p. 150.

cristã, fez emergirem “[...] no cristianismo os princípios da filosofia platônica (o inatismo da verdade; o dualismo alma/corpo; a ascese ética e mística típica sobretudo do neoplatonismo), salvaguardando também as características originais da teologia [...]” como a trindade e a moral cristã.³⁶ Para Agostinho

O próprio objeto do processo educativo reflete uma situação conflitante, pois as palavras, instrumento imprescindível neste processo, são apenas sinais de objetos, que por sua vez, são imagens das verdadeiras realidades ou idéias abrigadas na mente de Deus. Portanto, é preciso que o educando seja elevado até o mundo das idéias (*sic*) com a ajuda do educador e da iluminação divina.³⁷

Mais tarde, São Tomás de Aquino, através de uma releitura das obras de Aristóteles, trouxe à tona a questão entre fé e razão, que ocupou grande parte das discussões e pensamentos medievais. Seus ensinamentos serviram de base para a neo-escolástica*, pois que sua filosofia serviu de base para a Encíclica *Aeterni Patris* (publicada pelo Papa Leão XIII, em 1879) que fundou a referida ordem religiosa e educativa.³⁸

Na obra *De Magistro*, Tomás de Aquino revela que somente Deus é o verdadeiro agente de educação. Segundo ele

Ainda, se o homem fosse verdadeiramente mestre, necessariamente ensinaria a verdade. Ora, quem ensina a verdade ilumina a mente, sendo ela o lume do intelecto. Logo, o homem pelo ensino iluminará o intelecto; o que é falso, pois “Deus é quem ilumina todo homem que vem a este mundo (João, I, 9). Logo, o homem não pode, na verdade, ensinar alguém.”³⁹

Santo Agostinho e São Tomás de Aquino reconheceram a necessidade de se alcançar um conhecimento mais profundo acerca da natureza das coisas, ainda que esta estivesse, por suas convicções religiosas, ligadas intimamente à existência Divina, sua doutrina como foi

³⁶ *Ibid.*, p. 135-137.

³⁷ GILES, Thomas Ranson. *A filosofia da educação*. São Paulo: EPU, 1983 p. 69-70.

* Segundo Coelho, a modernidade teve sua origem no período pós medieval, com a revolução industrial se estendendo até a “[...] nova revolução, a Revolução Tecnológica, que engendra a Revolução Cibernética [...]”, pode ser definida como “[...] o período histórico que se desenvolve a partir da consolidação do Estado Moderno. Identifica igualmente um ciclo econômico que inicia com a paulatina substituição das formas medievais de produção pelas formas capitalistas, promovendo o incremento dos intercâmbios comerciais nacionais e internacionais, o fortalecimento das organizações de crédito e a estruturação racional da riqueza das nações, processo que culmina com a Revolução Industrial.” Denota o autor que no campo da ciência social a modernidade representa o “[...] conjunto de mudanças operadas nas esferas política, econômica e social, após as revoluções burguesas, especialmente a Revolução Francesa e, principalmente, após a Revolução Industrial Inglesa”, no campo da filosofia, ela pode ser entendida como “[...] o triunfo da racionalidade sobre as formas de pensamento dominadas pelo dogmatismo teológico, conduzindo ao Iluminismo do século XVIII.” (COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do Futuro*. 2. ed. Curitiba – PR: Juruá, 2007, p. 24-29)

³⁸ MONTEIRO, *op. cit.*, p. 42.

³⁹ *Apud* ROSA, Maria da Glória de. *A história da educação através dos textos*, p. 111.

toda a *paidéia* cristã visava à formação do ser humano para *civitas Dei*, definida em seu sentido ético-religioso e não ético político.⁴⁰

Através de suas doutrinas, as novas ideias e ideais sociais e culturais, encontraram terreno fértil para uma nova forma de conceber a educação e a aprendizagem, pois conta desse período a institucionalização das universidades com seus modelos didáticos e de instituições caritativo-educativas que organizavam de forma nova o empenho da sociedade para com os indivíduos pertencentes a classes menos favorecidas.⁴¹

1.3 A MODERNIDADE E A EDUCAÇÃO

Tido por muitos como inacabada, sob certos aspectos, a era moderna*, se apresenta como uma ruptura contundente com o pensamento medieval, uma “[...] revolução em muitos âmbitos: geográfico, econômico, político, social, ideológico, cultural e pedagógico [...]”.⁴²

Importante lembrar que a era moderna se caracteriza, notadamente, por dois pontos cruciais, o racionalismo, este estendido para todas as dimensões das relações humanas, envolvendo a “[...] racionalização da economia, manifestada no capitalismo, a burocracia como racionalização da administração, o positivismo como racionalização da filosofia e a dogmática como racionalização do direito [...]”⁴³, e o proprietarismo, ou seja, dominação da natureza e negação teórica da propriedade privada.⁴⁴

Analisando a era moderna com sua característica materialista e utilitarista, ressalta Cambi:

A formação do homem segue novos itinerários sociais, orienta-se segundo novos valores, estabelecendo novos modelos. A reflexão sobre esses processos de formação vive a transformação no sentido laico e racional que interessa à ideologia e à cultura, isto é, a visão de mundo e a organização dos saberes. [...] Segue-se o modelo do *Homo faber* e do sujeito como indivíduo, embora ligando-se à “cidade” e depois ao Estado, potencializando a sua capacidade de transformar a realidade e de impor a ela uma direção e uma proteção [...].⁴⁵

⁴⁰ CAMBI, *op. cit.*, p. 198.

⁴¹ CAMBI, *op. cit.*, p. 153.

* Segundo Giddens modernidade refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência. (GIDDENS, Antony. *As conseqüências da Modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991, p. 8.)

⁴² CAMBI, *op. cit.*, p. 196.

⁴³ COELHO, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 24.

⁴⁵ CAMBI, *op. cit.*, p. 198.

A educação, nessa fase do desenvolvimento do pensamento humano, no dizer de Garin, “[...] apresenta-se como uma reconsagração do homem, da sua vida no mundo, na cidade terrestre, das suas paixões, de tudo o que nele é carnal, corporal, fruto da natureza”, voltando-se para a infância. Nunca antes fora tão grande o interesse psicológico e moral pela criança.⁴⁶

O processo educativo antes metafísico-religioso volta-se para a realidade, exigindo um conhecimento real das coisas, não mais focado na verbalização e memorização, valorizando a língua materna e as ciências naturais como forma de se chegar à realidade das coisas.

Segundo Giles

O conhecimento só será verdadeiro quando as coisas forem conhecidas tais como são, isto é, na sua conexão harmoniosa. Portanto, o novo método de ensino é realista e se pauta na natureza como sobre uma rocha inabalável. É indispensável levar em consideração o ritmo de desenvolvimento das faculdades que fazem parte da Natureza, do Universo harmonioso. Deve-se desenvolver a intuição do educando, isto é, o seu poder de observação, lembrando-se da necessidade do exercício pessoal daquilo que aprendeu.⁴⁷

Essa mudança de paradigma possibilitou o desenvolvimento da psicologia humana e a necessidade de se examinar o ser humano sob diversas perspectivas, não apenas como ser político como antes, mas como ser dotado de individualidade, identidade e consciência. Foi a partir da idade moderna que a educação passou a ser objeto de estudo científico, nascendo assim a pedagogia como ciência. Não é só.

Notadamente, foi a partir da era moderna que a educação se instituiu na cultura jurídico-social do ocidente como direito inerente ao ser humano, reclamando dos Estados sua prestação, e como reverso da mesma moeda, foi se racionalizando, passando a ser idealizada como processo instrutivo e disciplinar, tendente a munir o indivíduo do aparato técnico para servir ao mercado, portanto, com um cunho eminentemente instrumental.

a) A Influência do Iluminismo e do Racionalismo

Como vetor da modernidade, o Iluminismo* representa uma evidente intenção de rompimento com tudo o que é irreal, buscando a certeza inerente às coisas naturais. Pode-se

⁴⁶ *Apud* MONTEIRO, *op. cit.*, p. 42.

⁴⁷ GILES, *op. cit.*, p. 70.

* Iluminismo pode ser definido como o movimento surgido no ocidente no período “[...] que vai dos últimos decênios do séc. XVII aos últimos decênios do séc. XVIII [...], denominado como século das luzes.

dizer que tanto o pensamento de Descartes como de Rousseau foram marcos desse movimento.

Descartes, impulsionado pelas suas experiências vivenciadas como soldado, em sua obra *Meditações Metafísicas*, expôs que “[...] tudo que lhe havia sido ensinado nos seus anos de formação poderiam carecer de solidez”, pautando seus estudos na tentativa de encontrar as bases sólidas do conhecimento, não se atendo ao conhecimento das ciências. Acreditava Descartes que “[...] os fundamentos deveriam entrar na argumentação a favor das crenças verdadeiras – ou seja, das ciências – e então seriam de fato fundamentos últimos [...]”.⁴⁸ Com isso pretendia “[...] chegar ao conhecimento básico sobre o qual pudesse erigir todo o conhecimento válido, verdadeiro.”⁴⁹

O dualismo Cartesiano consiste na concepção do mundo em sua totalidade, matéria e pensamento, e na prática de se submeter à dúvida todo o conhecimento, de modo a tornar esse exercício intelectual uma prática constante, um hábito mental. Esse processo deveria se estender até aos princípios científicos.⁵⁰

De fundo pedagógico e político, o pensamento de Rousseau reflete uma forma avançada e singular de se conceber a educação. Influenciado pelos ideais iluministas, mas sob alguma influência do romantismo, a obra de Rousseau não deixa de conceber a subjetividade como o instrumento a se chegar à verdade, caminho esse intermediado pelo coração, ou seja, pelo campo moral.⁵¹ Influenciado pelo pensamento iluminista, Rousseau centralizou sua doutrina educativa na criança, a qual concebeu como um ser humano em fase específica de formação, devendo ser tratado como tal e não como um adulto diminuto, como era tido. Essa constatação lhe rendeu a alcunha de Copérnico da Pedagogia. Pregava que a origem principal dos vícios humanos é o homem mal governado, por tal razão pode-se afirmar que o seu pensamento pedagógico é indissociável do seu pensamento político, tanto que afirmou, em

Consiste numa “Linha filosófica caracterizada pelo empenho em estender a razão como crítica e guia a todos os campos da experiência humana. [...] adota a *fé* cartesiana na razão e, por outro lado, acha que é bem mais limitado o *poder* da razão. [...] só a atitude empirista garante a abertura do domínio da ciência e, em geral, do conhecimento, à crítica da razão, pois consiste em admitir que toda verdade pode e deve ser colocada à prova, eventualmente modificada, corrigida ou abandonada [...]. O I. não é somente uso crítico da razão, é também o compromisso de utilizar a razão e os resultados que ela pode obter nos vários campos da pesquisa para melhorar a vida individual e social do homem.” (ABBAGNO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 534-536.) (Grifos no original)

⁴⁸ GHIRALDELLI JR, *op. cit.*, p. 75-76.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 76.

⁵⁰ NICOLA, Ubaldo. *Antologia ilustrada de Filosofia: das origens à idade moderna*. São Paulo: Globo, 2005, p. 222-229.

⁵¹ GHIRALDELLI JR., *op. cit.*, p. 80-81.

correspondência ao seu editor em Paris, que suas obras, *Émile* e *Contrato Social* se completavam.⁵²

Para Rousseau, “A fonte principal dos abusos é de natureza política e pedagógica, pois a política e a educação são os dois elos mais determinantes da ‘longa cadeia de que é formada a ordem social’[...]”, e que “[...] ‘não há qualquer perversidade original no coração humano; nele não se encontra um único vício do qual não possa dizer-se como e por onde entrou’”, afirma “[...] ‘quanto um indivíduo pode ser diferente de um outro, pela força da educação’”, sendo esta um fenômeno de força.⁵³

Analisando a obra de Rousseau, *Emile* (considerada como um marco pedagógico), constata Garin que o pensamento pedagógico de Rousseau “Nunca perde de vista o quadro político da existência humana.” Para Rousseau a educação seria travada sob uma concepção política e moral. Por seu pensamento “A educação humana não é possível senão numa sociedade renovada, numa sociedade de homens livres e iguais [...]”.⁵⁴

Toda sua obra encontra-se impingida de um caráter humanístico inegável, chegando a categoricamente declarar, num diálogo fictício com *Emile*, que “[...] a ‘vocação comum dos homens é o ‘estado de homem’. Por isso, ‘viver é o ofício que quero lhe ensinar. Ao sair das minhas mãos, [...] será primeiramente homem’.”⁵⁵

Sua percepção política e ética da importância da educação foi tão elevada que insere esta como condição à liberdade, ao afirmar que “[...] ‘daí segue que o primeiro de todos os bens não é a autoridade, mas a liberdade [...] Eis a minha máxima fundamental. Basta aplicá-la à infância, e todas as regras da educação dela decorrem’”, ressaltando “[...] ‘preparai, de longe, o reino da sua liberdade...’.”⁵⁶

Pode-se dizer que a educação propugnada por Rousseau, com nítido caráter antropológico, vincula o sentido político e humanizante, superando o modelo anterior que concebia a educação como extensão do ser, voltando-se nitidamente para o sujeito do conhecimento e à subjetividade que lhe é inerente e indistinta.

De grande importância ao Iluminismo é o pensamento empirista de John Locke. Possuindo formação médica e filosófica, Locke se destaca por fazer uma análise racional e cognitiva do conhecimento, livre de influências éticas ou religiosas, por essa razão alinha-se com a doutrina de Descartes, todavia distancia-se deste por teorizar que todo o conhecimento

⁵² *Apud*, MONTEIRO, *op. cit.*, p. 65-66.

⁵³ *Apud*, MONTEIRO, *op. cit.*, p. 67-68.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 65.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 74.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 71-72.

humano deriva da percepção sensorial, não existindo ideias inatas, estas derivariam da sensação e da reflexão, ou seja, as ideias, para o filósofo inglês, teriam origem na experiência⁵⁷.

Segundo Locke, “[...] ‘nada existe no espírito que já não existisse primeiro nos sentidos’[...]”, sendo o espírito ao nascer “[...] uma *tábula rasa*; e a experiência dos sentidos nela se inscreve de mil modos, até que a sensação gere a memória, e a memória gere as idéias” (*sic*).⁵⁸ Sua contribuição não cessa aí; afirma o filósofo inglês que existem “[...] duas fontes de experiência: uma externa, que são os cinco sentidos; outra interna, que são as experiências que o conhecimento recebe do funcionamento de seu espírito nas atividades mentais conscientes.”⁵⁹

Pode-se dizer que foi Locke o precursor da teoria do conhecimento, pois preconizava que

todas as idéias (*sic*) e todos os princípios do conhecimento derivam da experiência sensível. Em outras palavras, o intelecto recebe da experiência sensível todo o material do conhecimento e por esse motivo pode-se dizer que não há nada em nosso entendimento que não tenha vindo das sensações.⁶⁰

Comenta Muniz que a educação para Locke é “[...] fundamental para o homem, pois o espírito não é nada por si mesmo. É por meio dela que o ser humano transforma-se em gênio, deficiente ou medíocre”, sendo função da educação “[...] desenvolver as faculdades e a atividade do espírito, a fim de robustecê-lo.”⁶¹

Concebendo o espírito humano como uma *tábula rasa*, na qual tudo que se apresenta parte das experiências sensoriais, assim, uma educação adequada é aquela em o homem descobre o conteúdo de sua razão, com consciência de si mesmo e de seus poderes⁶². A partir daí pode-se concluir que, para Locke, o ser humano é constituído pela impressão das experiências educacionais que se achegam ao seu espírito, portanto, a educação não lhe pode ser negada, sob pena de negar-lhe a própria natureza humana.

Adepto ao racionalismo, pautando suas obras no estudo da filosofia, Kant dirige seu pensamento para o estudo da razão, perquirindo sobre as suas possibilidades, o que ela pode conhecer, em que condições ela conhece, e o que se deve ou não fazer, tendo como

⁵⁷ *Apud* ROSA, *op. cit.*, p. 172-178.

⁵⁸ DURANT, Will. *História da filosofia*. Tradução Godofredo Rangel e Monteiro Lobato. 10. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959, p. 245.

⁵⁹ *Apud* ROSA, *op. cit.*, p. 175

⁶⁰ CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003, p. 129.

⁶¹ MUNIZ, *op. cit.*, p. 28-29.

⁶² *Apud* MUNIZ, *op. cit.*, p. 30.

fundamento uma regra que reside no sujeito como “[...] uma estrutura de condições de possibilidade do conhecimento.”⁶³ Nesse sentido, suas obras, além de apresentarem um cunho racional, também possuem conteúdo ético, influenciando a pedagogia da época.

Kant também contribui para o estudo da educação em seus trabalhos sobre pedagogia, muito embora suas análises tenham se pautado, em grande parte, ao estudo da filosofia. Não obstante suas obras (*Crítica da Razão Pura*, *Crítica da Razão Prática* e *Crítica ao Juízo*) tenham aplicação pedagógica, Kant ocupou-se uma única vez de pedagogia de maneira explícita. Nessa obra, Kant “[...] fixa a moralidade como o fim específico da educação e reclama um papel mais central para a disciplina e a autoridade”, teorizando ser objetivo da educação “[...] ‘transformar a animalidade em humanidade’ pelo desenvolvimento da ‘razão’[...]”.⁶⁴

Seu pensamento torna-se amplamente pedagógico, pois não considera a educação como sonho ou quimera, mas como uma *ideia justa e exequível*:⁶⁵ (Grifos da autora)

O homem só pode tornar-se verdadeiro homem mediante a educação, e ele é tal como ela o faz. Deve-se notar que ele só pode ser educado por outros homens que, por sua vez foram educados... se um ser superior tomasse conta de nós, veríamos todo o que o homem pode vir a ser... Se pelo menos uma experiência fosse feita com a ajuda dos poderosos ou com as forças colaborativas de muitas pessoas, poderíamos conhecer o ápice da capacidade humana. É extremamente penoso para o filósofo e para o filantropo constatar como os poderosos na maioria das vezes só pensam em si próprios e não tomam parte no importante experimento sobre a educação para fazer a humanidade aproximar-se da sua perfeição. (A pedagogia, introdução)⁶⁶

Kant imprimiu assim à educação importância fundamental para a formação do ser humano, dando-lhe um caráter essencial para a vida deste, denotando a importância da educação para a emancipação do ser humano. E, já neste estágio do desenvolvimento do pensamento humano, *avaliou a responsabilidade dos dirigentes do poder na sua prestação*. (Grifos da autora)

O Iluminismo também se afirmou mediante os estudos científicos de Charles Darwin, o qual, apesar não ter se dedicado ao estudo da educação ou do conhecimento como processo cognitivo e intelectual, deu a ela contribuição singular.

Digno de referência, o Darwinismo, trouxe à modernidade uma concepção humana como muito próxima à dos seres brutos, mais naturais, mais ligados ao mundo físico e à

⁶³ LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 58-61.

⁶⁴ CAMBI, *op. cit.*, p. 361-362.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 363.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 362.

Terra⁶⁷. A teoria formulada por Darwin possibilitou se conhecer o ser humano como algo biológico, preparando as bases para a análise da aprendizagem, como processo mental, e como tal passível de observação científica rigorosa, com base na experimentação.

Como reflexo de seus ensinamentos, a educação pode ser analisada sob diversos ângulos, como processo cognoscitivo de construção do conhecimento, propiciando um terreno fértil para o estudo do comportamento humano e da influência da linguagem na formação do pensamento, e conseqüentemente, do próprio indivíduo.

1.4 CARACTERÍSTICAS DA EDUCAÇÃO NO PERÍODO CONTEMPORÂNEO

A época contemporânea se caracteriza pelo desprestígio da metafísica, sendo sua principal consequência o abandono da filosofia como rainha das ciências, isto é, como lugar de todas as ciências.⁶⁸ Mas sua singularidade com relação aos demais períodos históricos não cessa aí. Marca também esse período uma inquietação pela renovação política, estatal e social, resultando assim numa postura revolucionária dos povos (de que são exemplos a Revolução Francesa, Revolução Americana, Revolução Russa); o abandono da técnica artesanal de elaboração de produtos pela industrialização da produção, isto é, da produção em larga escala; também identifica esse período o reconhecimento dos direitos e sua aplicação prática; da manifestação das massas como protagonistas de sua história que marca uma profunda tensão entre massa e elite, e de sua rebelião para a tomada do poder ou para conformá-lo perante às suas exigências; época da retomada da democracia como forma de organização política, dentre outras tantas características.⁶⁹

Diante dessa ambiência, a educação encontrou terreno fértil para se desenvolver, não mais sob um modelo neutro, se é que alguma vez na história isso ocorreu, mas com uma racionalidade social “[...] que dá substância ao político (enquanto a política é governo dos e sobre os cidadãos), mas que também se reelabora segundo um novo modelo teórico, que integra ciência e filosofia, experimentação e reflexão crítica, num jogo complexo e sutil.”⁷⁰

a) A Influência do pensamento Ideologista na Educação

⁶⁷ GHIRALDELLI JR., *op. cit.*, p. 93.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 89-90.

⁶⁹ CAMBI, *op. cit.*, p. 381.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 381.

A fase contemporânea da história encontra-se marcada pela revolução social, luta de classes com fundo ideológico*, cujo marco inicial é retratado pela Revolução Francesa. Nessa fase do desenvolvimento do pensamento humano, desvela-se o que antes era apenas sublimado, o caráter ideológico e político da educação e da própria pedagogia.

Segundo Cambi, Marx, influenciado pela filosofia hegeliana, já tinha advertido que as ideias dominantes, num determinado momento histórico, são as ideias das classes dominantes, ditadas pelos seus objetivos sociopolíticos, pelos seus interesses econômicos, pela sua visão do mundo.⁷¹

Hegel inaugurou um modelo filosófico que iria influenciar os movimentos sociais e educacionais que se seguiram, pois que, “[...] nas mãos de seu ávido seguidor, Marx, o método de Hegel daria origem à maior revolução desde a Revolução Francesa, que por sua vez geraria o mais mastodôntico sistema político que o homem já conheceu [...]”, o marxismo.⁷²

Esse processo de ideologização da educação contribuiu para esclarecer a relação complexa, ambígua e tensional, dismórfica e dialética entre a educação e a sociedade e entre escola e sociedade, e conforme aponta Cambi “Foi trazida à luz a estreita dependência de toda teorização pedagógica, de todo projeto educativo, de todo o sistema escolar de um *tipo* de sociedade, de seus fins e seus modelos de valores e de ação social, decantados e difundidos justamente através da pedagogia.”⁷³

Não se pode deixar de citar, por sua gritante nota ideológica, a doutrina do filósofo, ativista social e pensador da educação, John Dewey. Em obra intitulada, Uma introdução à filosofia da educação, Dewey propõe que “[...] a educação apropriada à sociedade democrática é aquela que procura reorganizar a experiência para ampliar seu alcance e dirigir experiências subseqüentes”, idealizada num ambiente social em que há reciprocidade de interesses e cooperação, sendo seus objetivos “[...] habilitar o indivíduo a dar continuidade a

* Segundo Cambi, “A função ideológica não é apenas reprodutiva, é crítico-reprodutiva; assim atribui-se a esse saber – é o que faz Dewey em particular – um papel projetado também (e sobretudo) sobre a inovação social e cultural. Ao mesmo tempo, os processos educativos também se conotaram de forma mais marcadamente ideológica: isso ocorreu na família (que tornando-se cada vez mais família nuclear, privada portanto de um *ethos seu*, de uma cultura *sua*, como ocorria de certo modo nas famílias extensas, de tipo patriarcal – abriu-se à influência da sociedade, por meios de comunicação e pelo envolvimento de todos os seus membros na vida social), na escola (que – estatizada e tornada obrigatória para todos – caracterizou-se pelas finalidades sociopolíticas que a revestiram, às vezes mais, às vezes menos, mas de maneira constante), no tempo livre (cada vez mais subtraído aos ritos e usos comunitários, religiosos ou não, ligados ao ciclos sazonais, a festividades civis – para ser, pelo contrário, administrado por associações estatais ou econômicas ou sindicais etc. e, portanto, cada vez mais infiltrado de finalidades coletivas, de objetivos sociopolíticos, como o escotismo, as associações esportivas, os grupos paraescolares, as colônias de férias etc., que são bons exemplos pelo seu cruzamento entre diversão e conformação a modelos e valores).” (*Ibid*, p. 381).

⁷¹ *Ibid*, p. 382.

⁷² STRATHERN, Paul. *Hegel em 90 minutos*. Tradução Maria Helena Geordane. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 8.

⁷³ CAMBI, *op. cit.*, p. 384.

sua educação, e que o objeto da aprendizagem é a capacidade de desenvolvimento constante” o que somente será alcançado em uma sociedade verdadeiramente democrática.⁷⁴

Nesta fase pode-se notar que o foco da educação deixou de ser somente o ser humano de sexo masculino, para também se focar na mulher, na criança e no deficiente. Com essa nova perspectiva inicia-se um processo de emancipação feminina, mesmo porque o mercado passou a necessitar não só dos braços das mulheres para a produção, mas também de sua força intelectual, e, desta forma, a educação das crianças também se priorizou, já que eram tidas como operário em potencial.

1.5 O POSITIVISMO E A EDUCAÇÃO

O positivismo pode ser caracterizado como a grande corrente filosófica que surgiu após a segunda metade do século XIX, tendo como principal expoente Augusto Comte. Segundo essa doutrina, a ciência é o único conhecimento possível, sendo o método descritivo, o único válido, e por tal razão, deveria ser estendido a todos os campos da indagação e da atividade humana.⁷⁵ Consoante esse movimento, nada há além do mundo empírico (sensível), ou seja, aquele que pode ser percebido pelos sentidos.⁷⁶

O positivismo exalta a ciência e a técnica, a ordem burguesa da sociedade e seus mitos (o progresso em primeiro lugar), nutre-se de mentalidade laica e valoriza os saberes experimentais: é a ideologia de uma classe produtiva na época de seu triunfo, que sanciona seu domínio e fortalece a sua visão do mundo.⁷⁷

O positivismo lógico ou empirismo lógico concedeu à análise da linguagem a capacidade de poder afirmar quais discursos dizem mais claramente o que é o mundo e quais discursos estão sem referência. A máxima dos positivistas lógicos foi a de que os problemas filosóficos nada seriam senão problemas de linguagem.⁷⁸

As implicações do positivismo podem ser percebidas através das imposições de estatizações curriculares, pela tendência de normatização das linhas pedagógicas e da materialização dos conteúdos educacionais, que sob o argumento de sistematização e organização pedagógicas acaba por preconizar um *dever-ser* educacional. (Grifos da autora)

⁷⁴ CUNHA, Marcus Vinícius da. *John Dewey: Democracia e educação: capítulos essenciais*, São Paulo: Ática, 2007, p. 7-9.

⁷⁵ ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 777.

⁷⁶ GHIRALDELLI JR., *op. cit.*, p. 137.

⁷⁷ CAMBI, *op. cit.*, p. 466.

⁷⁸ GHIRALDELLI JR., *op. cit.*, p. 138.

Também constitui legado do positivismo a apreensão da educação como objeto de estudo científico através da pedagogia, como dever essencial das sociedades modernas e, conseqüentemente, como direito de cada cidadão, portanto como instrumento laico de evolução da vida coletiva.⁷⁹

a) A Contribuição de Habermas e Freire para uma Educação Dialógica

O modelo humanista, focado no ser, em certos aspectos, ainda imperante na fase atual, foi cedendo lugar, pela incapacidade de resolver o problema multifacetado das relações humanas, a um novo paradigma, agora não mais baseado no sujeito, mas na razão centrada na comunicação ou *razão comunicativa*, a qual não “[...] define mais o *sujeito* na sua relação com objetos para conhecê-los e dominá-los [...]”, mas como “[...] aquele que se obriga historicamente a entender-se com outros *sujeitos*, entender-se sobre o que pode *significar* conhecer objetos e *dominar objetos*”, ou seja, no processo dialético e intersubjetivo de sujeitos capazes de linguagem e ação.⁸⁰ (Grifos no original)

A influência habermasiana consistiu na virada paradigmática da razão centrada no sujeito para uma razão centrada na comunicação. A razão, para Habermas, não é transcendental, mas encontra-se centrada na história e na sociedade, tendo como instrumento mediador a linguagem.⁸¹ Preconiza uma fala ideal como consenso fático para participação do discurso, “[...] como critério para possibilitar chances iguais aos sujeitos nos atos de fala”, resultando daí as “[...] condições de igualdade comunicativa nos atos da fala: exigência formal da verdade, sinceridade e da correção normativa.”⁸² Como desdobramento desse pensamento, a educação passou a ser concebida como um processo intersubjetivo e dialógico, e por isso emancipador, aberto a transformações e por isso transformador, viabilizador da inserção do indivíduo no contexto social e no espaço público, preconizando em última análise, a sua inclusão social.

A dialogicidade também constitui o cerne da doutrina de Paulo Freire. De certa forma Freire propugna por uma educação resultante de um processo dialógico a ser travado entre educando e professor e daquele com sua comunidade, além do educando consigo mesmo.

⁷⁹ CAMBI, *op. cit.*, p. 467.

⁸⁰ LUDWIG, *op. cit.*, p. 103-104.

⁸¹ *Ibid.*, p. 105-106.

⁸² *Ibid.*, p. 106-107.

Tendo vivenciando o problema social brasileiro, como sujeito transformador de sua própria realidade, Freire elabora, com base na teoria da libertação*, sua pedagogia crítica.

Seus estudos se caracterizam por uma crítica ao sistema social e educacional brasileiros, concebido como mero processo de transmissão de conhecimento* (que ele denominou como concepção bancária de educação). Entende Freire que o sistema educacional brasileiro seria marcado por uma educação fechada à realidade social dos educandos e extremamente reprodutora dos escopos da classe dominante.

A pedagogia de Freire, apesar de ter sido formulada com base na educação de adultos, é também adequada à formação de jovens, com fortes características política e libertária, o que reforça seu matiz antropológico e filosófico. Para ele não há como se falar em educação sem se refletir sobre o homem como ser em formação, ou seja, não haveria educação se o ser humano não fosse algo em constante devir.

O homem pergunta-se: quem sou? de onde venho? onde posso estar? O homem pode refletir sobre si mesmo e colocar-se num determinado momento, numa certa realidade: é um ser na busca constante de ser mais e, como pode fazer esta auto-reflexão, pode descobrir-se como um ser inacabado, que está em constante busca. Eis aqui a raiz da educação.⁸³

Em sua obra *Pedagogia da autonomia*, destaca a necessidade do educando em, reconhecendo sua condição de oprimido (conscientização), agir deliberadamente na transformação dessa realidade (*práxis*), numa atitude emancipadora. Tomada por esta perspectiva, a educação é um processo de formação do indivíduo por ele próprio realizado, e se de um lado serve para o seu aperfeiçoamento individual, desenvolvendo suas habilidades e potencialidades, de outro viabiliza a descoberta como sujeito potencial de uma mudança possível. (Grifos da autora)

Sob a perspectiva freireana, é inegável o caráter ético da educação, na medida em que ele dirige sua pedagogia ao oprimido, ao analfabeto e ao indivíduo culturalmente marginalizado, para os quais a educação reflexiva e consciente tem um importante papel de desvelamento da realidade, de reconhecimento de sua negação existencial e a possibilidade

* Cf. Dussel, a teoria da libertação consiste na libertação da filosofia do etnocentrismo moderno (de proporção mundial), centrado no eurocentrismo. (DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Trad. Efhaim Frerreira Alves, Jaime A Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 67.)

* Segundo Freire o primeiro saber que um docente deve ter é “[...] *saber que ensinar não é transferir conhecimento mas criar as possibilidades para a sua própria produção ou a sua construção.*” (FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia*. 36. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 47.) (Grifos no original)

⁸³ FREIRE, Paulo. *Educação e mudança*. 30. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007, p. 27.

real de ele participar do discurso como sujeito, numa atitude dialógica de troca de experiência, de conscientização, e por isso um potencial instrumento de mudança e libertação.

A conscientização é, nesse sentido, um teste de realidade. Quanto mais conscientização, mais se des-vela a realidade, mais se penetra na essência fenomênica do objeto, frente ao qual nos encontramos para analisá-lo. Por esta mesma razão, a conscientização não consiste em *estar frente à realidade* assumindo uma posição falsamente intelectual. A conscientização não pode existir fora da *práxis*, ou melhor, sem o ato ação-reflexão. Esta unidade dialética constitui, de maneira permanente, o modo de ser ou de transformar o mundo que caracteriza os homens.⁸⁴ (Grifos no original)

Todavia, para Freire a conscientização tem que partir do próprio ser humano, ele é que vai autoeducar-se, tendo em vista que a vocação do homem é de ser sujeito e não objeto; vale dizer, o homem chega a ser sujeito por uma reflexão sobre sua situação, sobre seu ambiente concreto.⁸⁵

Portanto, na concepção freireana, não há como separar a educação da política, pois aquela se dá em sociedade, o homem sobre o qual incide a educação é um produto da sociedade e não da natureza.⁸⁶ Nesta linha, pode-se afirmar que um processo educacional realmente integral somente se realiza através de um processo de reflexão constante, do educando consigo mesmo e dele com seus pares. Essa reflexão vai desvelar a ele a realidade, e através dessa leitura, situá-lo no contexto, sem ilusões ou credices místicas, como sujeito de sua própria história.

A tomada de posição crítica serve-se do diálogo como *práxis*, este dialogar se dá entre educador e educando de forma horizontal, em intersubjetividade dialética e se caracteriza como uma necessidade existencial do ser humano.

Mas se dizer a palavra verdadeira, que é trabalho, que é *práxis*, é transformar o mundo, dizer a palavra não é privilégio de alguns homens, mas direito de todos os homens. [...] Se dizendo a palavra com que, '*pronunciando*' o mundo, os homens o transformam, o diálogo se impõe como caminho pelo qual os homens ganham significação enquanto homens. Por isto, o diálogo é uma exigência existencial.⁸⁷ (Grifo no original)

Em síntese, Freire prega uma pedagogia do *direito à educação*⁸⁸, mas não de qualquer educação, senão daquela que realmente esteja comprometida com o

⁸⁴ FREIRE, Paulo. *Conscientização: teoria e prática da libertação*. 3. ed. São Paulo: Centauro, 2005, p. 30.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 38-39.

⁸⁶ PIAGET, Jean. *Psicologia e pedagogia*. Tradução Dirceu Accioly Lindoso e Rosa Maria Ribeiro da Silva. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 26.

⁸⁷ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 26. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 78-79.

⁸⁸ *Apud*, MONTEIRO, *op. cit.*, p. 156.

desenvolvimento integral e humanizador do educando, pois “[...] é através da cultura, no seu amplo conceito antropológico, que os seres humanos se humanizam.”⁸⁹ (Grifos da autora)

É grande a contribuição de Paulo Freire à educação, notadamente, quanto ao aspecto humanizante, dialógico e libertador que imprime à educação. Com seu pensamento e sua pedagogia do oprimido, Freire buscou desvelar a realidade social brasileira (opressora e alienante) preconizando a educação como direito essencial e fundamental dos seres humanos, independentemente de sua idade ou condição social.

1.6 OS DESAFIOS DA PÓS-MODERNIDADE

Antes de se refletir sobre a pós-modernidade, necessário pontuar que a modernidade não cumpriu suas promessas de maior felicidade pelo domínio da natureza (tecnologia), desenvolvimento pelo progresso dos Estados e emancipação do ser humano pela busca de sua expansão social e intelectual. Tudo isso não se cumpriu conforme o modelo moderno, à exceção da dominação da natureza que se realizou de forma desenfreada, causando enormes catástrofes de ordem mundial.

Apesar de a modernidade ser um projeto inacabado, segundo Habermas⁹⁰, já se fala em pós-modernidade como um movimento que se expressa “[...] na busca generalizada de maior igualdade de oportunidades e de mercados, e no maior anseio de democracia e justiça social.”⁹¹ A pós-modernidade teve origem, segundo Coelho, quando se acrescentou ao domínio da tecnologia o domínio da informação⁹², e, apresenta-se com uma postura emblemática, ora apegando-se aos ideais modernos como premissas a serem superadas, ora negando-os.

Sem dúvida, a globalização*, dentre os sintomas da pós-modernidade é o que mais influencia a processo educativo. Tal fenômeno, conforme explica Touraine, apoia-se em quatro grandes transformações:

⁸⁹ *Ibid.*, p. 157.

⁹⁰ *Apud*, COELHO, *op. cit.*, p. 35.

⁹¹ *Ibid.*, p. 34.

⁹² *Ibid.*, p. 32.

* Globalização para Vieira compreende “[...] uma nova configuração espacial da economia mundial, como resultado geral de velhos e novos elementos de internacionalização e integração. Mas se expressa não somente em termos de maiores laços e interações internacionais, como também na difusão de padrões transnacionais de organização econômica e social, consumo, vida ou pensamento, que resultam do jogo das pressões competitivas do mercado, das experiências políticas ou administrativas, da amplitude das comunicações ou da similitude da situação ou problemas impostos pelas novas condições internacionais de intercâmbio.” (VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 74).

A primeira é a criação de uma sociedade informatizada com a difusão mundial de indústrias de comunicação que modificam nossa experiência do tempo e do espaço, a natureza das cidades e a relação entre culturas. A segunda é a internacionalização do capital financeiro, que auferir mais lucros na movimentação de capitais do que no investimento do produto. A terceira é a emergência de novos países industriais, sobretudo os Tigres Asiáticos, que associam abertura econômica do mercado com rígido autoritarismo político. E a quarta é a influência cultural norte americana no resto do mundo.⁹³

Essas transformações se operam à custa de consequências que variam desde a acima mencionada hegemonia das potências econômicas sobre o destino global*, perpassando pelo redimensionamento da soberania do poder dos Estados, ainda pela usurpação desordenada dos recursos naturais e pela disseminação da miséria e da exclusão social.

Como um legado da modernidade, a globalização representa um intercâmbio mundial de relações travadas, principalmente, em face da competição pelo domínio do capital, e, sendo o planeta concebido como um potencial consumidor da hegemonia das grandes potências econômicas, estas acabam por ditar formas de vida, de cultura, de política, de comportamentos, num evidente processo de homogeneização das sociedades internacionais, o que é pernicioso à natureza humana.

Este processo tem acarretado a estandarização mundial da cultura, “[...] segundo os critérios de quem detém a maior parcela do poder na sociedade pelo domínio da informação, da ciência e da tecnologia”, o que faz com que o poder se concentre “[...] nas mãos de quem domina o saber, que hoje se identifica com o crescente domínio da tecnologia e da informação”.⁹⁴

Portanto, a pós-modernidade traz alguns desafios básicos aos Estados, dentre outros, a equalização do consumo e produção com a preservação da natureza e dos recursos naturais, inserção do ser humano na sociedade da informação como forma de resgate de sua cidadania e dignidade e o fortalecimento da democracia participativa.

A educação, como processo formativo do ser humano, sem dúvida abstraiu todas as mudanças perpetradas pela modernidade, não estando isenta às consequências experimentadas pelos setores social, econômico e político, aliás, nesse ambiente e em decorrência dele, a educação se faz e se refaz, num processo autopoiético.

Neste contexto pós-moderno, a educação idealizada ganha novas dimensões muito além da apropriação do conhecimento e da técnica científica, e embora essas habilidades

⁹³ *Apud ibid.*, p. 78.

* Cf. Vieira “[...] quem comanda a economia global é cada vez mais o mercado financeiro: em última análise, são as grandes corporações, e não os governos, que decidem sobre câmbio, taxa de juros, rendimento da poupança, dos investimentos, preço de *commodities* etc.” (*Ibid.*, p. 81).

⁹⁴ COELHO, *op. cit.*, p. 40.

sejam imprescindíveis à formação do ser humano, ela não as apresenta como um fim, mas como consequências naturais do processo formativo.

Muito bem lembrado nas palavras de Romão, o relatório de Jacques Delors para a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), que sintetizou o pensamento pedagógico oficial da humanidade para o século XXI. Neste documento encontra-se consubstanciada, sob a forma de quatro pilares a opinião de vários estudiosos e instituições acerca do perfil que a educação deste século deve apresentar para fazer frente aos desafios contemporâneos: *aprender a conhecer*, *aprender a fazer*, *aprender a viver juntos* e *aprender a ser*:

A educação deve transmitir, de fato, de forma maciça e eficaz, cada vez mais saberes e saber-fazer evolutivos, adaptados à civilização cognitiva, pois são as bases das competências do futuro. [...] Para poder dar resposta ao conjunto das suas missões, a educação deve organizar-se em torno de quatro aprendizagens fundamentais que, ao longo de toda a vida, serão de algum modo para cada indivíduo, os pilares do conhecimento: *aprender a conhecer*, isto é adquirir os instrumentos da compreensão; *aprender a fazer*, para poder agir sobre o meio envolvente; *aprender a viver juntos*, a fim de participar e cooperar com os outros em todas as atividades humanas; finalmente *aprender a ser*, via essencial que integra as três precedentes. É claro que estas quatro vias do saber constituem apenas uma, dado que existem entre elas múltiplos pontos de contato, de relacionamento e de permuta.⁹⁵ (Grifos no original)

A educação na pós-modernidade assume, portanto, um caráter essencial para a vida do indivíduo, de forma que o estimule a atuar em seu próprio processo educativo com consciência crítica, auxiliando-o a compreender os espaços públicos e privados para que a eles tenha acesso e assim desfrute de suas oportunidades como sujeito individual e ou coletivo, respeitando as diferenças e meio ambiente em que vive.

a) Educação Crítica, Plural e Integral

Oposicionista convicto à concepção de educação voltada unicamente para o mercado e de mercado e da valorização excessiva da educação como processo de formação técnico e formal do conhecimento, Girox, analisando a crise educacional dos Estados Unidos da América, travada em face das desigualdades sociais, racial, de sexo, defende a integração

⁹⁵ DELORS, Jacques. *Educação: um tesouro a descobrir*. 10. ed. São Paulo: Cortez; Brasília – DF: MEC: UNESCO, 2006, p. 89-90.

entre educação e cultura, sendo esta concebida “[...] como um lugar crucial para a ‘produção e a luta contra o poder’ [...]”.⁹⁶

Girox entende que a pedagogia seria o resultado de diversas lutas e não um discurso que primeiro tem de ser descoberto para depois ser dominado. Isto a insere num campo maior das relações como uma forma de política cultural que se origina de certas condições históricas, contextos sociais e relações culturais, sendo capaz, assim, através da união preconizada entre cultura e política, “[...] fazer com que o pedagógico seja mais político unindo a aprendizagem, em seu sentido mais amplo, à própria natureza da mudança social.”⁹⁷

Enfatiza Girox a energia educativa da cultura, pela proximidade da linguagem e de seus signos com o sujeito, estabelecendo uma relação crítica das relações de poder e o conhecimento.

[...] a crise da educação e da democracia somente pode ser entendida e desafiada se professores e estudantes aprenderem a estar criticamente atentos quanto à relação entre os processos pedagógicos e históricos, o conhecimento e a produção de identidades competitivas e à relação entre “as tradições académicas” e o processo de mitificação. A pedagogia, nesse contexto, nem é neutra, nem apolítica, mas é uma forma de produção cultural e política cultural interdisciplinar que está implicada continuamente na derrubada das fronteiras; [...].⁹⁸

Defende Girox, em última análise, uma educação que forme indivíduos críticos, com cultura política, capacidade de refletir sobre as relações de poder e de intervir de forma a desenvolverem, educando e educador, culturas públicas democráticas, compromissadas com a transformação social que se idealiza.⁹⁹

Comungando da corrente que prioriza a necessidade de uma educação crítica e plural, Peter MacLaren preconiza, como instrumento pedagógico, a importância da incorporação da cultura do educando e da educanda, sua teorização e sua prática problematizadas¹⁰⁰, numa perspectiva crítica, como forma de integração do aluno no seu próprio processo educacional. Defende, igualmente, sob o enfoque renovado marxista da pedagogia crítica, uma atitude mais ativa dos sujeitos educacionais “[...] baseado nos princípios de uma ética da compaixão e da justiça social, de uma ética socialista

⁹⁶ GIROX, Henry A. Pedagogia crítica como projeto de profecia exemplar: cultura e política no novo milênio. In: IBERNÓN, Francisco (org.). *A educação no século XXI: os desafios do futuro imediato*. Tradução Ernani Rosa. Porto Alegre: Artmed, 2000, p. 65-75.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 65-75.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 65-75.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 65-75.

¹⁰⁰ MACLAREN, Peter. *Utopias provisórias: as pedagogias críticas num cenário pós-colonial*. Tradução Helena Beatriz Marcarenhas Souza. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 212.

fundamentada na solidariedade e na interdependência social de uma linguagem crítica capaz de chegar às leis objetivas da história”.¹⁰¹

O projeto pedagógico de Peter MacLaren alia-se ao multiculturalismo, como forma de combater a exploração incitada pelo sistema capitalista de produção, capacitando os sujeitos educacionais para terem uma atitude crítica e ativa diante das opressões raciais, sociais e de gênero, para assim combater as mazelas engendradas pelas razões do mercado.

Tanto Girox como Peter MacLaren, estudiosos americanos, concebem a educação muito além de seus conceitos tradicionais de transmissão de conhecimento; ambos acreditam que a educação deve formar cidadãos com capacidade reflexiva de, analisando a sua situação no processo histórico, seja habilitado a nele intervir para transformá-lo, se assim for necessário.

Edgar Morin, antropólogo, sociólogo e filósofo francês, estudando o ser humano e suas relações sociais, teoriza, no que se denomina de pedagogia da unidade, que a educação do humano deve ser contemporanizada em face de sua condição humana e terrena, da complexa contradição de seus sentimentos e expressões culturais, pois entende que a racionalidade humana não se dá de forma solitária e isolada dos demais estados mentais e emocionais do indivíduo, mas se inter-relacionam, se completam e são interdependentes uns dos outros.

Em resposta à solicitação da Unesco, Morin expôs, como resultado de seus estudos e investigação na área educacional, suas ideias sobre as competências necessárias para que a educação integral do ser humano, no século XXI, compilada por ele em sete saberes fundamentais: as cegueiras do conhecimento: o erro e a ilusão; os princípios do conhecimento pertinente; ensinar a condição humana; ensinar a identidade terrena; enfrentar as incertezas; ensinar a compreensão e a ética do gênero humano, e outras regras insertas nas sociedades e culturas que devem igualmente ser respeitadas.¹⁰²

Essas novas categorias, denominadas de paradigmas holonômicos*, procuram não perder de vista a totalidade individual, buscando na unidade de contrários, na cultura

¹⁰¹ MACLAREN, Peter. Pedagogia crítica como projeto de profecia exemplar: cultura e política no novo milênio. In: IBERNÓN, Francisco (org.). *A educação no século XXI: os desafios do futuro imediato*. Tradução Ernani Rosa. Porto Alegre: Artmed, 200, p. 119-140.

¹⁰² MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessário à educação do futuro*. Tradução. Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 13-18.

* Cf. esclarece Abbagnano, citando K. Poper, holismo seria a “[...] tendência dos historicistas em sustentar que o organismo social, assim como o biológico, é algo mais que a simples soma dos seus membros e é também algo mais que a simples soma das relações existentes entre os membros [...]”. (ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 512).

contemporânea, um sinal dos tempos, uma direção do futuro.¹⁰³ Morin (2003), examinando a educação diante das agruras da modernidade e pós-modernidade, preconiza

ao mesmo tempo o desenvolvimento da relação *indivíduo/sociedade*, no sentido democrático, e o aprimoramento da relação *indivíduo/espécie*, no sentido da realização da Humanidade; ou seja, a permanência integrada dos indivíduos no desenvolvimento mútuo dos termos da tríade indivíduo/sociedade/espécie. Não possuímos as chaves que abririam as portas de um futuro melhor. Não conhecemos o caminho traçado. [...] Podemos porém, explicitar nossas finalidades: a busca da hominização na humanização, pelo acesso à cidadania terrena.¹⁰⁴ (Grifos no original)

Tais estudos expressam os desafios enfrentados pela educação atual, a formação do ser humano, de forma integral preparando-o para o trabalho, para exercício da cidadania e principalmente para a convivência responsável e consciente numa sociedade globalizada.

Com efeito, o aparato material para fazer frente a essas necessidades implica em opções econômicas e financeiras dos estados, para o efetivo desenvolvimento da educação, como o caminho para o enfrentamento de outras questões com ela correlacionadas como desemprego, exclusão social, desigualdades de desenvolvimento entre nações, conflitos étnicos ou religiosos.¹⁰⁵

O desenvolvimento de um país supõe, em particular, que sua população ativa saiba utilizar as tecnologias complexas e dê prova de criatividade e de espírito de adaptação, atitudes que dependem em grande parte do nível de formação inicial das pessoas. O investimento educativo é, assim, uma condição essencial do desenvolvimento econômico e social a longo prazo e deve ser protegido em períodos de crise.¹⁰⁶

A educação para este novo milênio deve envolver um processo de autoconhecimento e autoaprendizagem, esta não se resumirá mais a alguns anos da vida, mas envolverá um processo intenso e constante e aberto para diferentes saberes, por isso requer seja uma educação de qualidade e que essa seja universalmente prestada.

b) Educação Politizante

Como um dos representantes da corrente que defende a importância da educação política e politizante como arma contra a dominação e a ignorância, Pedro Demo, analisando

¹⁰³ GADOTTI, Moacir. *História das Idéias Pedagógicas*. Editora Ática: São Paulo, 1998. Disponível em: <<http://www.eps.ufsc.br/disciplinas/fialho/Juliana/Resumo/CAP16.html>>. Acesso em: 31 out. 2009.

¹⁰⁴ MORIN, *op. cit.*, p. 114-115.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 176-180.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 180.

reflexivamente a pobreza brasileira, constata que a pobreza vai além da carência de recursos materiais, ou seja, não reside apenas no ter, mas sim no ser. Para ele “Ser pobre não é somente não ter, mas ser coibido de ter”, e essa repressão se opera no terreno das vantagens e das oportunidades sociais.¹⁰⁷

Por essa análise, a pobreza não se restringiria à privação de recursos materiais, mas à inexistência da consciência de que se é privado por questões construídas historicamente. Portanto, o politicamente pobre “[...] é o oprimido que espera sua libertação do opressor; é o ser humano reduzido a objeto e que mendiga direitos; é quem faz a história do outro, a riqueza do outro, os privilégios do outro e, como isso, é coibido de história própria”.¹⁰⁸

Para Demo, a inexistência de consciência da própria pobreza, ou ausência de ser, é fortemente cultivada pelo grupo dominante. Portanto, “O processo emancipatório começa com esta primeira descoberta crítica: pobreza é imposta, produzida, mantida, cultivada; logo, injusta [...]”.¹⁰⁹ Destaca que a pobreza política brasileira além de obstaculizar ao indivíduo sua projeção na área econômica, também o impede do exercício da cidadania:

Para começar, cidadania nunca se esgota na dimensão político-participativa, porque como todo fenômeno emancipatório, é constituído de um lado econômico-produtivo, e de outro participativo. Emancipação poderia ser traduzida como capacidade organizada de conceber e efetivar projeto próprio de desenvolvimento (Habermas, 1989, Rouanet, 1989. Demo, 1990c). Desenvolvimento não se resume, jamais à questão econômica, até porque esta é instrumental, mas passa inevitavelmente por ela.¹¹⁰

Argumenta Demo (2002) que a Organização das Nações Unidas – ONU, tem atribuído à exclusão aspectos além da mera carência material, relacionando-a com a questão do desenvolvimento/oportunidade, destacando de forma clara que “[...] o maior problema das populações pobres não é propriamente a fome, mas a falta de cidadania que os impede de se tornarem sujeitos de história própria, inclusive de ver a fome que lhe é imposta.”¹¹¹

Nesta linha, o projeto emancipatório residiria na questão do desenvolvimento oportunidade, sendo a educação seu indicador principal, não apenas pelo fato de o ser humano pela educação construir oportunidades, mas pelo fato de que a partir dela ele se faz oportunidade, capacitando-se a “[...] construir consciência crítica histórica, organizar-se politicamente para emergir sujeito capaz de história própria [...]”.¹¹²

¹⁰⁷ DEMO, Pedro. *Pobreza Política: a pobreza mais intensa da pobreza brasileira*, p. 6.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 31.

¹⁰⁹ *Id. Cidadania menor*. Petrópolis – RJ: Vozes, 1992, p. 18.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 16.

¹¹¹ DEMO, Pedro. *Charme da Exclusão Social: polêmicas do nosso tempo*. p. 5.

¹¹² DEMO, *op. cit.*, p. 28-31.

Da análise da pobreza política brasileira como obstáculo à cidadania, constata Demo que educação, aliada a outros fatores como informação, comunicação, cultura, conhecimento, esporte e lazer são determinantes para se alcançar a qualidade política, sendo que, a educação seria a estratégia principal.¹¹³

No entanto, para que isso se realize, na sua concepção, imprescindível uma atitude mais séria por parte do Estado, através de políticas sociais* comprometidas com a redistribuição de renda a serem realizadas com a participação do pobre, atribuindo-lhe, como isso, o caráter que lhe é devido de co-partícipe do processo democrático.¹¹⁴

[...] política social necessita ser equalizadora de oportunidades, partindo-se de que as oportunidades foram apropriadas pelo grupo dominante. Uma face importante desse desafio é a universalização da educação básica: todos devem ter acesso de modo incondicional, recebendo a mesma qualidade. A desigualdade receberia aí um corretivo importante, à medida de que todos teriam chance de dispor de uma formação básica comum, como arma de luta no espectro das desigualdades.¹¹⁵

Neste sentido importante suas considerações a respeito da postura do Estado brasileiro quanto à forma como tem priorizado as necessidades públicas e destinação dos recursos. Denuncia Demo o caráter conservador do Estado que se atém em avaliar o caráter tipicamente compensatório das políticas sociais, feitas com sobras orçamentárias, geralmente, designadas a amparar táticas de desmobilização emergencial, sobretudo diante dos percalços da economia¹¹⁶, não considerando sua função fundamental de prevenção, que à primeira vista pode se mostrar mais dispendiosa aos cofres públicos, pois demanda investimentos

¹¹³ *Ibid.*, p. 52-53

* A política social para Demo consiste basicamente em proposta planejada de enfrentamento das desigualdades sociais, neste sentido ele faz uma abordagem pontual de seu caráter desmobilizante e finalidade igualitária, naquilo que ele denominou de seus parâmetros fundamentais, a saber: “a) precisa ser *redistributiva*, não apenas distributiva, [...]; por redistribuição entende-se o processo de redução efetiva da desigualdade social, restringindo acessos por parte dos privilegiados, e repassando-os aos desiguais; políticas sociais apenas distributivas mascaram as discriminações, porque não as tocam, e no fundo as resguardam; b) precisa ser *equalizadora de oportunidades*, no sentido de instrumentar os desiguais para que tenham chance histórica pelo menos mais aproximada; assim colocada, significa que a peça chave é o próprio desigual, que jamais poderia esperar a equalização como dádiva; de modo geral, as políticas sociais tendem a estigmatizar os pobres, reservando para eles ofertas pobres, empobrecedoras; são tipicamente desmobilizantes e controladoras, à medida que cultivam as distâncias sociais através da reserva estratégica das oportunidades para o grupo dominante; c) precisa ser *emancipatória*, no sentido de reconhecer que, no confronto da desigualdade social, somente pode haver mudança importante e sobretudo radical, a partir dos desiguais; [...] d) precisa ser *preventiva*, no sentido de agir na raiz dos problemas, antes que eles surjam; [...]” (DEMO, *op. cit.*, p. 18 e 19.) (Grifos no original)

¹¹⁴ DEMO, Pedro. *op. cit.*, p. 35-36.

¹¹⁵ DEMO, Pedro. *Política social, educação e cidadania*. 10. ed. Campinas: Papirus, 2007, p. 22.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 46.

relativamente altos, mas torna-se mais baratas, porque evita a proliferação posterior de problemas cujo tratamento curativo é sempre mais dispendioso.¹¹⁷

Na opinião de Demo a educação, principalmente a de nível fundamental, é essencial para o processo formativo e informativo do indivíduo, constituindo importante instrumento para se enfrentar a pobreza política, servindo de plataforma da cidadania popular, por tal razão os recursos alocados para sua efetivação devem ser compreendidos não como meros gastos, mas principalmente como investimento.¹¹⁸

c) A Concepção Educacionista

Sob a bandeira da igualdade educacional, do equilíbrio social e ecológico, Cristóvão Buarque prega uma revolução social brasileira pela educação. A essa doutrina ideológica e utópica, denomina-se educacionismo* e se alicerça na consciência ecológica, no resgate da liberdade individual, na limitação ao liberalismo pela inclusão social e pela proteção ecológica, na promoção da igualdade social e na construção de uma sociedade global com integração sem destruição e com liberdade.¹¹⁹

Propugna a luta de classes não pelo controle dos salários pelo Estado, mas utilizando o acesso à educação com o mesmo padrão de qualidade que a recebida pelas classes mais abastadas, bem como um novo conceito de riqueza que, sob essa ótica, reside na quantidade de saber que a humanidade adquire em seu conjunto ou em cada país; assim concebido “[...] o capital é conhecimento e o conhecimento é o capital.”¹²⁰

Para o Buarque, a revolução educacionista envolve necessariamente a questão ecológica, pregando uma reforma do projeto civilizatório consistente na questão do consumo ilimitado e ineficiente de bens materiais e o desenvolvimento de técnicas hábeis a reverter os

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 22.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 96.

* Segundo Buarque “O educacionismo considera que a civilização industrial caminha para uma catástrofe, pois desigualta seus indivíduos e degrada o meio ambiente. E o caminho para interromper essa marcha exige substituir a utopia da igualdade na economia para a igualdade na educação: o filho do trabalhador na mesma escola que o filho do patrão. Recusando aceitar a marcha ao colapso ético, social e ecológico e insistindo na busca de uma sociedade equilibrada, defende a reorientação do projeto civilizatório para assegurar a mesma *chance** entre classes, pela igualdade na educação e, entre gerações, por um *desenvolvimento sustentado**. Sua proposta toma a educação como o motor e o propósito de uma nova utopia.” (BUARQUE, Cristovam. *O que é educacionismo*. São Paulo: Brasiliense, 2008, p. 13.)

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 18-19.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 82-83.

efeitos nefastos da apropriação desenfreada dos recursos naturais, de forma a promover um desenvolvimento sustentável, ou seja, um desenvolvimento ético*.

A abordagem utópica do professor brasileiro se estende à questão da violência, arguindo que a solução para este problema não está na maior repressão, com penas maiores ou na redução da maioridade penal, e sim na atuação na origem do problema, a desigualdade brutal que assola a sociedade brasileira, a qual ele, denomina de indústria da violência.¹²¹

Sustenta Buarque que estudos recentes demonstram que a probabilidade de que um preso brasileiro tenha vindo de uma família pobre é o dobro do que para o resto da população. Não porque seja pobre, mas porque não teve chances na vida, e que, pessoas com menos de seis anos de estudo têm duas vezes mais chances de estarem presas do que pessoas educadas, tendo em vista a falta de oportunidades. Diante desse dado destaca:

Essa revolução não está em reduzir idade para se entrar na prisão, e no tempo máximo de permanência lá, mas sim na redução da idade de ingresso e no aumento da permanência numa escola de qualidade: entrar aos quatro e sair aos 18 anos. [...] Para prender menos, precisamos de educar mais.¹²²

A proposta de Buarque é arrojada e inovadora, demonstrando o interesse político por uma mudança estrutural e intensa na forma como se tem concebido a educação brasileira, uma verdadeira revolução idealista e utópica, como ele próprio intitula, fruto de uma realidade renitente que somente pode ser combatida com medidas igualmente profundas e efetivamente comprometidas com a mudança que se busca.

Para tal desiderato, mister que o Estado cumpra seu papel democrático de promover igualdade e justiça social, e, para tanto, deve estar acessível a uma releitura da forma como vem exercendo suas atribuições e funções institucionais, pautadas na temática constitucional vigente, de defesa e efetivação dos direitos fundamentais, notadamente no que se refere à educação.

* Desenvolvimento ético para Buarque é aquele que “[...] busca casar o progresso e o equilíbrio ecológico, com a liberdade individual e o atendimento das necessidades essenciais, abolindo a exclusão.” (*Ibid.*, p. 143).

¹²¹ BUARQUE, Cristovam. Só a educação traz a paz. *Revista de Informação Legislativa*, v. 44, nº 176, p. 19-22, out./dez. 2007. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/137592>>. Acesso em: 01 nov. 2009.

¹²² *Ibid.*, p. 19-22.

2. A EDUCAÇÃO COMO SUBSTRATO PARA AS LIBERDADES PÚBLICAS E OBJETIVOS FUNDAMENTAIS

Feita esta breve digressão histórico filosófica da educação, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca da importância de uma educação como instrumento de reivindicação e alcance de outros direitos igualmente importantes ao ser humano.

Modernamente, muitos Estados, apesar de reconhecerem a educação como direito fundamental em seus estatutos políticos, não a torna uma realidade, outros sequer reconhecem a educação como direito humano, outros, ainda, agarrando-se ao conceito de progressividade, constante do art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, defendem a existência de uma hierarquia entre os direitos, concebendo o direito à educação como um direito de caráter inferior, negando-lhe o caráter de indivisibilidade dos direitos humanos.¹²³

Mesmo na literatura geral se trata “[...] muito mais do tema da educação para o direito humano e muito pouco sobre o tema da educação como direito humano”, refletindo uma postura social alheia à importância do acesso à educação como base para a realização dos outros direitos, recusando-se a admitir o fato de que o ser humano que passa por um processo educativo possui melhores condições de realizar e defender os outros direitos humanos.¹²⁴

A educação é a base para que os outros direitos humanos possam ser exercidos, notadamente na era atual, em que o ser humano, além da necessidade de dominar os códigos e mensagens que se apresentam na vida cotidiana, para o exercício de uma profissão digna e dignificadora, necessita de um aparato cultural e intelectual para o exercício da cidadania responsável e emancipadora. Não há outro caminho para se alcançar tais objetivos a não ser por uma educação de qualidade.

2.1 A EDUCAÇÃO COMO DIREITO HUMANO

Qualquer discussão que possa tecer acerca de direitos humanos não pode deixar de considerar o seu ponto principal, a natureza singular do ser humano em sua totalidade e individualidade que o faz igual aos demais seres humanos em humanidade e diferente em suas particularidades. Aliás, tal singularidade foi explorada por Hannah Arendt, ao considerar que “A pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é,

¹²³ MUÑOZ, Vernor. Do direito à justiça. In: HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela. *A educação entre os direitos humanos*, p. 43-60.

¹²⁴ HADDAD, Sérgio. O direito humano à educação escolar. In: _____; GRACIANO, Mariângela. *A educação entre os direitos humanos*, p. 3-7.

humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha existir.”¹²⁵

Resultado de um processo evolutivo que se iniciou há milhares de anos, o ser humano vem, continuamente, evoluindo tanto biológica* como culturalmente, sendo que “Na atual etapa de evolução, como todos reconhecem, o componente cultural é mais acentuado que o componente ‘natural’.”¹²⁶ Todavia, o que o diferencia dos outros seres é sua racionalidade, capacidade de determinar-se segundo critérios e valores por ele escolhidos e não somente guiados pelos seus instintos naturais.

Todo esse complexo de características próprias ao ser humano o distingue dos demais seres e coisas que povoam a terra, não sendo possível mensurar-se o seu valor, posto que a quantificação é atributo das coisas e não do ser humano, conforme enunciado por Kant “O que tem preço pode ser substituído por alguma outra coisa *equivalente*, o que é superior a qualquer preço, e por isso não permite nenhuma equivalência, tem dignidade” que consiste “[...] no fato de ele ‘não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo’.”¹²⁷ (Grifo no original)

A dignidade que o distingue dos demais seres da natureza confere ao homem direitos próprios e que podem ser invocados em face dos outros homens e em face do Estado. Alguns invocam o caráter natural de tais direitos, como o faz a corrente jusnaturalista, outros seu caráter racional, como criação humana, diante do poder do Estado, todavia atualmente são tidos como “[...] aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana [...]”¹²⁸.

Esses direitos possuem as características de serem naturais (derivam da natureza humana), serem abstratos (se vinculam ao ser humano de qualquer etnia, credo, raça), imprescritíveis (não se perdendo com o passar do tempo), inalienáveis (não podem ser objeto de disposição pelo seu titular), individuais (à medida que são conferidos ao ser humano singularmente considerado independentemente da comunidade) e universais por pertencerem a toda humanidade.¹²⁹

¹²⁵ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 16.

* Como observou E. Adamson Hoebel e Everett L. Frost, “O ser humano é antes de tudo um organismo biológico, e só secundariamente, um animal social.” (HOEBEL E. Adamson; FROST, Everett L. *Antropologia cultural e social*. Trad. Euclides Carneiro da Silva. 7. ed. São Paulo: Cutrix, 2005, p. 6).

¹²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2006, p. 6.

¹²⁷ ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 276.

¹²⁸ HERKENHOFF, João Batista. *Gênese dos direitos humanos*. 2. ed. Aparecida: Santuário, p. 19.

¹²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22-23.

A condição peculiar de que goza o ser humano não é conferida aos demais seres e coisas existentes no mundo, somente ao ser humano, considerado em personalidade, atributo esse que não é um dado imposto pela natureza, mas “[...] é certa representação do homem, que postula a unidade de sua carne e de seu espírito e que proíbe reduzi-lo a um ser biológico ou a um ser mental”.¹³⁰

A ideia do valor dignidade ínsita ao ser humano resultou em compreendê-lo em sua dimensão moral, sendo possível, a partir desta, a construção de sua personalidade no âmbito jurídico, condição esta que o transforma de simples ser biológico para o ser pessoa, sujeito de direitos e obrigações. Assim, é pela personalidade que o ser humano é representado em sua singularidade hominídea e em sua unidade natural e espiritual:

A invenção da personalidade moral permitiu que essa concepção individualista digerisse toda forma de comunidade ou de sociedade humana. Com a personalidade moral, toda forma de associação dos indivíduos, seja ela fundamentada na partilha de coisas, seja na comunhão de pensamentos, pode ser erigida por sua vez em indivíduo. O *homo juridicus* consegue assim tratar o plural como um singular, o “*nós*” como um “*eu*” suscetível de negociar em pé de igualdade com todos os outros indivíduos. A pedra angular dessa ordem humana exclusivamente povoada de indivíduos é um indivíduo supremo, do qual se postulam, também aí baseado no modelo da *imago Dei*, a unidade e a indivisibilidade.¹³¹

A personalidade, numa perspectiva filosófica, pode ser definida como condição ou modo de ser da pessoa.¹³² Ela, portanto, é personificação do ser humano em suas dimensões biológicas, social e divina, incorporadas tanto na singularidade como na unidade de gênero.

Já, no campo da psicologia, a personalidade, segundo H. J. Eysenck, “[...] é a organização mais ou menos estável e duradoura do caráter, do temperamento, do intelecto e do físico de uma pessoa: organização que determina sua adaptação total ao ambiente.”¹³³

Depreende-se desse raciocínio que, para a formação da personalidade, concorrem tanto os fatores de ordem natural, como os genéticos e hereditários, como os de ordem social, moral e cultural, como um todo indivisível, sob pena de, na carência de um deles, a formação humana da personalidade estar comprometida.

O homem, já está provado, não é aquela *tábula rasa* idealizada por John Locke, pois ele ao nascer traz consigo uma bagagem hereditária que lhe fora transmitida pelos seus

¹³⁰ SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução Maria Ermantina de Almeida. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. XI.

¹³¹ SUPIOT, *op. cit.*, p. 20.

¹³² ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 758.

¹³³ *Apud* ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 758.

ancestrais^{*}, mas também é influenciado pelas experiências pessoais no decorrer de sua vida, o que foi inicialmente explicado pela teoria dos reflexos condicionados de Pavlov, no campo da experimentação das reações humanas, chegando-se atualmente à comprovação de que o físico, o psíquico e o emocional atuam na forma de pensar e raciocinar do ser humano, e, em última análise, em seu comportamento social.

[...] a educação só pode ser definida como ação planejada, racional, premeditada e consciente e como intervenção nos processos de crescimento natural do organismo. Consequentemente, só poderá ter caráter educativo aquela fixação de novas reações que, de uma forma ou de outra, intervenha nos processos de crescimento e os oriente. Logo, nem todos os vínculos que se concluem na criança são atos educativos. [...] Na criança encerra-se potencialmente uma infinidade de futuras individualidades, ela pode vir a ser essa, aquela e aquela outra. A educação faz a seleção social da individualidade necessária. Através da seleção, ela faz do homem como biótico o homem como sociótipo.¹³⁴

Pelo aspecto psicológico, a educação também atua no controle das emoções individuais, pois “[...] a tarefa essencial da educação é dominar as emoções, ou seja, incluí-las na rede global do comportamento quando elas estiverem estreitamente ligadas a todas as outras emoções e não se expressarem em seu processo de modo perturbador e destrutivo.”¹³⁵

Vigotisk, em estudo das implicações da psicologia na pedagogia infantil, explica, pela teoria da secreção interna, que as funções biológicas estão intimamente ligadas às demais funções psicológicas que se processam no indivíduo como um todo indissociável de seu ser:

[...] o físico o psíquico, o espírito a matéria, a constituição do corpo e o caráter são, em essência, processos profundamente idênticos, estreitamente entrelaçados, e a divisão desse ou daquele não encontra justificativa em nenhuma razão real. Ao contrário, em psicologia a premissa básica passa a ser a hipótese da unidade de todos os processos que ocorrem no organismo, da identidade entre o psíquico e o físico e de que é falso e impossível delimitá-lo. [...] Se o sistema secretório constitui parte do aparelho responsivo do nosso comportamento e, conseqüentemente, depende de dele, fica evidente que funções do organismo como o crescimento, a atividade sexual e a forma e o tamanho das partes do corpo dependem da atividade da secreção interna.¹³⁶

* Neste sentido afirma Vigotski que as reações hereditárias ou inatas “[...] são dadas à criança no primeiríssimo momento do nascimento ou surgem no processo de seu crescimento sem qualquer aprendizagem e influência de estranho. Assim são, por exemplo, os reflexos do grito, da engolição, da sucção, que se observam na criança desde as primeiras horas após o nascimento e em linhas gerais permanecem imutáveis ao longo de toda a sua vida. Essas formas hereditárias de comportamento dividem-se facilmente em duas classes: os reflexos e os instintos”. (VIGOTSKI, Lev Semenovich. *Psicologia Pedagógica*. 2. ed. Tradução Paulo Bezerra. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 20)

¹³⁴ *Ibid.*, p. 77-78.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 146.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 60-61.

Evidencia-se, portanto, a importância da educação na formação do ser humano, sua influência no controle das emoções, no desenvolvimento do intelecto, nos processos racionais da mente e, por consequência, nas funções orgânicas do indivíduo, o qual só poderá ter um desenvolvimento integral pela educação que irá receber, no decorrer de sua vida, notadamente nas primeiras décadas de sua existência.

Assim, estando umbilicalmente ligada à dignidade humana e constituindo um atributo do direito da personalidade humana, a qual só pode ser completa e integralmente formada, pela educação, esta se incorpora como direito essencial do ser humano, pois que constitui pressuposto de sua dignidade, o que se explanará com mais acuidade nos tópicos abaixo.

Da análise dessas premissas, ou seja, referindo a personalidade humana ora aos seus atributos morais e individuais que lhe conferem dignidade (âmbito jurídico-filosófico), ora expressando a formação psicológica e comportamental do ser humano, depreende-se que a educação se apresenta como um direito da personalidade* e como um direito inerente ao ser humano.

Como direito da personalidade, e por estar intimamente ligada à dignidade humana, tende a ser protegida constitucionalmente, conforme ressalta Canotilho citado por Muniz:

[...] em razão do reconhecimento constitucional da dignidade humana no quadro das relações sociais, há uma tendência para os direitos da personalidade serem também tutelados, no plano constitucional, como direitos fundamentais. Inversamente, ocorre ainda outra tendência, face ao reconhecimento de uma dimensão relacional ‘eu’-mundo da personalidade, para os direitos fundamentais serem direitos da personalidade.¹³⁷

O direito da personalidade foi constitucionalmente consagrado pela Constituição Alemã, ao garantir a cada um o direito de “[...] ‘livre desenvolvimento de sua personalidade desde que não acarrete violação aos direitos de outrem, à ordem constitucional ou à lei moral’ [art. 2º, § 1º da Constituição Alemã] [...]”, posteriormente o Tribunal Constitucional Federal daquele país acolheu o conceito de direito geral da personalidade e que este direito completaria “[...] como direito de liberdade ‘inominada’ os direitos de liberdade particulares (‘nominadas’)”.¹³⁸ (Grifos no original)

* Direitos da personalidade, na lição de Goffredo Telles Jr. “[...] são direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação a honra, a imagem, a privacidade, a autoria etc. [...]”, caracterizados por serem inatos, absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e ilimitados.” (Apud SILVA, Regina Beatriz Tavares (coord.). *Código Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 21.)

¹³⁷ MUNIZ, *op. cit.*, p. 48.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 53.

Como consequência do posicionamento da doutrina constitucional alemã, Muniz, com esteio em Canotilho e Capelo de Souza, afirma que o direito à educação seria um “[...] *direito subjetivo privado*, porque se encontra entre os direitos da personalidade, considerados e aceitos nacional e internacionalmente com tais, e hodiernamente, como ‘direito geral da personalidade’[...]”.¹³⁹ Tal posicionamento, entretanto, não lhe subtrai o caráter de direito natural.

Para Abbagnano, o direito natural seria o fundamento de todo o direito positivo, pressuposto de validade do direito positivo, sendo considerado como condição de sua validade, pois que assegura uma melhor ordenação da sociedade humana.¹⁴⁰

Celso Lafer averba que direito natural seria aquele direito “[...] comum a todos e, ligado à própria origem da humanidade, representaria um padrão geral, a servir como ponto de Arquimedes na avaliação de qualquer ordem jurídica positiva”; seria a fonte de todo o direito, tendo como características a imutabilidade, à medida que não se fixa no tempo, universalidade, pelo fato de ser dado pela humanidade o que se contrapõe à ideia de convenção e que sua função é de qualificar como boa e justa ou má e injusta uma conduta.¹⁴¹

A discussão sobre a existência de um direito natural remonta à antiguidade, com os gregos, passando pela idade média, moderna, com as influências dos pensamentos religiosos e racionalistas de cada época histórica, chegando a ser objeto de uma escola distinta do pensamento (o jusnaturalismo*), mas a marca que sempre o caracterizou desde sempre foi sua concepção do certo e do justo ao homem e à sociedade humana.

Partindo desse pressuposto, há que salientar que é por uma educação de qualidade e integral que ser humano poderá desenvolver sua capacidade intelectual e moral, tornando-se um ser apto a participar das oportunidades que se lhe apresentarem durante a vida e também poder participar, conscientemente, do processo histórico em que está inserido individual e coletivamente. Esse estágio de desenvolvimento da pessoa humana constitui o ideal de justiça preconizado pelo direito natural. Esse modelo ideal de pessoa deve ser objetivado pelo Estado

¹³⁹ *Ibid.*, p. 54.

¹⁴⁰ ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 278.

¹⁴¹ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 35-37.

* Cf. Abbagnano é também designada como teoria do direito natural configurada nos séculos XVII e XVIII, a partir das ideias de Hugo Grócio, Hobbes e Pufendorf, entre outros. Essa doutrina “[...] distingue-se da teoria tradicional do direito natural por não considerar que o direito natural represente a participação humana numa ordem universal perfeita, que seria Deus (como os antigos julgavam, p. ex., os estoicos) ou viria de Deus (como julgaram os escritores medievais, mas que ele é a regulamentação necessária das relações humanas, a que se chega através da razão, sendo, pois independente da vontade de Deus.” (ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 593.)

através da positivação das leis, aliás, esse é entendimento preconizado por Contreras, nas palavras de Muniz:

A educação, como vem sendo defendida, é um desses direitos, que, embora tenha encontrado uma acomodação adequada nas legislações positivas, longe ainda está do chamado “ideal de justiça”. O homem, animal de cultura que é, encontra-se, mediante a razão, inteiramente comprometido, em sua capacidade de apreensão, raciocínio e juízo, com decifrar os enigmas das leis que regem o mundo. Essa atividade cognoscitiva é que faz com que, em sua ânsia de saber, ele busque a satisfação no conhecimento das coisas que o rodeiam. Para atingir tal conhecimento, faz-se necessária uma educação profunda, consciente e transformadora, a fim de que, ao satisfazer sua necessidade básica, encontre uma perfeita correlação entre o direito positivo e o direito natural.¹⁴²

Assim, juntamente com Muniz, pode-se conceituar, com os elementos que foram apresentados até aqui, que a educação é um direito humano, constituindo também o que se convencionou chamar de direitos da personalidade, e por essa razão (de acordo com o entendimento constitucional alemão), um direito subjetivo privado e, ainda, por desenvolver no ser humano, as qualidades e habilidades indispensáveis para uma existência social responsável e de potencial plenitude, pode ser também ser definido como um direito natural.

Os direitos humanos resultam de uma construção histórica daquilo que é moral e ético no tocante à pessoa humana, não nascem prontos e acabados, vão se fazendo com a evolução do próprio ser humano. Com o direito à educação não foi diferente, desde a *paidéia* grega, na época clássica da história da civilização, os gregos já haviam reconhecido a importância da educação do cidadão da *polis*.

De lá para cá esse reconhecimento foi se amoldando a várias transformações sociais. Sabe-se que após a Revolução Francesa, com a Constituição Francesa de 1793, a instrução era reconhecida como uma necessidade de todos e responsabilidade da sociedade e de seus poderes no fornecimento da instrução para todos os cidadãos.¹⁴³ A Constituição mexicana de 1917, por sua vez, adotou um programa de expansão do sistema de educação pública,¹⁴⁴ e a Constituição alemã de 1919 destacou-se pelo conjunto das disposições sobre a educação pública e o direito trabalhista, atribuindo ao Estado alemão o dever fundamental de educação escolar, estabelecendo ainda regras pertinentes à duração da escolaridade fundamental, fixada em oito anos e em até dezoito anos a educação complementar, prevendo ainda, “[...] a

¹⁴² MUNIZ, *op. cit.*, p. 67-68.

¹⁴³ COMPARATO, *op. cit.*, p. 163.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 177.

concessão de subsídios públicos aos pais de alunos considerados após cursar o ensino médio e superior [...]”.¹⁴⁵

a) A Educação e os Documentos de Proteção Internacionais

O processo do reconhecimento da educação, como direito da pessoa humana, teve origem na era moderna, mas o seu nascimento não se deu de uma só vez, ele foi construído historicamente, perpassando todas as crises e vicissitudes sociais e históricas, culminando com o seu processo de estratificação jurídica a partir de 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, plasmada nos ideários revolucionários franceses*, da liberdade, igualdade e fraternidade, elencou como direito humano, em seu artigo XXVI*, o direito à educação de forma gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais, sendo obrigatório seu fornecimento, com a generalização do ensino técnico profissional e direito ao livre acesso ao ensino superior.¹⁴⁶

Igualmente, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950, pacto elaborado pelo Conselho da Europa, representando os Estados da Europa Ocidental, de forma indireta,

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 195.

* O texto que constitui o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos foi assim redigido denotando ter abstraído os ideais da revolução francesa de 1789: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz do mundo; Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta inspiração do homem comum; Considerando ser essencial que os direitos dos homens sejam protegidos pelo império da lei, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão; Considerando ser essencial promover o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em sua liberdade mais ampla; Considerando que os Estados-Membros se comprometeram a promover, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do homem e a observância desses direitos e liberdades; Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdade é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso [...]”.(COMPARATO, *op. cit.*, p. 235-235.)

* Estabelece o art. XXVI da Declaração dos Direitos Humanos de 1948: “1. Todo homem tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será generalizada; o acesso aos estudos superiores será igual para todos, em função dos méritos respectivos. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos nacionais ou religiosos, e coadjuvará das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridades de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.” (COMPARATO, *op. cit.*, p. 239).

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 225-239.

também reafirmou a importância da educação, quando dispôs sobre o direito à instrução, com o intuito de “[...] promover a unidade européia, proteger os direitos humanos e fomentar o progresso econômico e social.”¹⁴⁷

Destaca-se, também, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os quais desenvolveram pormenorizadamente o conteúdo da Declaração Universal de 1948. Tais documentos porém, foram fruto de um compromisso diplomático entre as potências ocidentais (que reivindicavam o reconhecimento apenas das liberdades individuais clássicas) os países do bloco comunista e alguns países africanos, recentemente formados à época, que priorizavam os direitos sociais e econômicos, em detrimento das liberdades individuais. Esse dissenso resultou na elaboração de dois pactos ao invés de um único, pautando-se a “[...] atuação fiscalizadora do Comitê de Direitos Humanos unicamente aos direitos civis e políticos, e declarando-se que os direitos que têm por objeto programas de ação estatal seriam realizados progressivamente, ‘até o máximo dos recursos disponíveis’ de cada Estado [...]”¹⁴⁸

Todavia essa divisão constituiu medida artificial e não serviu para descaracterizar o caráter de indivisibilidade, interdependência e complementaridade existente entre todos os direitos humanos, pois se destinou a “[...] incorporar os dispositivos da Declaração Universal sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes”, sendo relevante ressaltar, com Piovesan (2009), que enquanto o “[...] Pacto dos Direitos Civis e Políticos estabelece direitos endereçados aos indivíduos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece deveres endereçados aos Estados [...]”, os quais “[...] devem adotar medidas econômicas e técnicas, isoladamente e por meio de assistência e cooperação internacionais [...]” para a implementação dos direitos humanos ali assegurados.¹⁴⁹

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, representou o resultado de exigências, historicamente construídas pelo movimento socialista “[...] que sempre colocou no pináculo da hierarquia de valores a igualdade de todos os grupos ou classes sociais, no acesso a condições de vida digna [...]”, amparados nos postulados de solidariedade e fraternidade proclamados com a Revolução Francesa, que impõe, “[...] segundo os ditames da justiça distributiva ou proporcional, a repartição das vantagens ou encargos sociais em função das carências de cada grupo ou estrato da sociedade.”¹⁵⁰

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 268.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 279-280.

¹⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 176-177.

¹⁵⁰ COMPARATO, *op. cit.*, p. 339-340.

Tal pacto estabelece uma educação de modo a proporcionar ao ser humano o pleno desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, capacitando-o à participação efetiva na sociedade, propiciando a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e, para tanto, preconiza que a educação deve ser obrigatória, gratuita e universal, com progressiva gratuidade da educação de nível superior*.

A Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada em 20/11/1989 pela Assembleia Geral da ONU, preconiza, em seu art. 28, o direito à educação a toda criança de forma gratuita no primário (o que corresponde, atualmente, ao ensino fundamental), com estímulo ao ensino secundário geral e profissionalizante a todas as crianças, inclusive com assistência financeira àquela criança que assim necessitar. Estabelece o mencionado instrumento que o ensino superior deve ser acessível a todos com base na capacidade de cada

* Estatui o art. 13 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais: “1. Os Estados-Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 2. Os Estados-Partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito: a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos. b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito. c) A educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito. d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária. e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente. 3. Os Estados-Partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais - de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. 4. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no § 1o do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo estado. Art. 14 - Todo Estado-Parte no presente Pacto que, no momento em que se tornar parte, ainda não tenha garantido em seu próprio território ou território sob a sua jurisdição a obrigatoriedade ou a gratuidade da educação primária, compromete-se a elaborar e a adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano de ação detalhado, destinado à implementação progressiva, dentro de um mínimo razoável de anos estabelecido no próprio plano, do princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos.” Este Pacto foi adotado pela Resolução nº 2.200 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em data de 16 de dezembro de 1966, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12/12/1991, sendo ratificado pelo Brasil em 24/01/1992 e promulgado pelo Decreto nº 592, de 6.7.1992, e ainda, segundo Comparato (2008), esse pacto foi afirmado pela Resolução n. 32/120 da Assembleia Geral da ONU, em 1968, e confirmado pela Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, na Declaração de Viena (COMPARATO, *op. cit.*, p. 280-281.)

um, com a disponibilização das informações e orientações educacionais e profissionais e a adoção, pelos Estados Partes, de medidas para eliminação da ignorância e do analfabetismo*.

b) A Concepção Moderna dos Direitos Humanos

A contemporaneidade dos direitos humanos foi marcada pela sua reconstrução, após as atrocidades cometidas com a primeira e segunda guerras mundiais, notadamente pelas derrocadas nazistas e totalitaristas.

A concepção contemporânea dos direitos humanos foi dada inicialmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, reafirmada pelos Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e depois afirmada pela Resolução 32/120 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 1968, sendo ainda confirmada pela Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993.¹⁵¹

O aspecto moderno dos direitos humanos, inaugurado com as declarações e pactos internacionais relativos aos direitos humanos, resulta num movimento de internacionalização dos direitos humanos, como forma de sua reconstrução, caracterizando-se pela universalidade e indivisibilidade desses direitos, realçando seu caráter de unidade, interdependência e inter-relacionamento entre todos os direitos humanos.¹⁵²

As declarações e pactos internacionais de direitos humanos proclamam o reconhecimento da dignidade humana como próprio a todos os membros da família humana, assinalando que a proteção e respeito aos direitos humanos, devem constituir um objetivo

* O art. 28 da Convenção sobre os direitos da Criança, de 20/11/1989, estabelece: “1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente: a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos; b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade; c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados; d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças; e) adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar. 2. Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança e em conformidade com a presente Convenção. 3. Os Estados Partes promoverão e estimularão a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente visando a contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino. A esse respeito, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento.” (BRASIL. ONU. Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php>. Acesso em 30/01/2010.).

¹⁵¹ COMPARATO, *op. cit.*, p. 280-281.

¹⁵² PIOVESAN, Flávia. Concepção contemporânea de direitos humanos. *In*: HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela (orgs.). *A educação entre os direitos humanos*. Campinas: Autores Associados; São Paulo: Ação Educativa, 2006, p. 11-42.

comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações. Com isso sustentam que a proteção contra os ataques a esses direitos sai da órbita doméstica do Estado infrator, passando a ser uma questão de interesse internacional, o que faz com que a tutela dos direitos humanos seja realizada em âmbito internacional:

A necessidade de uma ação internacional mais eficaz para a proteção dos direitos humanos impulsionou o processo de internacionalização desses direitos culminando na criação da sistemática normativa de proteção internacional, que faz possível a responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger direitos humanos.¹⁵³

A universalidade decorre da constatação de que a proteção aos direitos humanos deve se estender a todos os seres humanos, independentemente da nacionalidade, raça ou credo da pessoa, como corolário da sua dignidade. Essa reconstrução deveu-se à “[...] absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana).”¹⁵⁴

Além da internacionalização e da universalidade dos direitos humanos, a Declaração Universal de Direitos de 1948 e a Declaração de Viena de 1993 também proclamam a indivisibilidade dos direitos humanos, que consiste em afirmar a interdependência e inter-relacionamento de todos os direitos humanos, sejam eles direitos individuais e políticos, sejam econômicos, sociais e culturais, pois não há como proteger ou realizar os primeiros sem efetivar os segundos, sob pena do todo o sistema de proteção internacionalmente idealizado existir apenas no aspecto formal.

Isso se justifica pela própria característica de que os direitos humanos constituem uma criação histórica da humanidade, “[...] são frutos de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório.”¹⁵⁵ Vale dizer, situam-se em constante processo de construção e reconstrução,¹⁵⁶ não se formaram diante da negação de outros direitos, mas a partir de toda uma edificação temporal de afirmação dos direitos do ser humano, como bem pontua Bobbio (2004), “[...] os direitos do homem nascem direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.”¹⁵⁷

¹⁵³ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 121.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 140.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 112.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 111.

¹⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Regina Lyra. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004, p. 50.

Ou nas palavras de Perez Luño (1996):

Los derechos humanos como categorías históricas, que tan solo pueden predicarse con sentido em contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad em el seno de la atmosfera iluminista que inspiraron las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Esse contexto genético confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos. Los derechos humanos nacen, como es notório, com marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la primera fase o generación de los derechos humanos. Dicha matriz ideológica individualista sufrira un amplio proceso de erosión e impugnación em las luchas sociales del siglo XIX. Esses movimientos reivindicatórios evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de los derechos y libertades de la primera generación com una segunda generación de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales.*

Reportando-se sobre a Declaração Universal dos directos Humanos e sobre o direcionamento conferido aos direitos humanos na era moderna, no tocante ao caráter de universalidade e indivisibilidade, pontua Piovesan:

Introduz ela a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, com a crença e que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. Consagra-se, desse modo, a visão integral dos direitos humanos.¹⁵⁸

Decorrente do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos é a obrigação estatal em sua implementação, o que vem reafirmado “[...] veementemente pela ONU na Declaração de Viena de 1993[*] e por outras organizações internacionais de direitos

* Os direitos humanos como categorías históricas, assim somente podem ter sentido em contextos temporariamente determinados, nascem com a modernidade em atmosfera dentro do Iluminismo que inspirou as revoluções burguesas do século XVIII. Esse fundo genético confere aos direitos humanos, definidos perfis ideológicos. Os direitos humanos são nascidos, como é sabido, com a marca individualista, como as libertades individuais que formam a primeira fase ou geração de direitos humanos. A matriz ideológica individualista passa por um processo abrangente de erosão e de impugnação em lutas sociais do século XIX. Esses movimientos reivindicativos demonstraram a necessidade de completar o catálogo dos direitos e liberdade da primeira geração com uma segunda geração de direitos: os direitos econômicos, sociais e culturais” (PÉREZ LUNO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1996, p. 14.) (Tradução livre da autora)

¹⁵⁸ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 13-14.

* Dispõe o artigo 5º da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993: “5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e libertades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.” (ONU. Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, adotada pela Conferência Mundial dos Direitos

humanos”, a respeito “O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em sua Recomendação Geral n. 12, realça as obrigações do Estado no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais: respeitar, proteger e implementar”.¹⁵⁹

Nesta esteira, direcionando-se a discussão para o direito à educação, reconhecido pela Comunidade Internacional de proteção aos direitos humanos como um direito humano de cunho social, conforme declarado pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 1950, Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada em 20/11/1989 pela Assembleia Geral da ONU, dentre outros (e mesmo que não houvesse sido declarado, constitui um direito inerente à natureza humana), fácil constatar, pelo teor dos documentos de proteção internacional, que os direitos sociais seriam uma extensão dos direitos civis e políticos, constituindo seu caráter de indivisibilidade expressamente proclamado, do que se extrai que os direitos sociais (como é o direito à educação) apresentam-se como o substrato para a realização das liberdades públicas e para a efetivação dos valores e objetivos escoimados pela Carta Constitucional de 1988, pois que indissociáveis dos primeiros, são pressupostos para o alcance dos segundos.

Ademais, a importância da educação, desde muito tempo, já vinha sendo expressada nos textos constitucionais brasileiros, não obstante o espectro que lhe imprimiam a influência de certas ideologias ou interesse político de cada época, evidenciando, não raro, o caráter teratológico de suas normas, muitas vezes vazias de sentido e sem qualquer força normativa, pois que despidas de instrumentos que lhe conferissem efetividade. Foi somente com a Constituição de 1988 que esse quadro se modificou, passando o direito à educação a ser expressamente reconhecido como direito fundamental, gozando das garantias e prerrogativas desse *status* decorrente.

Muito longe de se negar a importância dos anseios sociais consubstanciados nas Cartas Políticas anteriores, aqui se afirma a importância da contribuição das Constituições anteriores, para o estágio de desenvolvimento social brasileiro atual, notadamente em relação à garantia do direito à educação, evolução essa em grande parte tributária à Constituição Cidadã de 1988.

Humanos, em 25 de junho de 1993. Disponível <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declarações-e-Tratados-Internacionais-de-Proteção/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html>>. Acesso em: 11 abr. 2010.)

¹⁵⁹ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 181.

2.2 O DIREITO À EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

No Brasil colônia a educação foi trazida pelo clero, e teve início com a extinção do regime das capitanias hereditária, entre 1532 a 1549,¹⁶⁰ com características acríicas, voltada ao apego ao dogmatismo religioso, às letras e ao erudito, completamente avessa à pesquisa e à experimentação, em decorrência da influência exercida pelo espírito da Idade Média ainda predominante em Portugal e em toda Península Ibérica.¹⁶¹

No entanto, a educação como direito somente foi instituída com a primeira constituição brasileira, de 1824, outorgada por D. Pedro I, a qual, com a pretensão de “[...] conciliar liberalismo com o *status quo* reinante, isso a qualquer preço [...]”, preconizava em seu artigo 179 alguns direitos fundamentais, dentre eles o direito à instrução primária e gratuita a todos os cidadãos.¹⁶² Segundo essa Carta o Império deveria possuir escolas primárias, ginásios e universidades, porém essa realidade estava longe de ser alcançada ante o “[...] número insuficiente de professores e de escolas e, é claro, a falta de uma organização mínima para a educação nacional.”, evidenciando o descompasso entre as necessidades e os objetivos propostos.¹⁶³

Digna de destaque, segundo Romanelli, foi a instituição do sistema federativo de governo com a Constituição de 1891, que também “[...] consagrou a descentralização do ensino, ou melhor, a dualidade de sistemas, já que pelo seu artigo 35, itens 3º e 4º, ela reservou à União o direito de ‘criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados’ e prover a instrução secundária no Distrito Federal.”¹⁶⁴:

Era, portanto, a consagração do sistema dual de ensino, que se vinha mantendo desde o Império. Era também uma forma de oficialização da distância que se mostrava, na prática, entre a educação da classe dominante (escolas secundárias acadêmicas e escolas superiores) e a educação do povo (escola primária e escola profissional). Refletia essa situação uma dualidade que era o próprio retrato da organização social brasileira.¹⁶⁵

Com a alcunha de Constituição da Segunda República, a Carta Política de 1934, sob a influência alemã, manifestava, conforme destaca Aguiar, certa preocupação com a ordem

¹⁶⁰ GHIRALDELLI JR. Paulo. *História da educação brasileira*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 24.

¹⁶¹ ROMANELLI, Otaíza de Oliveira. *História da educação no Brasil*, p. 34.

¹⁶² LÉRIAS, Reinéro Antonio. As Constituições brasileiras: direitos fundamentais e cidadania. In: CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andrea Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito (orgs). *Direitos Fundamentais Revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 191-264.

¹⁶³ GHIRALDELLI JR., *op. cit.* p. 28-29.

¹⁶⁴ ROMANELLI, *op. cit.*, p. 41.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 41.

social, preconizando “[...] um verdadeiro Estado social: privilegiando a ordem econômico-social, a família, a cultura, a educação [...]”.¹⁶⁶ A educação teve especial atenção nesse documento, segundo Ghiraldelli Jr:

O texto aprovado pela Constituinte, e que fixou no capítulo “Da educação e da cultura” da Carta Magna, garantia a gratuidade e obrigatoriedade do ensino primário integral, assegurava a idéia da ‘tendência à gratuidade do ensino ulterior ao primário’. O reconhecimento dos estabelecimentos particulares de ensino ficou condicionado ao fornecimento de um ‘salário condigno aos professores’; a ‘liberdade de cátedra’ foi aprovada sem ressalvas; foi fixada em nunca menos de 10% a quantia a ser retirada dos impostos arrecadados pela União destinada ao ‘sistema educativo’.¹⁶⁷

Resultado de um golpe militar, a Constituição do Estado Novo de 1937, inspirada na Constituição Polonesa e na Carta *Del Laboro* italiana de índole fascista, representou um retrocesso aos direitos fundamentais, e não foi diferente quanto ao direito à educação, sendo que retirou a responsabilidade do Estado à prestação da educação e negou a gratuidade do ensino.¹⁶⁸

A Constituição promulgada em 1946, com anseio de redemocratização do país, em face da finalização da ditadura de Getúlio Vargas, retomou as garantias relativas aos direitos fundamentais suprimidos no documento político antecedente, e, quanto ao direito à educação, recobrou alguns princípios importantes referentes à sua prestação. Neste sentido, pontual é a lição de Bonavides e Andrade, quanto ao tratamento paradoxal dado ao direito à educação nesse documento que, se por um lado declarava que o direito à educação deveria inspirar-se nos princípios da liberdade e nos ideais de solidariedade humana, por outro reproduzia os princípios já presentes em 1934, relativos à obrigatoriedade do ensino primário e à sua gratuidade nos educandários oficiais.¹⁶⁹

Originária do Ato Institucional nº 4, a Constituição de 1967 manteve formalmente os mesmos direitos e garantias individuais, todavia a prática contestou o texto adotado, deixando para lei ordinária (artigo 150), estabelecer os termos em que seriam exercidos esses direitos.¹⁷⁰ No entanto, nesse período a realidade denuncia que os direitos humanos e fundamentais foram violados.

¹⁶⁶ LÉRIAS, *op. cit.*, p. 191-264

¹⁶⁷ GHIRALDELLI JR., *op. cit.*, p. 76.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 78.

¹⁶⁹ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2002, p. 420.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 447.

Quanto à educação, esse documento político a vinculou aos ideais de liberdade e solidariedade humana, relegando aos poderes públicos a função de sua proteção, pontuando a obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário a ser ministrado dos sete aos quatorze anos. O ensino ulterior ao primário foi relegado apenas àqueles que demonstrassem efetivo aproveitamento e que provassem falta ou insuficiência de recursos.¹⁷¹

Intitulada de Constituição Cidadã, a Carta de 1988 inaugurou uma nova ordem constitucional, “[...] oxigenada pelas idéias [sic] humanistas e sociais, trouxe profundas modificações no âmbito da organização político, social e econômica brasileira, institucionalizando a dignidade da pessoa humana como princípio fundante do Estado Democrático de Direito.”¹⁷²

A Carta Política de 1988, fundada em valores como a dignidade, a igualdade, a solidariedade, objetivos esses eminentemente sociais e inclusivos, não poderia deixar de atribuir ao direito à educação a importância que lhe imputou, como direito fundamental, ao inseri-lo no título II, dentre os direitos e garantias fundamentais, dada a sua importância para o efetivo exercício da cidadania e como pressuposto de dignidade humana e da liberdade, valores esses objetivados pela sociedade brasileira.

2.3 A EDUCAÇÃO E OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

A Constituição brasileira encontra-se impingida por valores antropológicos, éticos, jurídicos e políticos, que lhe servem de substrato e que numa interação evidente vão também embasar os direitos fundamentais nela preconizados*. Cada direito fundamental encontra seu fundamento na ordem de valores que sustentam a Lei Maior, muitas vezes expressos pelos princípios fundamentais.

Esses valores, assinala Barbosa de Melo, transcendem a história e superam o processo de positivação, portanto, “«gozam de *anterioridade* relativamente ao Estado e à

¹⁷¹ ALENCAR, Ana Valdez A.N. de; RANGEL, Leyla Castello Branco (diretora). *Constituições do Brasil* (de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações). Vol. I. Brasília: Senado Federal, 1986, p. 398.

¹⁷² MEDINA, Leila Regina Diogo Gonçalves. A dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica brasileira. In: CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andrea Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito (orgs). *Direitos Fundamentais Revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 287-307.

* Cf. Silva “Os *princípios* são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, ‘são [como observam Cantilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem valores e bens constitucionais’ [...] ‘os princípios que começaram por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivados incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional’.” (SILVA, José Afonso da. *Comentários contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 28.) (Grifos no original)

sociedade: pertencem à ordem moral e cultural donde um e outra tiram a sua justificação e fundamento»¹⁷³ (Grifo no original)

No caso do direito à educação, os princípios da dignidade humana, liberdade, igualdade, autonomia e solidariedade, dentre outros aqui não apontados, formam a base antropológica, ética e política de tal direito, imprimindo-lhe o caráter de fundamental, por ser essencial para a formação intelectual, moral e social do ser humano.

Esses princípios funcionam como uma técnica descritiva de normas (função explicativa) ou como comando imperativo de sua observância (função normativa), ou ainda, conforme preconiza Bobbio, podem assumir o caráter interpretativo, integrativo, diretivo e limitativo.¹⁷⁴

Teorizam Canotilho e Vital Moreira, que os princípios constitucionais fundamentais possuem natureza variada e “[...] visam essencialmente a definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político constitucionais’.”, e os artigos que os consagram, “[...] ‘constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser directa ou indirectamente reconduzidas’.”¹⁷⁵

Assim o direito à educação sintetiza os princípios constitucionais mais valiosos à ordem jurídica brasileira, qual seja, dignidade humana, liberdade, igualdade (não se olvidando de outros princípios igualmente importantes), sendo que com relação ao da cidadania e da solidariedade, serão abordados no tópico dos objetivos fundamentais, vez que a Constituição de 1988 os fez constar, expressamente, como objetivos a serem alcançados pelo Estado brasileiro, sem prejuízo ao seu caráter igualmente principiológico.

a) Educação e Dignidade Humana

A dignidade de pessoa humana, embora tenha sido um valor construído historicamente, teve sua maior difusão com a doutrina cristã, sendo que, “[...] ao menos no Ocidente – que é o que nos interessa -, o fundamento último e primeiro de toda moral é cristã”¹⁷⁶. No entanto, somente após a segunda guerra mundial, com as atrocidades cometidas contra a humanidade pelas investidas nazistas e totalitaristas, que a dignidade humana passou

¹⁷³ Apud ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 18.

¹⁷⁴ SILVA, Fernanda Duarte Lopes da. *O princípio da igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 18-19.

¹⁷⁵ Apud *Ibid.*, p. 29.

¹⁷⁶ PAULINO, Gustavo Smizmaul Paulino. Os direitos fundamentais e a construção do futuro. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo, n. 50, p. 172-185.

a ocupar uma posição de relevância dentre os documentos internacionais de proteção aos direitos humanos.

Imbuída deste sentido e dotada de um elevado valor ético e antropológico, a Carta Política de 1988 erigiu todo Estado brasileiro sobre o valor dignidade, atribuindo juridicidade máxima a esse valor ao inseri-lo na Lei Maior brasileira, como duas faces de uma mesma moeda. E assim não fez por acaso, pois o Estado brasileiro trata-se de um Estado democrático de direito e, nesse contexto, conforme constatou Supiot, “[...] negar a função antropológica do Direito em nome de um pretense realismo biológico, político ou econômico é um ponto comum de todos os empreendimentos totalitários.”¹⁷⁷

Muitos filósofos entendem que o que diferencia o ser humano dos outros seres é sua racionalidade, capacidade de determinar-se segundo critérios e valores por ele escolhidos e não apenas pelos seus instintos naturais, aliás, é esse em suma, o pensamento de Tomás de Aquino, segundo o qual a dignidade humana encontra seu fundamento na “[...] circunstância de que o ser humano foi feito à imagem e semelhança de Deus, mas também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal sorte que, por força de tal dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função de sua própria vontade.”¹⁷⁸

Todo esse complexo de características próprias ao ser humano o faz distinguir dos demais seres e coisas que povoam a terra, não sendo possível mensurar-se o seu valor, posto que a quantificação é atributo das coisas e não do ser humano, conforme enunciado por Kant, citado por Abbagnano, “O que tem preço pode ser substituído por alguma outra coisa *equivalente*, o que é superior a qualquer preço, e por isso não permite nenhuma equivalência, tem D [dignidade]” que consiste no fato do ser humano não obedecer a nenhuma lei que não seja também instituída por ele mesmo.¹⁷⁹

Kant construiu sua concepção de dignidade a partir da natureza racional do ser humano, fundamentando seu conceito na autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, atributo esse apenas encontrado nos seres racionais.¹⁸⁰

Importa esclarecer que a matriz Kantiana da dignidade humana, centrada na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa, deve ser considerada em abstrato, “[...]”

¹⁷⁷ SUPIOT, *op. cit.*, p. XI.

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 34.

¹⁷⁹ ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 276.

¹⁸⁰ SARLET, *op. cit.*, p. 35.

como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto [...]”. Isso significa que o direito à dignidade se estende aos seres humanos que não possuem a capacidade de determinação ou a possuem de forma reduzida, como ocorre com os incapazes e as pessoas portadoras de patologias mentais graves.¹⁸¹

Assim, modernamente, o núcleo da dignidade humana, ou seja, o traço característico do seu conceito reside, evidentemente, na autonomia individual, ou seja, na capacidade, mesmo potencial, de o ser humano autoderterminar-se, tanto que esse sentido encontra-se impregnado na Declaração Universal dos Direitos Humanos*, a qual levou em consideração a capacidade de racionalidade e da consciência humana para definir dignidade humana.¹⁸² Assim entendida, a dignidade humana estaria vinculada ao exercício da liberdade, bem como ao valor igualdade ambos preconizados pelo texto constitucional como princípios fundamentais, formando um elo indestacável, mesmo porque todos os direitos e garantias fundamentais encontram seu fundamento direto, imediato e igual na dignidade da pessoa humana, sendo tal princípio concebido como fundamento e conteúdo dos direitos humanos e fundamentais.¹⁸³

Segundo assinala Flórez-Váldez, a proteção da dignidade humana supera o espaço de proteção e de garantia das liberdades públicas, impondo as seguintes consequências amplas e integrais no espaço social:

a) a igualdade de direitos de todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia de independência e autonomia de ser humano, de forma a obstar toda a coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, como toda atuação que implique a sua degradação; c) observância e proteção dos direitos inalienáveis do homem; d) não-admissibilidade de negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou da imposição de condições sub-humanas de vida.¹⁸⁴

Não se quedando, nesta fase, a uma discussão acerca da análise da anatomia das normas constitucionais, importa pontuar que a dignidade humana, na Carta Política de 1988 foi içada a uma posição de princípio fundamental do Estado brasileiro, o que denota seu caráter axiológico normativo:

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 50.

* Preconiza o artigo I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” (COMPARATO, *op. cit.*, p. 235)

¹⁸² SARLET, *op. cit.*, p. 50.

¹⁸³ Essa lição é dada, respectivamente por E. Pereira de Farias e Jeremy Waldrom, ambos citados por Sarlet (2009) (*Ibid.*, p. 87-88).

¹⁸⁴ *Apud* NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 187. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/568>>. Acesso em: 30 jan. 2010.

Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional. [...] Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará à realização da justiça social (art. 193), à educação, ao desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205), etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.¹⁸⁵

Existe, inegavelmente, um vínculo entre os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que este constitui fundamento daqueles, apresentando-se como “[...] critério hermenêutico, que confere unidade de sentido ao conjunto dos preceitos relativos aos direitos fundamentais.”¹⁸⁶ Assim, os direitos fundamentais e os direitos sociais, notadamente os de cunho prestacional (os quais serão objeto de estudo mais detalhado adiante) encontram-se “[...] a serviço da igualdade e da liberdade material, objetivando, em última análise, a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à garantia de uma existência com dignidade [...]”¹⁸⁷

Analisando o entrelaçamento existente entre a dignidade humana e o direito à educação, ressalta-se não somente o teor ético, mas sobretudo antropológico da Carta Política de 1988, reconhecendo o legislador constitucional que a educação influi decisivamente na construção do raciocínio humano, do comportamento social e moral do indivíduo*, aliás esse entendimento foi exposto por Piaget:

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,

¹⁸⁵ SILVA, *op. cit.*, p. 38.

¹⁸⁶ PEZZI, Alexandra Cristina Giacomet. *Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limite à tributação no Estado democrático de direito*, p. 33.

¹⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 103.

* Segundo Piaget, “Partindo da consideração de que a lógica se constrói, 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 requer uma ambiência social específica constituída não apenas de submissão. [...] 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’.” (*Apud* MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 156-157.)

bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual”.¹⁸⁸

A educação, portanto, deve compreender a formação integral do indivíduo nos aspectos psicológico e sociológico de sua personalidade, o que significa capacitá-lo racional e moralmente, a fim de que ele possa valer de sua autonomia para a convivência social e em prol de seu próprio desenvolvimento.

Aliás, a comunidade internacional concebe, como espectro da dignidade, o direito ao desenvolvimento humano*, definindo como “[...] processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes [...]”.¹⁸⁹

Além do mais, a educação também é determinante para que o indivíduo, como ser social, participe ativamente nas relações políticas e comunitárias de sua sociedade, vale dizer, exerça a cidadania (aspecto que será abordado no decorrer do estudo proposto), e o qualifique para o trabalho, principalmente num mundo globalizado, onde a tecnologia e a informação são realidades cada vez mais complexas, parâmetros tais que devem ser considerados ao se avaliar o padrão estabelecido como uma vida digna na sociedade pós-moderna.

Segundo doutrina Gomes Canotilho, citado por Alarcón, “Se o ser humano está aberto ao mundo e ao mesmo tempo a ele vinculado, então as transformações científicas e os avanços tecnológicos que o atingem se situam no processo de sua realidade [...]”, condicionando assim as necessidades humanas e seus anseios, devendo a Constituição absorver essas necessidades, como forma de inclusão do ser humano na realidade constitucional.¹⁹⁰

Se é certo que o princípio da dignidade humana contaminou a Carta Política de 1988, com sua alta carga valorativa, não é menos correto que, ao inserir-se a educação no seio dos direitos fundamentais, a sociedade somente reforçou o caráter ético e antropológico da Constituição, fazendo ressoar o valor dignidade para além das garantias formais, objetivando assim materializar os valores e anseios delineados pela sociedade brasileira.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 157.

* Cf. Torres a declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, foi aprovada pela Resolução 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 04/12/1986. (TORRES, Ricardo Lobo. *O orçamento na Constituição*, p. 85.)

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 164.

¹⁹⁰ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. A dignidade da pessoa humana e o direito à educação. In: SEGALLA, José Roberto Martins; ARAÚJO, Luiz Alberto David (coords.). *15 anos da Constituição Federal: em busca da efetividade*, p. 433-482.

Numa tentativa de materialização do conceito de dignidade humana, tem-se ventilado na doutrina, como critério de aferição da dignidade humana, um patamar mínimo de condições materiais e morais, que deve ser observado pelo Estado, como condição de uma vida digna. Esse conteúdo mínimo de dignidade, também denominado de mínimo existencial

Corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna, existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.¹⁹¹

Nesta senda, Barcellos, examinando as normas constitucionais, elenca quatro pontos, que a seu talante, correspondem ao núcleo da dignidade humana. São eles a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Para ela, a *educação*, juntamente com a *saúde*, integram o que se denomina de *o primeiro momento da dignidade humana*, pois que através desses dois direitos é que se procura assegurar *o ponto de partida para que o indivíduo seja capaz de construir sua própria dignidade autonomamente*.¹⁹² (Grifos da autora)

Muito embora não se espouse do mesmo entendimento defendido pela professora carioca, acerca do patamar de dignidade ínsito na Carta Política de 1988 (entende-se que ele vai além do ensino fundamental), a ele se adere quanto ao fato do direito à educação integrar o referido núcleo de dignidade:

O direito subjetivo – e sindicável – à educação fundamental é, como já mencionado, um primeiro elemento concreto do *mínimo existencial* no contexto da Constituição de 1988. Por educação fundamental entendem-se os primeiros oito anos de escolaridade, da primeira à oitava série do ensino fundamental, na forma como os currículos escolares são hoje organizados.¹⁹³ (Grifos no original)

A dimensão normativa e axiológica do princípio da dignidade humana, portanto, sinaliza para a materialização dos direitos e garantias fundamentais albergados com a Constituição, o que significa que não se trata apenas de um princípio de hermenêutica, mas a razão de ser da própria Constituição, que significa “[...] reconhecer que os direitos sociais

¹⁹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 197-198.

¹⁹² *Ibid.*, p. 258-259.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 260.

como o direito à educação e à saúde, por exemplo, estão acima da substância do Estado e do próprio exercício da política.”¹⁹⁴

Sinala também o modelo constitucional, num sistema jurídico atento à historicidade social, determinado e determinantes de suas normas e valores, por isso emerge como um sistema aberto de regras e princípios¹⁹⁵, que lhe confere um caráter dinâmico e ajustável à realidade social, pois “[...] constitui requisito essencial da força normativa da Constituição que ela leve em conta não só os elementos sociais, políticos, e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual (*geistige Situation*) de seu tempo.”¹⁹⁶

Na era atual, a educação é fator determinante no desenvolvimento intelectual, moral e social do indivíduo, condição imprescindível para que a dignidade humana se realize, tendo em vista que, somente por ela é que o ser humano consegue tornar-se verdadeiramente livre, ou seja, somente através de uma educação de qualidade é que o indivíduo poderá desenvolver integralmente sua personalidade, estando assim capacitado para cumprir seus deveres e exercer os direitos que lhe são conferidos, enfim, viver de forma digna em sociedade.

b) Educação e Liberdade

Já nos primórdios da civilização cristã a liberdade tinha um papel distinto para o ser humano, tanto que na Bíblia há várias passagens exortando o povo à liberdade, a exemplo da saga de Moisés para a libertação de seu povo do domínio egípcio, o que se deu com a intervenção Divina. A doutrina cristã também não foi alheia às dádivas da liberdade e exortava a todos a se livrar das amarras da vida terrena para a liberdade eterna.

A civilização grega dava menos sentido religioso e mais humano à liberdade. Aristóteles, em *Ética a Nicômaco*, expôs que “‘Nas coisas em que a ação depende de nós a não ação também depende; e nas coisas em que podemos dizer não também podemos dizer sim. De tal forma que, se realizar uma boa ação depende de nós, também depende de nós não realizar má ação’ [...]”.¹⁹⁷ Como bem destaca Giacóia, a liberdade seria uma marca que diferencia a pessoa dos outros animais e consiste na “[...] faculdade, como ser superior, dotado de natureza humana, de possuir, como dono exclusivo, a própria vontade e de deliberar

¹⁹⁴ ALARCÓN, *op. cit.*, p. 433-482.

¹⁹⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.159.

¹⁹⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 20.

¹⁹⁷ ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 606.

sobre o próprio destino. Esse viés da existência humana bem sintetiza, na essência, a capacidade de auto-realização.”¹⁹⁸

Em âmbito internacional a liberdade também foi a base da Revolução Americana* e da Revolução Francesa, uma vez que aquela invocava a liberação de todo jugo econômico e político inglês, e esta “[...] limitava-se praticamente à supressão de todas as peias sociais ligadas à existência de estamentos ou corporações de ofício.”¹⁹⁹

A liberdade escoimada pelos franceses, em 1789, tratava de um valor individualista e de caráter solipsista, desvinculada do sentido social, de certa forma rudimentar, de um povo que por muitos séculos só conhecia o jugo e a servidão como forma de organização social.

Pontual é a comparação realizada por Benjamin Constant na conferência pronunciada em Paris em 1819, o qual, analisando a concepção de liberdade para os gregos e para os franceses da revolução, comenta que, para os gregos (liberdade dos antigos) “[...] a verdadeira liberdade só existia na esfera política, pela participação do cidadão nas tarefas do governo, notadamente a legislação e a solução judicial de casos litigiosos.” Por sua vez, para os franceses (liberdade dos modernos), a liberdade consiste numa “[...] liberdade inteiramente privada, com repúdio a toda interferência estatal na vida da família ou na vida profissional.”²⁰⁰

A liberdade foi proclamada como direito humano, por vários outros instrumentos internacionais, dentre eles pela Declaração Internacional dos Direitos Humanos de 1948 e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Naquele instrumento, conforme ressalta Comparato, o princípio da liberdade compreende tanto a dimensão política quanto a individual, admitindo, que ambas as dimensões da liberdade são complementares e interdependentes, ou seja, “A liberdade política, sem as liberdades individuais, não passa de engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários.”²⁰¹

¹⁹⁸ GIACÓIA, Gilberto. Liberdade – resistir é preciso. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Gilberto%20Giacoi.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2010.

* A Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, assim inicia o seu catálogo: “Quando, no curso dos acontecimentos humanos, se torna necessário um povo dissolver laços políticos que o ligavam a outro, e assumir, entre os poderes da Terra, posição igual e separada, a que lhe dão direito as leis da natureza e as do Deus da natureza, o respeito digno às opiniões dos homens exige que se declarem as causas que os levam a essa separação. Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade.” (EMBAIXADA AMERICANA. Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte Disponível em <<http://www.embaixada-americana.org.br>>. Acesso em: 17 nov. 2009).

¹⁹⁹ COMPARATO, *op. cit.*, p. 137.

²⁰⁰ COMPARATO, *op. cit.*, p. 147.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 230.

A Constituição brasileira, sensível à declaração universal de direitos, preconiza um Estado primordialmente voltado para a concretização dos valores da dignidade humana e também da liberdade, igualdade e solidariedade, consoante se expôs acima. Em vários dispositivos da Carta Magna, a liberdade foi aclamada como sendo o norte das atuações estatais e sociais*, mas toda a gama de garantias e direitos individuais e coletivos resguardando o direito à liberdade de forma integral e ampla, pouco representarão à pessoa se esta não tiver condição de exercê-lo em sua essência, ou seja, em ambos os aspetos, político e individual:

O indivíduo típico só pode ser pensado como livre, preparado para buscar seus fins e correr seus riscos, quando um arranjo coletivo lhe garante as condições mínimas necessárias. Isso implica neutralizar, pelo menos em relação a alguns requisitos, como educação, saúde, as desvantagens de natureza social, e, quando possível, as de ordem natural, como certas deficiências físicas e intelectuais.²⁰²

A liberdade pode ser conceituada como a “[...] faculdade de agir com um mínimo de restrições, devendo estas serem razoáveis, não abusivas e estabelecidas em lei.”²⁰³

Para ser exercida em todo o seu sentido, é necessário que o indivíduo possua uma certa estrutura material, intelectual e moral que lhe confira condições de exercer a liberdade pessoal, como expressão da autonomia da pessoa humana (e, portanto, de sua dignidade). O exercício da liberdade “[...] reclama a possibilidade concreta da participar na formação da vontade geral”, ou seja, de integrar uma determinada ordem estatal, condição essa crucial para que lhe sejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais, como por exemplo, o direito à nacionalidade e à cidadania “[...] (esta tida como o exercício dos direitos políticos) [...]” e, em última análise, como o direito a ter direitos.²⁰⁴

Estudos mostram que a questão da criminalidade brasileira está diretamente relacionada aos fatores sociais. A grande maioria das pessoas que cumprem pena em penitenciárias e presídios brasileiros é proveniente da camada pobre da população, pessoas que ficaram à margem do desenvolvimento social e econômico, excluídos das oportunidades. Dentre esse número, é gritante o número de pessoas que não concluíram, ao menos, a educação fundamental.

* Como por exemplo, no caso dos artigos. 1º, III; art. 3º, I; artigo, I, II, III, IV, art. 5º, II, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XX, XXII, entre outros.

²⁰² KUNTZ, Rolf. A redescoberta a igualdade como condição de justiça. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 144-155.

²⁰³ ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, p. 29.

²⁰⁴ SARLET, *op. cit.*, p. 106.

Não há, portanto, que se negar o caráter libertador da educação, pois como processo dialético e intersubjetivo, vai revelar ao ser humano o mundo como realidade cognoscível, fruto de um processo histórico em que ele é o sujeito, o construtor do mundo, permitindo-lhe, nas palavras de Freire, “[...] des-velar a realidade, desmascarar sua mitificação e chegar à plena realização do trabalho humano: a transformação permanente da realidade para a libertação dos homens.”²⁰⁵

A liberdade política deve vir atrelada à liberdade individual, melhor dizendo, deve ser conjugada com meios para que o ser humano possa ser livre, isto é, emancipado de toda subjugação moral ou política que o impeça de ter acesso às oportunidades sociais e de desenvolver-se como ser humano e como cidadão atuante e participante de uma ordem social, que se perfaz continuamente.

Note-se, que as liberdades individuais, que constituem os direitos civis e políticos, consagradas com as revoluções americanas e francesas, serão letra morta se não forem considerados diante dos direitos sociais, econômicos e culturais, pois que encontram-se entrelaçados e unidos de tal forma que, não há como se conceber os primeiros sem o asseguramento dos segundos. Essa revelação foi abstraída pela humanidade com o saldo de degradação e aviltamento humanos obtidos com a primeira e segunda guerras mundiais, catástrofes essas que desencadearam um profundo sentimento de indignação nas comunidades mundiais, dando assim, origem à Declaração de Direitos de 1948.

De outra forma, trazendo-se a discussão para o direito em análise, não há que se falar em liberdade e igualdade sem que a pessoa humana tenha garantido iguais condições de vida e desenvolvimento semelhantes aos demais seres de sua espécie. De igual forma, restam prejudicadas toda as regras formais relativas à aclamação da liberdade, se não for assegurada ao ser humano a possibilidade de ser uma pessoa livre e de exercer sua dignidade. Neste sentido, averba José Afonso da Silva:

Não basta, porém, a liberdade formalmente reconhecida, pois a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições mínimas de *existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica*. É de lembrar que constitui um desrespeito à dignidade da pessoa humana um sistema de profundas desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, inúmeras crianças vivem na inanição, a ponto de milhares delas morrerem em tenra idade. ‘Não é concebível uma vida com dignidade entre a fome, a miséria e a incultura’, pois a ‘liberdade humana com freqüência se debilita quando o homem cai na extrema necessidade’ [...].²⁰⁶ (Grifos no original)

²⁰⁵ FREIRE, *op. cit.*, p. 34.

²⁰⁶ SILVA. José Afonso da. *Poder Constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 149.

Nesta senda, o conceito de liberdade apenas em seu aspecto negativo de não interferência do Estado nos atos humanos, de cunho liberal, não mais se sustenta nos dias atuais, pois

De acordo com as modernas ‘teorias republicanas’, trata-se essencialmente, de impugnar a ideia dominante na tradição liberal que identificava a liberdade como um conceito “negativo”, significando aí ausência de interferência ou instrução por parte de terceiros, face a uma concepção “positiva”, que defende que o indivíduo é livre na medida em que dispõe dos recursos e meios instrumentais necessários à determinação dos seus próprios planos de vida, numa palavra, o “auto governo”, ou, inclusive, a sua própria “auto realização” pessoal.²⁰⁷

Nos dias atuais, a liberdade (assim como ocorre com a igualdade) deve superar sua dimensão formal e, necessariamente, atingir a dimensão material para que se efetive. Essa é a concepção de liberdade (real) preconizada pelo Estado social, ou nas palavras de Böckenförde, citado por Queiroz

Se a liberdade jurídica deve converter-se em liberdade real, então os respectivos titulares necessitam de uma participação básica nos bens sociais materiais. Essa participação básica nos bens sociais materiais faz parte da liberdade. Apresenta-se como pressuposto necessário da sua realização.²⁰⁸

Assim, o acesso do indivíduo à educação, dentre outros bens sociais, confere-lhe as condições para que ele desenvolva sua capacidade de independência e de se auto determinar diante das situações e opções da vida social. Por isso, a liberdade, nos dias de hoje, compreende a liberdade face à intervenção do Estado, isto é, requer uma ação positiva do Estado no sentido de possibilitar ao indivíduo o acesso a uma vida digna o que inclui, entre outros, ao desenvolvimento intelectual e cultural, mesmo porque, ela não deve ser compreendida apenas como “[...] ausência de interferência ou coacção por parte dos poderes públicos. É também a ‘ausência de dependência’, de tal sorte que um indivíduo incapaz de se ‘auto-governar’ deve ser considerado um cidadão não livre.”²⁰⁹

Pontua Martines Júnior, que a privação da educação, causadora da atrofia cultural e ignorância intelectual, acarreta ao indivíduo a negação da liberdade real, e via de regra, da sua dignidade.

Só a educação será capaz de permitir o exercício da cidadania, e só ela fará com que os brasileiros eliminem as gritantes desigualdades, das mais variadas ordens, que insistem em nos atingir. As desigualdades econômicas, sociais, intelectuais, raciais,

²⁰⁷ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 20.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 33.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 35.

entre sexos, enfim, qualquer delas, poderão ser enfrentadas e vencidas, se conseguirmos levar educação a todos os brasileiros. A ignorância aprisiona o ser humano nas trevas da pobreza e do preconceito. A educação ao contrário, liberta. Leva o ser humano a não só viver, mas fazê-lo com dignidade [...].²¹⁰

A dignidade se efetiva a partir da igualdade e da liberdade; tais atributos somente se materializam desde que o ser humano tenha condições de auto avaliar-se e auto determinar-se na construção de sua própria realidade e no destino de sua nação, consciente de sua cidadania global. Esse estágio de desenvolvimento somente se realizará se o ser humano estiver preparado moral e intelectualmente.

c) Educação e Igualdade

Derivada do latim *aequalitas*, de *aequalis* (que designa igual, semelhante) a igualdade “[...] é indicativo da *semelhança* de caracteres ou elementos componentes de duas coisas”, sendo utilizado também na seara jurídica para o “[...] princípio jurídico instituído constitucionalmente, em virtude do qual todas as pessoas, sem distinção de sexo ou nacionalidade, de classe ou posição, de religião ou de fortuna, têm perante a lei os mesmos direitos e as mesmas obrigações.”²¹¹

A igualdade (e sua falta) tem sido um tema recorrente em muitas sociedades desde os tempos remotos, pois a posição que o ser humano ocupa numa determinada estrutura social suscitou, e ainda suscita, reflexão nas mais diversas áreas do conhecimento humano.²¹² A teor do que doutrina Arendt igualdade não é dado, pois as pessoas não nascem iguais e não são iguais nas suas vidas, ela resulta da organização humana, sendo um meio de se igualizar as diferenças através das instituições.²¹³

Segundo Herkenhoff, “O valor ‘igualdade’ construiu-se através da História por meio de dois movimentos interdependentes [...]”, o primeiro no sentido de afirmar a igualdade intrínseca de todos os seres humanos e o segundo, pugnado pela rejeição de desigualdades específicas particulares. Sendo certo que o acatamento do primeiro postulado de sentido igualitário compreende necessariamente o acolhimento do segundo, pois no dizer de

²¹⁰ BARCELLOS, Ana Luiza Berg. O Estado liberal de direito e as suas relações com a educação, a liberdade e os movimentos sociais. *Revista de Direito Social*, São Paulo, 2006, nº 23, p. 55-87.

²¹¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 696

²¹² SILVA, Fernanda Duarte Lopes da. *O princípio da igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 32.

²¹³ *Apud* LAFER, *op. cit.*, p. 152.

Herkenhoff, “[...] o repúdio das desigualdades *em ato* impede que a afirmação da igualdade *em substância* possa ser um ilusório jogo de palavras.”²¹⁴ (Grifos no original)

Foi na Revolução Francesa que se formalizou a ideia jurídica de igualdade.²¹⁵ Erigida sobre o tripé, liberdade, igualdade e fraternidade, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário.

Dentre os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, este princípio encontrou, primeiramente, acolhida na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, os quais fundamentam liberdade, a justiça e a paz no mundo sobre a igualdade. Tais instrumentos trazem também disposições específicas a respeito da proclamação da igualdade de todos os seres humanos independentemente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.²¹⁶

Além desses documentos internacionais, há também que citar alguns que tratam especificamente da discriminação racial e de gênero, respectivamente, a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação sobre todas as formas de Discriminação contra a mulher, que cumpriram um papel importante tanto na proclamação e reafirmação dos postulados de igualdade absoluta dos seres humanos insertos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, condenando toda a forma de discriminação, como também anunciaram a obrigação dos Estados em eliminar a discriminação racial e de gênero que possa existir, com medidas de implementação do direito à igualdade, por meio de “[...] políticas compensatórias que acelerem a igualdade enquanto processo.”²¹⁷

O valor igualdade encontra-se expresso pela Carta Política de 1988, na qual consta serem objetivos do Estado brasileiro a eliminação de todas as desigualdades da sociedade brasileira, ao mencionar que esta seria construída sobre os postulados da liberdade, da justiça e da solidariedade (artigo 1º, III, art. 3º, I, II, III e IV), e ao estatuir que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (artigo 5º), entre outros.

Abstrai-se desses documentos a importância do combate às desigualdades em todas as suas vertentes, como forma de proteção aos direitos humanos, pois segundo Comparato (2004), “[...] é preciso lutar contra as desigualdades sociais, porque elas são fatores de enfraquecimento e, no limite, de autodestruição da sociedade”, sendo elas a marca da

²¹⁴ HERKENHOFF, *op. cit.*, p. 125.

²¹⁵ SILVA, *op. cit.*, p. 33.

²¹⁶ COMPARATO, *op. cit.*, p. 344.

²¹⁷ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 191-204.

sociedade brasileira, tanto que o Estado brasileiro assim o reconhece expressamente, conforme demonstra o disposto no inciso II, do artigo 3º da Constituição brasileira.²¹⁸

Não nos cabe aqui tecer considerações específicas sobre todas as formas de desigualdades, importa pontuar que no Brasil, de forma singular, as desigualdades econômicas e sociais funcionam como superlativo das demais, porém é fato que elas existem e vitimam milhares de pessoas, o que não é privilégio brasileiro. Esse quadro foi agravado pela globalização da economia, movimento que teve origem com o capitalismo e foi alimentado pelas práticas econômicas liberais e neoliberais.

Nas palavras de Piovesan (2009), a globalização contribui para a disseminação da pobreza e é o que reflete o estudo realizado pelas Nações Unidas sobre o desenvolvimento Humano, de 1999:

De acordo como o relatório sobre o Desenvolvimento Humano de 1999, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a integração econômica mundial tem contribuído para aumentar a desigualdade. A diferença de renda entre os 20% mais ricos da população mundial e os 20% mais pobres, medida pela renda nacional média, aumentou de 30 para 1, em 1960, para 74, em 1997. Adiciona relatório que, em face da globalização assimétrica, a parcela de 20% da população mundial que vive nos países de renda elevada concentra 86% do PIB mundial, 82% das exportações mundiais, 68% do investimento direto estrangeiro e 74% das linhas telefônicas. Já a parcela dos 20% mais pobres concentra 1% do PIB mundial, 1% das exportações mundiais, 1% do investimento direto estrangeiro e 1,5% das linhas telefônicas. Atente-se que o próprio Banco Mundial reconheceu, em relatório recente, que a pobreza tem crescido em virtude da globalização econômica.²¹⁹

A pobreza, ao se analisar o pensamento político de Pedro Demo, não se trata apenas de carência de recursos materiais, esse é um dado da pobreza, mas nisso ela não se resume, ela possui outros fatores como o da “[...] discriminação sobre o terreno das vantagens e oportunidades sociais [...]”²²⁰, e isso não é um dado natural, mas histórico, empreendido pelo próprio ser humano, de escassez produzida, mantida, cultivada, reprimida, produzindo e reproduzindo a segregação, a subserviência, humilhação e degradação.²²¹

A pobreza, para Fernandes (2002), citando Negri, é um problema multifacetário, traduzindo-se tanto na incapacidade do ser humano em controlar as circunstâncias de sua própria vida, como também pode assumir aspecto de não participação do bem estar coletivo:

²¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. O princípio da igualdade e a escola. In: CARVALHO, José Sérgio. *Educação cidadania e direitos humanos*. Petrópolis – RJ: Vozes, 2004, p. 66-84.

²¹⁹ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 185-185.

²²⁰ DEMO, *op. cit.*, p. 6.

²²¹ *Ibid.*, p. 7.

[...] la pobreza implica, asimismo, una posición de clara desventaja no sólo económica sino también social que alcanza otros aspectos al margen de su satisfacción material de las necesidades humanas [...] el fenómeno de la pobreza es descrito con multitud de vocablos. Se la relaciona con la desafiliación, la descualificación, la desigualdad, la discapacidad, la estigmatización, la marginalización, la mendicidad, la minusvalía, la miseria, la privación o la vulnerabilidad, por citar algunas situaciones afines a la pobreza.²²²

Por tal razão é difícil, para não dizer impossível, cogitar-se em igualdade em numa sociedade desigual, como a brasileira, em que as oportunidades não são igualmente distribuídas aos cidadãos, pois a igualdade não nasce apenas pelo fato de ter sido proclamada pelas Declarações e Tratados Internacionais, ela é construída com medidas tendentes a eliminar a desigualdade, na desconstrução das diferenças através de redistribuição de renda, planejamento e políticas públicas que garantam ao cidadão a equalização de oportunidades. A doutrina tem trazido à reflexão uma dupla dimensão da igualdade, a igualdade material e a igualdade formal.²²³

A igualdade material, também denominada de substancial ou substantiva, preconiza um tratamento efetivamente igual a todos os seres humanos perante todos os bens da vida. Já a igualdade formal prega o tratamento uniforme a todas as pessoas perante a lei.²²⁴

A igualdade material floresceu sob a influência do Estado social com o surgimento dos direitos de segunda dimensão, vez que eles “[...] buscam assegurar o acesso de todo o povo a determinados bens – como a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a previdência e a assistência sociais [...]”, visando assim, trazer entre as pessoas maior igualdade material.²²⁵

Essas categorias se associam ao que Hesse convencionou como igualdade na lei e igualdade perante a lei, ou seja, a igualdade jurídica formal é a igualdade diante da lei e a igualdade jurídica material é a igualdade na lei, sendo que ambas seriam garantidas na lei Fundamental.²²⁶

Ambas as formas de igualdade são importantes ao homem, e neste sentido adverte Ferrajoli, citado por Pezzi:

²²² Cf. Fernandes “[...] A pobreza também acarreta uma posição de clara desvantagem não só econômica, mas também social que alcança outros aspectos à margem da satisfação material das necessidades humanas [...] o fenômeno da pobreza é descrita com múltiplas palavras. Ela está relacionada com desfiliação, com a desqualificação, a desigualdade, a deficiência, a estigmatização, a marginalização, a mendicância, a deficiência, a miséria, a privação ou vulnerabilidade, para citar algumas situações relacionadas com a pobreza.” (FERNANDES, Luiz Moreno. *Ciudadanos precarios: la <<última red>> de protección social*. Barcelona: Ariel S.A., 2000, p.42-43.) (Tradução livre do autor)

²²³ SILVA, *op. cit.*, p. 36.

²²⁴ *Ibid.*, p. 36-37.

²²⁵ *Ibid.*, p. 37.

²²⁶ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 330.

Do mesmo modo que a igualdade em direitos gera o sentido de igualdade baseada no respeito do outro como igual, a desigualdade nos direitos faz surgir a imagem do outro como desigual, ou seja, inferior no plano antropológico, precisamente por ser inferior no plano jurídico.²²⁷

Muito embora a igualdade formal se encontre delineada tanto nas Declarações e Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos como na Carta Constitucional brasileira, a igualdade, em seu sentido material, ainda não se concretizou no Brasil. Para que haja essa transposição, faz-se necessário vontade política, que se traduz em realização de políticas públicas ou programas de ação governamental, tendentes a promover a igualdade e combater a desigualdade e a exclusão social, de forma a “[...] aumentar constantemente o bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, na base de sua participação ativa, livre e consciente no desenvolvimento e na justa distribuição dos benefícios dele resultantes.”²²⁸

A relação entre igualdade e equalização de oportunidades é tratada por Rawls, que estabelece uma relação entre esses dois elementos, que ele classifica como bens primários, com a questão da justiça, situando a educação como instrumento de implementação do equilíbrio entre os mais favorecidos e os menos favorecidos:

[...] para tratar a todos com igualdade, oferecer genuína igualdade de oportunidades, a sociedade deve dar mais atenção aos possuidores de menos dotes inatos e aos oriundos de posições sociais menos favoráveis. A idéia é reparar o viés das contingências na direção da igualdade. Na aplicação desse princípio, talvez se viessem a despender mais recursos com a educação dos menos inteligentes, e não dos mais inteligentes, pelo menos durante certo período da vida, digamos, os primeiros anos de escola.²²⁹

Rawls vai além, ele alicerça sua teoria sobre a justiça num princípio de reparação, pelo qual se alocariam recursos para educação para elevar as expectativas de longo prazo dos menos favorecidos, dando assim um matiz humanista e integral à educação, capaz de conseguir tal desiderato:

[...] Não se deve aferir o valor da educação apenas no tocante à eficiência econômica e ao bem-estar social. Tão ou mais importante é o papel da educação de capacitar uma pessoa a desfrutar da cultura de sua sociedade e participar de suas atividades, e desse modo de proporcionar a cada indivíduo um sentido seguro de seu próprio valor.²³⁰

²²⁷ PEZZI, *op. cit.*, p. 23

²²⁸ COMPARATO, *op. cit.*, p. 281.

²²⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 120.

²³⁰ *Ibid.*, p. 121.

O enfrentamento da pobreza e da miséria, geradoras e polarizadoras das desigualdades sociais, para ser eficaz, deve ser realizado combatendo as causas que as geram e as perpetuam, como o analfabetismo, a baixa escolaridade, o desemprego, a baixa renda.²³¹ A educação, nesta linha de raciocínio, apresenta-se como a ferramenta imprescindível para o combate à pobreza e à miséria, pois que vai atuar na origem das causas que produzem e reproduzem as desigualdades em todas as suas vertentes. Este é, aliás, o pensamento de Demo (2006) a respeito:

Saber pensar é, possivelmente, o “recurso” mais escasso e disputado na história da humanidade e que determinou, mais que outros fatores, as desigualdades hoje persistentes no planeta. Por isso, para combater a pobreza, possivelmente política social do conhecimento será estratégia das mais agudas, porque é principalmente nesse patamar que se condicionam as oportunidades.²³²

Portanto, ao se cogitar em dignidade humana há que se considerar os valores que a ela subjazem, a igualdade, tanto no sentido formal como material, a liberdade em todas as suas vertentes, o pleno exercício de direitos e deveres civis e políticos. Para tanto, necessário se faz combater a desigualdade, sendo a educação um poderoso instrumento que vai agir nas suas raízes.

2.4 EDUCAÇÃO E OS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS

Os objetivos plasmados pela sociedade brasileira, em sua Carta Política de 1988, foram idealizados em atenção a um passado histórico de dominação, arbitrariedades e negação de direitos, sem olvidar seu olhar no futuro, ou, conforme as palavras de Konrad Hesse, “A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente”, é exatamente nisso que se assenta sua vitalidade e eficácia.²³³

A vontade constitucional estampada na Carta Política de 1988 foi de projeção da sociedade brasileira para um futuro que prenuncia uma sociedade igualitária, pluralista e solidária, esteio de um Estado democrático de direito. Eis o projeto político esculpido pela sociedade brasileira em 1988, conforme deixa manifesto em seu prefácio*, bem como nos artigos 3º* e 4º*.

²³¹ BADIN, Luciana. A administração da pobreza. Disponível em: <www.plataformabndes.org.br> . Acesso em: 16 nov. 2009.

²³² DEMO, *op. cit.*, p. 30.

²³³ HESSE, *op. cit.*, p. 18.

* Consta do preâmbulo da Constituição de 1988: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o

A vocação humanista da Carta Política brasileira é latente e se expressa ao mencionar já em seu artigo 1º que a constituição do Estado está fundada no valor dignidade humana (artigo 1º, III), revelando um projeto social cunhado pela valorização do ser humano, visando sua integral proteção e formação, e por tal razão, assegura-lhe os meios materiais, morais e sociais (também jurídicos), para cumprimento de seus deveres e exercícios de seus direitos, como forma de equalizar diferenças sociais e regionais que possam comprometer o projeto democrático.

a) Educação para a Cidadania

A Cidadania foi incorporada na Carta Política de 1988 como um dos fundamentos do Estado brasileiro (artigo 1º, II). Instituto antigo, sua origem remonta das civilizações grega e romana.

Para os gregos, a cidadania era conferida somente aos membros da *polis*, que à época era constituída pelos homens, filhos de pais e mães cidadãos, que não fossem escravos e que tivessem idade legal para inscrever seu nome no *demos*. Para os romanos, a cidadania era pouco mais abrangente do que na concepção grega, albergando aqueles indivíduos que guardassem com Roma um *status civitas*, ou seja, a condição de pertencer à cidade e ao Estado Romano.²³⁴

exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, o seguinte [...]” (BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 nov. 2009.).

* O Art. 3º da Constituição Federal encontra-se assim redigido: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL. Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 nov. 2009.)

* O Art. 4º da Constituição Federal preceitua: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.” (BRASIL. Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 nov. 2009.)

²³⁴ ALVES, Fernando de Brito. Os horizontes de Prometeu: cidadania e direitos fundamentais em países de modernidade tardia. In: CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andréa Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito. *Direitos fundamentais revisitados*, p. 265-286.

Apesar da contribuição histórica das Revoluções Francesa e Americana à construção do que hoje concebemos como cidadania, foi com a Revolução Francesa que esse tributo mais se acentuou à concepção deste instituto, posto que os direitos de igualdade e liberdade em face do poder passaram a apresentar, por assim dizer, um caráter mais geral, concebendo alguns direitos políticos, ainda que plasmados por um cunho eminentemente individualista.

A Revolução Francesa representou a ruptura entre a sistemática do poder concentrado nas mãos de uma minoria (*Anciën Regime*), representada pelo poder de suzerania, do clero e dos senhores feudais, para outorgá-lo ao poder do povo, conferindo a este além de deveres, direitos dele decorrentes. Isto ficou claro na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, quando se declarou que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos (artigo 1º), sendo estes limitados apenas pela lei (art. 4º) e que o princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação (art. 3º).

Todavia, foi após a segunda guerra mundial que as atenções internacionais voltaram-se para a questão da cidadania e seus consectários, em face da derrocada nazista e totalitarista, levando a comunidade internacional a projetar sua preocupação com os direitos humanos, na Declaração de Direitos de 1948, pugnado pela declaração de direitos universais e inalienáveis do ser humano como o direito à vida, à igualdade, à liberdade, à educação, ao trabalho, à seguridade social, à livre sindicalização, dentre outros.

Com a revelação paulatina das atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, lideradas pelas potências nazistas e totalitaristas, ficou claro para a humanidade que os direitos humanos não são protegidos só por serem assim qualificados ou reconhecidos, mas são respeitados a partir da cidadania e da nacionalidade:

[...] num mundo como o século XX, inteiramente organizado politicamente, perder o *status civitas* significava ser expulso da humanidade, de nada valendo os direitos humanos aos expelidos da trindade Estado-Povo-Território. [...] se os direitos humanos pressupõem a cidadania como meio para a sua proteção, isso significa que um valor universal – [...] repousa na precariedade da contingência – a cidadania no âmbito de uma comunidade.²³⁵

A dimensão da cidadania, após a Declaração de Direitos de 1948, foi também analisada pela conferência de Thomas Henry Marshall em 1949, sob a influência do pós-guerra dos ideários do estado *welfare state*, que apregoou a existência de três ciclos históricos para a compreensão da cidadania e de seus elementos, um fator civil, formado pela capacidade de exercício das liberdades individuais, um fator político, composto pela

²³⁵ LAFER, *op. cit.*, p. 147-149.

possibilidade de participação política tanto ativa como passivamente e um fator social, relacionado com a garantia de realização das aspirações por uma vida digna e de bem estar social.²³⁶ Apesar do conceito de cidadania possuir várias interpretações, pode-se extrair a relação de pertença que o ser humano tem com um determinado Estado ou sociedade, o que lhe outorga direitos e deveres decorrentes de tal ligação, ou nas palavras de Fernández:

La ciudadanía es la condición de pertenencia y participación en la politeya, u organización política donde se integran los miembros de la sociedad. [...] la ciudadanía hace referencia a un conjunto de prácticas y usos que otorga la cualidad de componentes activos a los individuos en su comunidad de referencia. La ciudadanía es, principalmente, un estatus conformado por el acceso a los recursos básicos para el ejercicio de derechos y deberes. La no discriminación en el acceso a esos recursos constituye la condición necesaria y suficiente de al ciudadanía.²³⁷

Infere-se dessa análise que a cidadania compreende a atribuição de direitos de uma dada sociedade aos seus conterrâneos e nacionais, a capacitação para exercê-los, além da exata compreensão e condição para o cumprimento dos deveres cidadãos. Não se trata apenas da possibilidade de exercício político, essa é apenas uma de suas vertentes, constitui, antes de mais nada, a possibilidade de exercício dos direitos, porque esses lhe foram assegurados.

Visualizam-se assim dois âmbitos de atuação da cidadania plena, o relativo ao espaço público e o outro a espaço privado, com um elemento aglutinador: o sentimento de comunidade, de identidade coletiva.²³⁸ Ou, vista como quer Leca, vinculada à noção de civismo, a cidadania para si envolveria três traços principais:

o primeiro seria a intelegibilidade do mundo político pelo cidadão, o segundo, a empatia enquanto capacidade de colocar-se no lugar de outros cidadãos para apreender seus interesses e justificações; e o terceiro, a civilidade que se refere ao reconhecimento interindividual, possuindo um caráter mais “civil”.²³⁹

Atualmente existem tendências mais democráticas que procuram desvincular a cidadania da questão da nacionalidade (talvez por força do fenômeno da globalização), conferindo à cidadania uma proteção transnacional, sendo possível, por esta temática, pertencer a uma comunidade política e ter participação independentemente da questão da

²³⁶ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 32. (Tradução livre da autora)

²³⁷ “Cidadania é o estado de filiação e participação na *politeya* ou organização política a que estão integrados os membros da sociedade. [...] A cidadania se refere a um conjunto de práticas e usos que dá a qualidade de componentes individuais ativos aos indivíduos em sua comunidade de referência. Cidadania é composta principalmente de acesso ao estatuto de recursos básicos para o exercício dos direitos e deveres. A não-discriminação no acesso a estes recursos constitui condição suficiente para a cidadania” (FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 32.) (Tradução livre da autora)

²³⁸ VIEIRA, *op. cit.*, p. 25.

²³⁹ *Apud Ibid.*, p. 26.

nacionalidade.²⁴⁰ Essa, porém, é uma questão complexa e que demanda um redimensionamento das funções estatais internas e externas e uma reestruturação do processo de globalização, o qual não deve permanecer apenas no aspecto econômico.

No Brasil, a cidadania sempre foi relegada a uma pretensa liberdade política, pelos interesses óbvios que podem estar relacionados a essa concepção, isto é, a cidadania conferida pelo poder político à sociedade brasileira sempre esteve voltada à participação do indivíduo no processo eleitoral, mais especificamente, situada no direito ao voto, ocasionando o que Carvalho tão bem alinhavou, como uma inversão dos direitos.²⁴¹

No entanto, a cidadania consiste num processo que tem como base a emancipação, não se restringe à participação política, este é apenas um de seus aspectos, conforme assinala Demo, pois, como todo fenômeno emancipatório, é constituído de um lado econômico-produtivo, e de outro participativo neste contexto, assim a emancipação “[...] poderia ser traduzida como capacidade organizada de conceber e efetivar projeto próprio de desenvolvimento [...]”²⁴²

A cidadania deve ser conquistada pelos cidadãos, difícil acreditar em sua real eficácia quando é outorgada (como foi no Brasil), deve ser digerida e aprendida pelos cidadãos dia a dia, principalmente na atual conjuntura, em que, no contexto complexo de abertura mundial, tudo indica que caminhe para uma cidadania em termos globais.

A sua construção exige do Estado, além de uma série de medidas visando o combate à pobreza, também a adoção de expedientes práticos que atuem em suas origens como no combate ao analfabetismo, na universalização e melhoria da educação, pois o processo emancipatório que leva ao exercício pleno da cidadania começa com esta primeira descoberta crítica: pobreza é imposta, produzida, mantida, cultivada; logo, injusta.”²⁴³

Portanto, o cidadão deve aprender, desde a mais tenra idade, seu papel como indivíduo e como ente humano integrante de uma coletividade social, ou, como averba Saliba “A cidadania ideal é aquela que proporcione ao adolescente capacidade de compreender as causas de sua dominação, desejo de participar da solução dos conflitos da sociedade, capacidade de exigir uma nova ordem social e ética e o questionamento dos valores que sustentam a ordem social.”²⁴⁴

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 32.

²⁴¹ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007 p. 220.

²⁴² DEMO, *op. cit.*, p. 16.

²⁴³ *Ibid.*, p. 16.

²⁴⁴ SALIBA, Maurício Gonçalves. *O olho do poder: análise crítica da proposta educativa do Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Unesp, 2006, p. 135.

Demo ressalta o valor da cidadania organizada coletivamente, justificando seu entendimento no argumento segundo o qual a desorganização social está em maior grau relacionada com a desmobilização (empreendida pela classe dominante que pretende a perpetuação da subserviência da grande massa de indivíduos nacionais), do que com o conformismo. Essa é exatamente, na opinião de Demo, a marca registrada da sociedade brasileira: “[...] muito pouco organizada, revelando situação ainda típica de ‘cidadania menor’.”²⁴⁵

A educação, por estar intimamente ligada ao processo de desenvolvimento do indivíduo, é importante instrumento de sua promoção social e deve, portanto, ser conjugada com processos informativos e formativos numa simbiose que o prepare para o trabalho, para a vida política, para a cidadania, realizando, em última análise, o ideal democrático do Estado brasileiro:

[...] os meninos precisam aprender um lote de conhecimentos, em sentido qualitativo formal; mas a questão formativa também não poderia cair em segundo plano, pois a educação não resolve propriamente problemas econômicos, a não ser de modo indireto, mas pode ser instrumentação fundamental para se enfrentar a pobreza política; mesmo quando os níveis educacionais se voltam para o mercado de trabalho, não se trata apenas de produzir ‘recursos humanos’ competentes, mas de criar também competência política, seja como elite intelectual seja como ocupação do trabalho de coordenação, supervisão, planejamento, seja como grupo de influência específica na sociedade e assim por diante; principalmente, continua marca fundamental da ‘boa educação’ o processo de dentro para fora, a criação de novos mestres, não a reprodução de discípulos – um fenômeno essencialmente político – participativo, que exige igualmente professores ao mesmo tempo dotados de qualidade formal e de qualidade política [...].²⁴⁶

Necessário observar que a democracia pressupõe mais que o respeito à cidadania, sobretudo a possibilidade de seu exercício, pelo trabalho constante de suas divisões e diferenças internas, na ampliação dos direitos existentes e na criação de novos direitos. Não é só a cidadania “[...] definida pelos princípios da democracia, constitui-se na criação de espaços sociais de luta (movimentos sociais) e na definição de instituições permanentes para a expressão política (partidos, órgãos públicos), significando necessariamente conquista e consolidação social e política.”²⁴⁷

Esse contexto conduz ao entendimento de que a educação, conforme verificado pela Carta Política de 1988 (art. 25), apresenta-se como estratégia fundamental de mudança no e do sistema capitalista, humanizando-o, “[...] à medida que fundamenta o estado do direito,

²⁴⁵ DEMO, *op. cit.*, p. 74-75.

²⁴⁶ *Ibid.*, 95-96.

²⁴⁷ VIEIRA, *op. cit.*, p. 40.

restringindo fortemente, via instrumentação da cidadania, a voracidade do capital”, possibilitando ainda a “[...] superação do sistema, à medida que planta condições subjetivas a ultrapassar o capitalismo, como fase histórica”.²⁴⁸

Por todos os ângulos em que se possa analisar a convivência social, a boa educação se apresenta como um instrumento viabilizador desse processo, capacitando para o acesso aos espaços públicos, ou seja, participação cidadã e defesa de seus direitos, neste sentido é a lição de Barcellos:

Não é preciso repisar que a educação constitui, modernamente, pressuposto básico para a participação no âmbito do Estado, para o exercício da cidadania e para o ingresso no mercado produtivo. A decisão consciente a respeito do voto em cada eleição, a informação acerca dos direitos mais elementares – e.g., direitos do consumidor, e até mesmo o direito de ação -, o acesso ao mercado de trabalho, tudo isso depende hoje, em boa parte, da educação formal.²⁴⁹

Com efeito, todos os investimentos que se possam fazer para a implementação do direito à educação, conforme preconizado pela Carta Política brasileira, consistem, em última análise, em investir na própria democracia, eis que esta decorre da plena cidadania, a qual é atingida através de uma sociedade com capacidade política e intelectual, pois como afirma Heller “La democracia es una estructura de poder construida de abajo arriba”.²⁵⁰

[...] o amadurecimento da democracia passa a exigir essa discussão, basicamente, por dois aspectos: igualdade e liberdade. É por meio da educação que se tem mobilidade social, pois ela é que vai fornecer as condições necessárias para o desenvolvimento pessoal e o exercício da cidadania, enfim, a educação é que irá garantir a autonomia do indivíduo.²⁵¹

O direito à educação é base para a realização dos outros direitos, pois além de melhor preparar o indivíduo para o exercício de outros direitos²⁵², também se relaciona à circunstância de que, em uma determinada ordem estatal, seja tido como sujeito de direitos, vale dizer, pertencer, pelo vínculo da cidadania, a uma comunidade juridicamente

²⁴⁸ DEMO, *op. cit.*, p. 104.

²⁴⁹ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 261.

²⁵⁰ Conforme Heller (1999) “A democracia é uma estrutura de poder construída de baixo para cima.” (HELLER, Hermann. *Tería del Estado*. Tradução Luis Tobio. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 313.) (Tradução livre da autora)

²⁵¹ MALISKA, Marcos Augusto. Educação, constituição e democracia. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2008, p. 789-800.

²⁵² HADDAD, Sérgio. Apresentação. In: *A educação entre os direitos humanos*. _____, GRACIANO, Mariângela. São Paulo: Ação Educativa, 2006, p. 1-7.

organizada²⁵³, sob o império da lei que lhe atribui direitos e confere deveres. Portanto, é inegável a relação de interdependência existente entre a educação, a cidadania e a democracia.

b) Educação e Solidariedade

Num sentido filosófico pode-se mencionar que “[...] a solidariedade humana atua em três dimensões: dentro de cada grupo social, no relacionamento externo entre grupos, povos e nações, bem como entre as sucessivas gerações da História.”²⁵⁴

Na seara civil a solidariedade é concebida como um expediente jurídico tendente a fornecer maior garantia no cumprimento de certa obrigação (solidariedade entre devedores) ou maior opção aos devedores no cumprimento da obrigação (solidariedade ativa). Todavia esse conceito foi, paulatinamente, se modificando, principalmente, pelo fato de ter a solidariedade passado do direito civil para o direito social. No direito civil, usada para designar um vínculo de direito unindo diretamente credores e devedores, transmudou-se para se referir “[...] a instituição de um fundo comum no qual cada um deve depositar segundo as suas capacidades e pode retirar conforme as suas necessidades.”²⁵⁵ Seu conceito encontra-se atrelado à fraternidade, a qual foi conjugada, juntamente à igualdade e à liberdade, como ideário preconizado pela revolução francesa.

A solidariedade deve primeiramente ser compreendida e avaliada por uma perspectiva doméstica (interna), pelo vínculo que une a sociedade em atendimento aos “[...] regimes nacionais de Previdência Social (fundamentada no ‘princípio de solidariedade nacional’) ou como os serviços públicos (encarregados de assegurar a igualdade de acesso de todos os cidadãos a bens julgados essenciais: saúde, energia, transportes, educação, informação, etc.).”²⁵⁶

Assim entendida, a solidariedade é anônima, o que faz sua força, mas também sua fraqueza. Sua força, porque liberta os indivíduos de seus vínculos de sujeição pessoal e autoriza a mobilização de recursos consideráveis a uma imensa mutuação dos riscos. Sua fraqueza, porque esse anonimato fomenta o individualismo ao fazer desaparecer qualquer laço direto entre as pessoas solidárias em proveito de um face-a-face individual com um organismo impessoal.²⁵⁷

²⁵³ LAFER, *op. cit.*, p. 154.

²⁵⁴ COMPARATO, *op. cit.*, p. 40.

²⁵⁵ SUPIOT, *op. cit.*, p. 262.

²⁵⁶ SUPIOT, *op. cit.*, p. 262-263.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 262-263.

A Carta Política de 1988, sob a inspiração da Convenção Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural de 1972, da Declaração Africana de 1981 e Convenção sobre o Direito do Mar de 1982, atenta a um devir marcado pela questão global e pela necessidade de auxílio internacional mútuo entre as nações para a consecução de seus ideais democráticos e desenvolvimento pacífico e comum, albergou, dentre outros preceitos, a solidariedade, como norte às atividades e relações estatais, o que pode ser visualizado no artigo 3º, quando elege como objetivo fundamental do Estado garantir o desenvolvimento nacional (inciso II), e no artigo 4º, quando expressa como princípios a serem observados, dentre outros, a independência nacional (inciso I), a prevalência dos direitos humanos (inciso II), a autodeterminação dos povos (inciso III), defesa da paz (inciso VI) e cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (inciso IX).

Além da sua dimensão principiológica expressamente atribuída pela Constituição brasileira, como acima se ressaltou, a solidariedade também pode ser definida como um objetivo a ser alcançado, por se referir, igualmente, à assistência recíproca entre os membros de um mesmo grupo, como, por exemplo, familiar e humano.²⁵⁸

Há quem teça diferenças entre as expressões direitos da solidariedade e direitos de solidariedade*, defendendo que os primeiros corresponderiam aos direitos sociais, econômicos e culturais, denominados direitos sociais, ou seja, direitos que visam implementar a igualdade, tendo por finalidade possibilitar o desenvolvimento integral da personalidade humana.²⁵⁹ Outros*, entendem que direitos de solidariedade apontariam para direitos de terceira dimensão, que se vinculam à fraternidade, sendo direitos “[...] dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade [...]”²⁶⁰, relacionados às questões globais, como a paz, o desenvolvimento e o meio ambiente sadio,²⁶¹ o direito ao patrimônio comum da humanidade, direito à autodeterminação dos povos e direito à comunicação.²⁶²

Direito ao desenvolvimento, segundo Comparato (2008), é um “[...] direito humano inalienável, por força do qual todas as pessoas humanas e todos os povos estão autorizados a

²⁵⁸ ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 918.

* Entre os que sustentam a diferença de sentido da expressão direitos da solidariedade e direitos de solidariedade, cita-se SILVA, Frederico Silveira e. A definição dos direitos da solidariedade. *Revista de Direito Social*. Sapucaia do Sul – RS, n. 28, p. 69-82.

²⁵⁹ SILVA, Frederico Silveira e. A definição dos direitos da solidariedade. *Revista de Direito Social*. Sapucaia do Sul – RS, n. 28, p. 69-80.

* Dentre os que atribuem à expressão direitos de solidariedade a categoria de direitos de terceira geração, cita-se o jurista Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que os denomina de direitos de solidariedade ou fraternidade (FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 57.)

²⁶⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 569.

²⁶¹ SILVA, *op. cit.*, p. 69-82.

²⁶² FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 58.

participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político [...]”, é um processo alcançado a “[...] longo prazo, induzido por políticas públicas ou programas de ação governamental em três campos interligados: econômico, social e político.”²⁶³ Demanda, desta forma, uma globalização ética e solidária, o que, em sua dimensão internacional, significa que o direito ao desenvolvimento nada mais é que o “[...] direito a uma repartição equitativa concernente ao bem-estar social e econômico mundial.”²⁶⁴

A proteção ao meio ambiente se dá através de mecanismos legais de proteção ante ações poluidoras e devastadoras do meio ambiente, bem como por medidas preventivas. Nestas últimas, a educação é essencial para a formação da consciência ecológica da população, a qual deve ser formada desde a mais tenra idade, devendo, necessariamente, constar dos currículos escolares, como parte de processo formativo integral do ser humano. Importa também observar que a educação também se relaciona como o direito ao patrimônio histórico e cultural de um povo com seu direito à autodeterminação, pois aquele somente poderá ser exercido à medida que foi educado para conhecer e reconhecer a importância de seu patrimônio histórico e cultural.

Por sua vez, a autodeterminação de um povo somente poderá ser exercida de forma consciente e eficaz se tiver como lastro a emancipação e a autonomia consciente de um povo, evolução que somente pode ser viabilizada pela educação integral e de qualidade.

A comunicação guarda ligação estreita com a educação, pois que através desta aquela se efetiva de forma satisfatória e eficaz. A educação capacita o ser humano a participar do processo de comunicação cada vez mais complexo no seio social.* Pode-se dizer que a educação atua no sentido de dirigir o desenvolvimento das competências e habilidades necessárias para participar na comunicação.²⁶⁵

²⁶³ COMPARATO, *op. cit.*, p. 399.

²⁶⁴ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 11-42.

* Segundo Paulino, analisando as razões da crise do ensino jurídico no Brasil, com respaldo no pensamento de Luhman teoriza que, o sistema social tem na comunicação sua forma particular de reprodução autopoietica, o que significa dizer que a sociedade se faz e refaz mediante o processo de comunicação, ou seja, os indivíduos, não obstante interagir pela comunicação, sofrem as vicissitudes desta no processo comunicacional. Sustenta Paulino que sistema educacional estaria voltado para o ambiente psíquico da sociedade, capacitando o indivíduo (sistema psíquico) a participar da comunicação cada vez mais diferenciada de acordo com o progresso destes na escolarização. Por tal razão, a língua (idioma) seria um instrumento da comunicação, pois através dela há a compreensão das informações e mensagens que são veiculadas pelos sistemas psíquicos. Portanto, um domínio da língua seria um pré-requisito indispensável para o processo de comunicação, sendo a educação que irá propiciar o domínio deste instrumento da comunicação e, por tal razão, ensejadora da socialização. (PAULINO, Gustavo Smizmaul. *O ensino do direito em crise: reflexões sobre o seu desajuste epistemológico e a possibilidade de um saber emancipatório*, p. 76.)

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 76.

Assim entendida, a educação pode servir como meio de inclusão social, pois na visão de Paulino, houve, por assim dizer, a superação da integração social pela extratificação social, pelo critério de carreira individual, ou seja, nas sociedades modernas a socialização não cumpre mais o seu papel na integração do indivíduo ao meio, essa função passa a ser exercida pela participação do indivíduo em organizações funcionais como escola, universidade ou empresa, emergindo a importância da educação nesse processo que deverá habilitar o indivíduo como sistema psíquico a participar do processo de comunicação e, notadamente, para participar de uma comunicação diferenciada nos vários subsistemas sociais.²⁶⁶

Pode-se dizer que naquelas sociedades em que o povo tenha possibilidade de desenvolver-se condignamente, de forma sustentável, de se autodeterminar de forma consciente, participando de forma igualitária das relações entre os autores sociais nacionais e estrangeiros, relações estas baseadas na solidariedade e no respeito, estará mais próxima de alcançar a paz, seja no plano nacional como no internacional. Ou, nas palavras de Comparato

Em oposição ao individualismo excludente, o espírito da nova civilização há de ser a irradiação da fraternidade universal, a organização de uma humanidade solidária, onde se editem, enfim, “na paz, leis iguais, constantes, que aos grandes não dêem o dos pequenos”, como sonhou Camões.²⁶⁷

Portanto, entre os direitos de segunda dimensão, notadamente a educação (em face do estudo aqui proposto) é imprescindível para que se alcancem aqueles direitos inerentes ao gênero humano mesmo²⁶⁸, identificados como direitos de terceira dimensão.

Os direitos humanos constantes de ambos os Pactos, todavia, formam um conjunto uno e indissociável. A liberdade individual é ilusória, sem um mínimo de igualdade social; e a igualdade social imposta com sacrifício dos direitos civis e políticos acaba engendrando, mui rapidamente, novos privilégios econômicos e sociais. É o princípio da solidariedade que constitui o fecho de abóbada de todo o sistema de direitos humanos.²⁶⁹

A solidariedade constitui, no ordenamento constitucional brasileiro, tanto um objetivo a ser alcançado pelo Estado, como um princípio a direcionar as atividades estatais, vez que preconiza uma atitude positiva do Estado em implementar os direitos sociais, o que deve ser buscado por toda a sociedade.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 81.

²⁶⁷ COMPARATO, *op. cit.*, p. 540-541.

²⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 569.

²⁶⁹ COMPARATO, *op. cit.*, p. 338.

A incidência constitucional da solidariedade não se restringe apenas à norma do artigo 3º, a sua presença no texto constitucional pode ser aferida, mesmo que de forma implícita, em outras disposições, permear-se-á por todo o Texto Constitucional,²⁷⁰ como normas de cunho social, se manifestará como normas de organização da sociedade e do Estado, conforme destaca Canotilho.²⁷¹

Nesta senda, as questões constitucionais relativas às relações de poderes e exercício de direitos subjetivos (comuns a um Estado Liberal) deverão ser solucionados de conformidade com a modalidade de Estado Social²⁷², vale dizer, visando a equalização das desigualdades, por meio de ações estatais tendentes à realização da justiça social.

c) Educação e Justiça Social

A justiça sempre foi uma questão recorrente na história das civilizações, desde as mais antigas, não raro com um valor religioso a ser seguido pelos homens* e adstrito à concepção do bem.

Segundo Abbagnano, por justiça podem-se abstrair dois significados, o primeiro como conformidade da conduta a uma norma e como eficiência de uma norma (ou de um sistema de normas).²⁷³

Tanto Platão como Aristóteles defenderam que a justiça é uma virtude. Aristóteles compreendia por justiça “[...] aquela disposição moral que torna os homens a fazer coisas justas, que os faz agir justamente e desejar aquilo que é justo; e, da mesma forma, por injustiça aquela disposição que faz os homens agirem de modo injusto e desejarem aquilo que é injusto”. Assim, homem injusto seria tanto aquele que transgride a lei como aquele que “[...] toma mais do que lhe é devido, o parcial.”²⁷⁴

²⁷⁰ AVELINO, Pedro Buck. Princípio da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo, n. 53, p. 227-269.

²⁷¹ *Apud Ibid.*, p. 227-269.

²⁷² BONAVIDES, *op. cit.*, p. 371.

* Conforme está escrito no Livro de Isaías (Cap. 56, versículo 1): “Eis o que diz o Senhor: Respeitai o direito e praticai a justiça, porque minha salvação não tarda a chegar e minha justiça a revelar-se;” e no Livros dos Provérbios (Cap. 2, versículos 8-9 “[...] protege as sendas da retidão e guarda o caminho de seus fiéis. Então compreenderás a justiça e a equidade, a retidão e todos os caminhos que conduzem ao bem.”, entre outras passagens. (Bíblia Sagrada. Tradução monges de Maredsons – centro bíblico católico. 88. ed. São Paulo: Ave Maria, 1993.)

²⁷³ ABBAGNANO, *op. cit.*, p. 593.

²⁷⁴ CLARENCE, Morris (org.). *Os grandes filósofos: leituras escolhidas em direito*. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 6.

Platão, por sua vez, “[...]quis dar ao *conhecimento do justo* como condição necessária à fundamentação da *ação política*.” Para ele as ações políticas afetam a vida da *polis*, dessa ilação pode-se abstrair que toda ação é política.²⁷⁵ (Grifos no original)

Aristóteles, ao formular um conceito de justiça, teceu considerações sobre justiça distributiva, reciprocidade e justiça corretiva. Justiça distributiva seria aquela que deveria equalizar a distribuição de bens entre pessoas, sanando assim o problema relativo a situações em que sendo iguais as pessoas, lhe são atribuídas ou possuem partes desiguais, ou, sendo desiguais, suas partes são iguais. Já a questão da reciprocidade estaria vinculada às questões de ordem mercantil, e a ideia de justiça corretiva estaria relacionada aos contratos existentes entre particulares. O filósofo, no entanto, nada menciona quanto ao critério da necessidade para a distribuição das riquezas.²⁷⁶

Segundo Coelho, foi o Cristianismo que contribuiu com o critério da necessidade para o sentido de equidade e de justiça, trazendo para o direito a assimilação da ideia do amor ao próximo, e, segundo um princípio de caridade, propõe a distribuição dos bens segundo a necessidade. Tal aspecto, na visão do autor em comento, estaria superado pela “[...] filosofia dos valores e pelo culturalismo que, considerando a justiça dialeticamente integrada numa totalidade ao mesmo tempo fática, normativa e valorativa, recupera o sentido de equilíbrio, igualdade e proporção.”²⁷⁷ A justiça, a seu talante, é considerada sob ótica da dignidade da pessoa humana, mesmo porque não há “[...] humanismo sem justiça, nem justiça sem humanismo”.²⁷⁸

Situando a discussão da justiça nos tempos atuais, várias teorias tentam explicar a justiça não mais baseada em construções metafísicas, mas em critérios empíricos, dentre eles pode-se citar uma tendência neorrealista, impregnada pela filosofia da linguagem ordinária e pela semiologia e outra corrente voltada para a defesa ideológica do neoliberalismo.²⁷⁹

Estruturada na razão filosófica crítica, que fundamenta a práxis da libertação, Habermas propõe um agir comunicativo ou comunicacional, pois crê que “[...] as expressões da moralidade social, inclusive a jurídica, não se reduzem a reflexos ideológicos, mas são produzidos por processos coletivos de aprendizagem.”²⁸⁰

²⁷⁵ FERRAZ, Selma. *Justiça e razão: filosofia clássica e o liberalismo antropológico de F. Von Hayek*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 130-131.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 167-194.

²⁷⁷ COELHO, *op. cit.*, p. 150.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 148.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 153-154.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 159.

Coelho, refletindo sobre a Teoria do Agir Comunicativo de Habermas, expõe que toda a comunicação discursiva deve observar certos pressupostos que se verificam em relação a três planos semióticos do discurso, sendo eles o sintático (que as proposições cumpram as normas usuais de linguagem na comunidade), o semântico (que os enunciados sejam compreensíveis em relação ao objeto da argumentação) e pragmático (que as proposições sejam compreensíveis entre os sujeitos comunicacionais). Embora não tenha tratado especificamente da questão da justiça, da teoria habermasiana pode-se abstrair uma concepção de justiça baseada no consenso, apontando para um enfraquecimento do positivismo e legitimando formas alternativas de solução de litígio, desde que amparadas no consenso.²⁸¹

De caráter contemporâneo, a concepção de justiça para Dworkin, embora calcada no neoliberalismo e na igualdade convencional de base comunitária, apresenta um caráter crítico. Sua proposta se baseia numa democracia equitativa forjada no bojo de decisões judiciais e sustentada por “[...] princípios e diretrizes políticas que revelam a estrutura socioequitativa, apenas possível em regimes políticos não fechados para isso.”²⁸²

Igualmente voltada para o neoliberalismo²⁸³, a visão de justiça de Rawls ampara-se na circunstância de que embora a vida em sociedade apresente vantagens aos indivíduos, ela traz consigo um conflito de interesses em que cada um objetiva uma parcela dos benefícios sociais. Esse conflito, consistente na distribuição dos benefícios, deve na visão de Rawls, ser resolvido pelos seguintes princípios:

- (a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos, e;
- b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio diferença).²⁸⁴

A justiça, para Rawls, situa-se, basicamente, na coexistência da liberdade em condição de igualdade e igualdade de oportunidades a todos os indivíduos de uma sociedade, de modo a beneficiar os menos favorecidos.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 160-164.

²⁸² *Ibid.*, p. 171-175

²⁸³ *Ibid.*, p. 153-154.

²⁸⁴ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 60.

Muito embora o caráter axiológico da justiça impeça atribuir-lhe um significado preciso e estável, pois ele varia de pessoa para pessoa e de sociedade para sociedade²⁸⁵, por todos os lados que se possa analisar, a justiça está ligada, conforme firmado por Aristóteles, ao bem comum, que pode ser traduzido pelo bem estar social, e isso implica, em nossa sociedade, no auxílio aos cidadãos, na promoção do bem que lhe é próprio e na “[...] satisfação das necessidades coletivas na medida exigida pelo progresso social.”²⁸⁶

A justiça social objetivada pela sociedade brasileira não está apartada da necessidade do desenvolvimento da nação, da erradicação da pobreza da marginalização e de todas as suas causas e, da promoção do bem comum.

Não é fácil realizar a *justiça social* num sistema em que predomina a concentração da riqueza. É que ela só se concretizará mediante eqüitativa distribuição da riqueza nacional, pois um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais de viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Um regime democrático de justiça social não aceita as profundas desigualdades, a pobreza e a miséria.²⁸⁷ (Grifos no original)

A criminalidade brasileira está diretamente ligada à pobreza, à inexistência de condições sociais e econômicas básicas, como a baixa escolaridade e desemprego. A esse respeito assinala Flávia Schiling, segundo um estudo realizado pelo Cravi (Casa de Recuperação Água da Vida), a maioria das mortes violentas ocorridas em São Paulo resulta de conflitos pré-existentes e que

não coincidentemente, as ocorrências se dão em áreas – os chamados “territórios violentos”, claramente identificados e mapeados – nas quais os níveis de desemprego são elevados e o ambiente físico é inóspito.[...] Trata-se, pois, de populações constantemente vitimizadas pela violência econômica, social e mesmo ambiental, e que reagem com violência às circunstâncias adversas com as quais compulsoriamente convivem no cotidiano, onde aquilo que parece “menor” adquire uma magnitude muito grande.²⁸⁸

A vazão das massas pobres à criminalidade, principalmente nas comunidades carentes e desprovidas de mecanismos de integração e promoção social, é uma constante entre os jovens. O tráfico de drogas, nessas comunidades, representa um meio alternativo de

²⁸⁵ OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. O neoconstitucionalismo, a teoria da justiça e o julgamento. *In*: QUARESMA, Regina; Oliveira, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Ricio. *Neoconstitucionalismo*, p. 29-50.

²⁸⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco. *Direito, justiça social e neoliberalismo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 38.

²⁸⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 141.

²⁸⁸ SCHILING, Flávia. A multidimensionalidade da violência. *In*: CARVALHO, José Sérgio. (org.). *Educação, cidadania e direitos humanos*. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 209-223.

ascensão social²⁸⁹, entre outros, pela incapacidade do sistema educacional de cumprir o seu papel de veículo de mobilidade social e desvelador da realidade histórica:

A Educação promove a visão de mundo das pessoas, a forma como elas vão ver os acontecimentos na sua cidade, no seu país e no mundo. Ela pode e deve ter, em um Estado Constitucional, a função de superação das concepções de mundo marcadas pela intolerância, pelo preconceito, pela discriminação, pela análise não crítica dos acontecimentos.²⁹⁰

Segundo relata a pesquisa realizada pela revista *Isto é*, citada por Santos (2006), 95% dos presos brasileiros são pessoas pobres e 87% deles, quanto ao nível de escolaridade, não concluíram a educação fundamental.²⁹¹ (Grifos da autora)

Esse quadro retrata que a questão da criminalidade no Brasil está diretamente relacionada à marginalização e exclusão social, fatores estes que levam o ser humano a delinquir, obstando-o de usufruir de uma vida plena, privando-o do acesso aos bens do capital e de espaços públicos provenientes da cidadania.

Desta forma, a justiça deve estar impregnada na ordem social, econômica e jurídica de uma sociedade democrática, assegurando aos cidadãos o acesso aos bens e riquezas geradores de oportunidade; a educação radica dentre estes bens, e por tal razão pode ser denominada como *direito de justiça social*.²⁹² (Grifos da autora)

Esta face da justiça destaca a pretensão de paz social, que pode ser alcançada com a distribuição das oportunidades de forma equitativa, pois sem a construção de uma sociedade justa é impossível a conquista da paz. Eis que, nas palavras do Papa João Paulo XXIII, proferidas no Concílio Vaticano II, *justiça é novo nome da paz*.²⁹³ (Grifos da autora)

²⁸⁹ CIENA, Fabiana Polican. *O poder judiciário na efetivação do direito fundamental à educação*. 144 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho, 2008.

²⁹⁰ TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, p. 790.

²⁹¹ *Apud* SANTOS, Alberto Marques dos. *Criminalidade: causas e soluções*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 114-115.

²⁹² SARLET, *op. cit.*, p. 100.

²⁹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. Um breve histórico dos direitos humanos. In: CARVALHO, José Sérgio. (org.). *Educação, cidadania e direitos humanos*. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 209-223.

3. O DIREITO À EDUCAÇÃO SOB UMA PERSPECTIVA CRÍTICA DA DOGMÁTICA JURÍDICA

Feita esta breve digressão histórico-filosófica e antropológica do direito à educação, necessário se faz algumas considerações quanto ao seu *status* no ordenamento jurídico brasileiro, para assim destacar a sua anatomia jurídica.

O estudo das normas que albergam o direito à educação se efetivará de forma reflexiva, analisando conceitos, estrutura e posicionamento no nosso sistema jurídico, levando-se em conta o cunho cultural, histórico e dinâmico do direito, não se distanciando do seu caráter normativo, o que resulta uma concepção social e dialética*.

Não poderia ser outra a postura aqui assumida (pelo caráter científico que se procura imprimir a esse trabalho) a qual transcende o estudo exclusivamente dogmático do direito. Não se subestima a importância da dogmática no estudo da epistemologia jurídica²⁹⁴, mas a análise a que se propõe ousa transcender a dogmática tradicional, pautando-se por uma reflexão mais fluida²⁹⁵ e contextual do direito, considerado em seu momento histórico, social e cultural.* Conforme explica Azevedo, “A inclusão ou não da valoração jurídica, na Ciência

* De acordo com o culturalismo jurídico, esposado por Carlos Cossio em sua teoria egológica do direito, o direito se constrói através do mundo da realidade social que transcende as aparências, aproximando-o da *práxis* e da questão ideológica. Outra corrente do culturalismo teorizada por Miguel Reale, concebe o direito em uma dialética com o real considerando a experiência jurídica e seu estado temporal, cambiante e tridimensional, unindo o ser, o direito e cultura em um processo dinâmico e em constante devenir. (COELHO, *op. cit.*, p. 284).

²⁹⁴ A dogmática jurídica nasce “[...] no momento em que se começa a tratar sistematicamente do direito positivo”, como expressão de um *racionalismo científico*, que se prende ao estudo do direito a partir das normas jurídicas (AZEVEDO, *op. cit.*, p. 63), estando restrito a estas, “[...] as quais são aceitas como realidade científica a ser mantida, independentemente de considerações outras que não sejam puramente normativas [...]”, não se admitindo “[...] a mistura do jurídico com o político, o econômico etc.”, por isso o caráter de dogma. (COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do direito*, p. 175).

²⁹⁵ Cf. Zagrebelski, “A falta de melhor expressão, eu argumentei em outra parte a exigência de uma dogmática «Líquida» ou «fluida» que possa conter elementos do direito constitucional de nosso tempo, embora heterogênea, agrupando-as para não precisarem de uma construção que acomoda as combinações derivadas rígidas da lei constitucional, não só de política constitucional. Isto é o que poderia ser chamado a instabilidade das relações entre conceitos, devido à instabilidade resultante do jogo pluralista entre as partes que se desenvolve na vida política constitucional. A dogmática constitucional deve ser como o líquido no qual as substâncias a serem lançadas – os conceitos - mantém sua individualidade e coexistem sem colisões destrutivas, mas com certos movimentos de oscilação, e, em qualquer caso, sem que um único componente possa ser imposto ou eliminar os demais.”(ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Ley, derechos, justicia. 9. ed. Torino: Trotta, 2009, p. 17.) (Tradução livre da autora)

* Cf. Azevedo “Não se pode considerar a norma isoladamente, sendo necessário buscar sua ‘conexão com seu sentido e fim, com seu conteúdo ético-jurídico e com sua repercussão social, com as condições históricas em que surgiu e com o seu desenvolvimento em nossa época’. Donde ser indispensável ligar vários aspectos: ‘o histórico, o sociológico e o sistemático, ou, como dizia o jovem Savigny, o ‘filosófico’. Só assim, com esta visão ampla, pode a Ciência Jurídica desempenhar de modo satisfatório a tarefa social que lhe incumbe – descrever as regras e os institutos jurídicos, assim como sua trama conceitual, de modo a fixar o sentido das regras, visando sua aplicação às situações sociais concretas.” (AZEVEDO, *op. cit.*, p. 58-59.)

do Direito, é crucial, tendo em vista suas ressonâncias práticas”, sendo que a “A concepção que se tenha da Ciência do Direito, instrumentalizada por tal ou qual lógica, influirá decisivamente na interpretação e aplicação do direito.”²⁹⁶

O direito à educação será examinado sob uma perspectiva deodôntica e pós-positivista, como direito fundamental social, tendo por base os valores e princípios de matriz constitucional, os quais, como já exposto acima, lhe imprimem uma índole eminentemente normativa reclamando, desta forma, a análise de sua natureza e posição jurídica no ordenamento constitucional como norma jusfundamental.

3.1. O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

A Carta Constitucional Brasileira, impingida por propósitos humanistas (ao menos no plano discursivo), proclamados na Declaração dos Direitos Humanos de 1948, estatui que a República Brasileira, constituindo em Estado Democrático de Direito, encontra-se assentada nos princípios fundamentais da cidadania, da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º). Ela se orienta pelos elevados valores de justiça social, igualdade e solidariedade, próprios de um Estado de cunho social e democrático, estabelece como objetivos fundamentais do Estado brasileiro construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos (artigo 3º).

Ainda, de forma pormenorizada, elenca os direitos e garantias fundamentais (Título II), inserindo os direitos sociais (capítulo 2, artigo 6º), situando, dentre eles, o direito à educação. A este direito a Constituição brasileira confere uma posição normativa de destaque, pois além de erigi-lo a direito fundamental social conferiu-lhe o *status* de direito público subjetivo (artigo 208, § 1º), aparelhando-o da garantia de exigibilidade perante o Estado, mesmo diante de condições políticas adversas, em face de seu caráter estratégico na concretização do projeto democrático de índole social.

a) Abordagem Histórica dos Direitos Fundamentais

Há quem defenda que “[...] foi numa perspectiva filosófica que começaram por existir os direitos fundamentais”, pois, antes de constarem do ordenamento jurídico de

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 67.

algumas sociedades políticas, foram uma ideia no pensamento do homem^{*}. Sua gênese estaria umbilicalmente ligada à dos direitos naturais do ser humano, vez que ligados à natureza mesma da humanidade. Assim concebidos, segundo destaca Andrade, são “[...] direitos absolutos, imutáveis e intemporais, inerentes à qualidade de homem e seus titulares, e constituem um *núcleo restrito* que se impõe a qualquer ordem jurídica”.²⁹⁷ (grifos no original)

Na Grécia e Roma antigas já se concebiam direitos naturais e inalienáveis do ser humano, pelo simples fato de este existir, embora tal concepção estivesse vinculada a discussões filosóficas^{*} e religiosas²⁹⁸. Na verdade, tais valores são de difícil compreensão, porquanto em tais sociedades, a cidade ou a república se apoiava na instituição da escravatura.²⁹⁹

Foi com a doutrina do Cristianismo que a concepção de direitos inerentes ao ser humano se alargou, sendo que, algumas premissas recebidas dessa doutrina até hoje se fazem presentes na cultura cristã ocidental dos direitos humanos, ou seja, a “[...] unidade de humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade [...]” perante Deus.³⁰⁰

A doutrina de Cristo fez ecoar na Idade Média, nas palavras de São Tomás de Aquino, a concepção da igual dignidade para todos os homens, sem distinção de raça, cor ou cultura, reconhecendo no ser humano, uma parcela da divindade, através da razão, e a possibilidade de resistência pessoal à opressão pela lei injusta.³⁰¹

Pela intrincada relação de poder entre Igreja e Estado, a Reforma e a Contra Reforma também trouxeram sua contribuição para a história dos direitos fundamentais, pois reivindicavam, em última análise, a liberdade religiosa, numa época forjada pela intolerância religiosa e absolutismo, tanto que Jellinek, citado por Jorge Miranda, afirma que “[...] a ideia de consagrar legislativamente os direitos naturais do indivíduo não era uma ideia de origem política, mas antes uma ideia de origem religiosa [...]”, afirmando que “O que se julgava ser

* Salienda Andrade, que os direitos fundamentais podem ser considerados por três perspectivas: perspectiva filosófica ou jusnaturalista, “[...] enquanto direitos de todos os homens, independentemente dos tempos e dos lugares [...]”; perspectiva estadual ou constitucional, “[...] quando podem ser referidos aos direitos dos homens (cidadãos), num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto ou numa comunidade de Estados [...]”; ou ainda, numa perspectiva universalista ou internacionalista, quando “[...] considerados direitos de todos os homens (ou categoria de homens) num certo tempo, em todos os lugares ou, pelo menos, em grandes regiões do mundo [...]”. (ANDRADE, *op. cit.*, p. 13.)

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 13.

* Já na Grécia clássica havia manifestação cultural questionando o poder estabelecido e afirmando a existência de leis que lhe são superiores reivindicando um direito de desobediência individual, conforme a postura emblemática de Antígona (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 15-16.)

²⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009, p. 38.

²⁹⁹ ANDRADE, *op. cit.*, p. 14.

³⁰⁰ SARLET, *op. cit.*, p. 38.

³⁰¹ ANDRADE, *op. cit.*, p. 15.

obra da Revolução, não teria sido, na realidade, senão um produto da Reforma e das lutas por ela engendradas.”³⁰²

A corrente jusnaturalista, com esteio no contratualismo, se sedimentou sob as doutrinas de John Locke e Rousseau*, afirmando a “[...] primazia do indivíduo sobre o Estado e a Sociedade, construídos estes contratualmente com base na liberdade política e nas liberdades individuais [...]”³⁰³. Com esse entendimento lançou-se a base ideológica para as revoluções inglesa e francesa.³⁰⁴

A filosofia de Kant influenciou o desenrolar histórico dos direitos fundamentais, tanto que toda a conceituação de direitos humanos e fundamentais, depois de seu pensamento, vai buscar em Kant sua fundamentação e elementos para uma completa intelecção sobre tais direitos. Destaca Norberto Bobbio, citado por Sarlet:

Para Kant, todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens. [...] Kant, inspirado em Rousseau, definiu a liberdade jurídica do ser humano como a faculdade de obedecer somente às leis às quais deu seu livre consentimento, concepção essa que fez escola no âmbito do pensamento político, filosófico e jurídico.³⁰⁵

Importante marco histórico para os direitos fundamentais são, sem dúvida, os documentos jurídicos ingleses, da *Magna Charta* de 1215, as cartas de franquia e os aforais, datados dos séculos XII e XIII, outorgados pelos reis portugueses e espanhóis.³⁰⁶ Sucederam-nos a *Petition of Right* (de Carlos I, em 1628), a *Abolition of Star Chamber* (1641), o *Habeas Corpus Act* (assinado por Carlos II em 1679) e o documento denominado *Bill of Rights* (assinado por Guilherme d’ Orange em 1689).³⁰⁷ Muito embora tais documentos contivessem direitos e liberdades, como os direitos à vida, à herança, à administração da justiça, garantia de processo criminal, liberdade de circulação e de comércio, etc. Estas prerrogativas eram

³⁰² Apud MIRANDA, *op. cit.*, p. 20.

* Conf. Pérez Luño, “Com Locke, a defesa dos direitos naturais à vida, a liberdade e a propriedade se converte no fim prioritário da sociedade civil e em princípio legal básico do governo [...] Posteriormente, já o século XVIII, Rousseau concebeu a formulação mais famosa da teoria do contrato social para justificar mediante a ela toda forma de poder no livre consentimento dos membros da sociedade. Este consentimento é expreso na vontade geral, cuja formação considera cada cidadão em pé de igualdade, e que constitui o fundamento da lei entendida como instrumento pra garantir e limitar a liberdade.” (PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004, p. 31.)

³⁰³ ANDRADE, *op. cit.*, p. 16.

³⁰⁴ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 382.

³⁰⁵ Apud SARLET, *op. cit.*, p. 40.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 41.

³⁰⁷ ANDRADE, *op. cit.*, p. 19.

destinadas a uma determinada classe social, os estamentos, como foi, por exemplo, a *Magna Charta*.³⁰⁸

O conteúdo dos documentos ingleses se espalhou por todo o continente europeu e, até mesmo, além continente, contaminando o pensamento colonial norte americano, culminando por embasar a revolução americana (expressada pelas declarações de direitos dos Estados da Virgínia, Pensilvânia e Maryland, todas de 1776), e, posteriormente, na declaração de independência dos Estados Americanos.³⁰⁹

Sucedânea da Revolução americana, a Revolução Francesa contribuiu também de forma contundente para a genealogia dos direitos fundamentais³¹⁰, representando importante fator de fundamentação de uma nova ordem social³¹¹, por abrigar maior conteúdo democrático e social (em comparação com as declarações americanas), latente na sua preocupação com o social, expressada no seu lema de liberdade, igualdade e fraternidade*. A Declaração de Direitos Francesa consagrou os direitos de igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, legalidade, reserva legal e da anterioridade em matéria penal, presunção de inocência, liberdade religiosa, livre manifestação do pensamento.³¹²

Importa observar que esses acontecimentos lançaram as bases para a afirmação do Estado de Direito na sua vertente liberal burguesa, determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais que caracteriza a assim denominada primeira dimensão (geração) destes direitos.³¹³

Mas o processo histórico dos direitos fundamentais não é estanque, ao revés, é dinâmico. A liberdade e a igualdade escoimadas com a Revolução Francesa tiveram um cunho eminentemente liberal e individualista, e não obstante seu caráter revolucionário, a igualdade e a liberdade pregadas com a Revolução não se realizaram entre as camadas mais

³⁰⁸ *Ibid*, p. 18.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 19.

³¹⁰ HERKENHOFF, *op. cit.*, p. 21.

³¹¹ ANDRADE, *op. cit.*, p. 19.

* Conf. lição de Comparato “A Revolução Francesa desencadeou, em curto espaço de tempo, a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais, como a humanidade jamais experimentou até então. Na tríade famosa, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário”. Os franceses preconizavam o caráter universal de sua declaração, e esse “[...] espírito foi difundido, em pouco tempo, não só na Europa, como também em regiões tão distantes quanto a Índia, a Ásia Menor e a América Latina.” (COMPARATO, *op. cit.*, p. 135-136.) ainda, conforme salienta Bobbio, A Revolução Francesa, segundo os testemunhos da época e a opinião dos historiadores, (assevera Bobbio – retirar), “[...] representou um daqueles momentos decisivos na história do gênero humano” (BOBBIO, *op. cit.*, p. 99.), pelo menos simbolicamente, pois assinalam o fim de uma época e o início de outra, indicando uma virada na história da humanidade.

³¹² GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 41.

³¹³ SARLET, *op. cit.*, p. 47.

pobres da população, às quais eram negados os direitos declarados em 1789, pois “[...] embora garantidos por diplomas legais da época, a maioria da população não os podia exercer.”³¹⁴

Assim no século XIX e no século XX, sob a inspiração socialista, vários Estados elaboraram suas Constituições prevendo uma postura intervencionista, inclusive na seara econômica “[...] para garantir direitos fundamentais de alcance social e coletivo.”³¹⁵ Entre os Estados que tomaram essa via, pode-se citar União Soviética (com a Revolução Bolchevique de 1917), e lançando influências sobre constituições brasileiras, o México, com a Constituição Mexicana de 1917, e a Alemanha, com a Constituição de Weimar de 1919. Esses estatutos na lição de Piovesan, “[...] primaram por conter um discurso social da cidadania, em que a igualdade era o direito basilar e um extenso elenco de direitos econômicos, sociais e culturais era previsto.”³¹⁶

Entretanto, foi com a segunda guerra mundial e com as atrocidades perpetradas pelos regimes nazistas e totalitaristas que as nações mundiais despertaram para a necessidade e importância da sedimentação dos direitos humanos nos estatutos jurídicos dos Estados, tanto na órbita interna, quanto internacional. Pontual é a observação de Galindo, nesse sentido:

Enxergou-se a necessidade de tornar tais direitos humanos em direitos fundamentais na esfera internacional e na esfera constitucional dos Estados, e um passo importantíssimo foi dado com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, sendo a Carta mundial dos direitos humanos, tornando-se direitos fundamentais nos âmbito internacional e pressionando (ainda que só ética e moralmente) os Estados a respeitarem e garantirem tais direitos consagrados na citada Declaração que contém direitos de caráter individual, social, econômico, coletivo e difuso [...].³¹⁷

A perspectiva internacionalista dos direitos fundamentais³¹⁸, inaugurada com a Declaração Universal de 1948, sedimentou o reconhecimento, em âmbito internacional, da existência de direitos fundamentais ao ser humano, os quais não podem ser ignorados, sob pena de se estar ferindo a humanidade como um todo. Por tal razão o fenômeno de

³¹⁴ BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 13.

³¹⁵ GALINDO, *op. cit.*, p. 42.

³¹⁶ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 142.

³¹⁷ GALINDO, *op. cit.*, p. 43.

³¹⁸ ANDRADE, *op. cit.*, p. 13.

universalização dos direitos humanos, iniciado em 1948 representa “[...] un proceso ligado al reconocimiento de la subjetividad jurídica del individuo por el Derecho Internacional.”³¹⁹

Todavía, esse feito idealizado pela Comunidade Internacional encontra óbice tanto na eficácia restrita das normas de direito internacional, como também nas vicissitudes culturais* relativas a um consenso universal sobre direitos humanos. Tal fato demonstra o seu caráter incompleto, dinâmico e em constante devir, sendo que não é e nunca foi um dado da humanidade, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução³²⁰, diuturnamente perpetrado pela humanidade em suas relações, de conformidade com o processo de desenvolvimento cultural e histórico de cada sociedade.

Analisando o legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, Piovesan destaca que este instrumento, “Combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social [...]”, elenca tanto direitos civis e políticos, como os direitos sociais, econômicos e culturais, planificando em importância os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais, afirmando “[...] a inter-relação, individualidade e interdependência de tais direitos.”³²¹

Os direitos fundamentais são construídos no processo histórico da evolução do pensamento humano e sua formulação dinâmica é forjada pelas relações sociais e pelo processo de aculturação que vai conferir uma feição atualizada e por isso ajustada às necessidades humanas em dado momento histórico.

b) Abordagem Conceitual dos Direitos Fundamentais

Antes de se passar à reflexão do sentido e até mesmo ao conceito atual de direitos fundamentais, necessária se faz uma breve explanação sobre a terminologia dos direitos fundamentais, já que essa explanação vai delimitar o sentido que se lhe imprime a Constituição brasileira, a balizada doutrina e pelo alcance que lhe é conferido neste trabalho,

³¹⁹ Cf. Pérez Luño, o fenômeno de internacionalização dos direitos humanos trata-se de “[...] un proceso ligado al reconocimiento de la subjetividad jurídica del individuo por una lei internacional.” (PÉREZ LUÑO, *ob cit.*, p. 41.) (Tradução livre da autora).

* Nas palavras de Piovesan, “[...] a abertura do diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura dos direitos humanos, inspirada pela observância do ‘mínimo ético irreduzível’, alcançado por um universalismo de confluência.” (PIOVESAN, *op. cit.*, p. 157-158)

³²⁰ LAFER, *op. cit.*, p. 150.

³²¹ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 142.

já que, muitas vezes, outras expressões são utilizadas, ora com o mesmo significado, ora em sentido diferente.*

Sarlet comentando sobre a análise terminológica, ressalta sobre a pertinência da distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais:

[...]‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional.³²²

Nesta mesma direção de entendimento é o posicionamento de Pérez Luño, que ao analisar o alcance dos termos utilizados pela doutrina, salienta que a expressão direitos humanos apresenta um conceito com contornos mais amplos e imprecisos do que a noção de direitos fundamentais; aqueles são geralmente compreendidos como um conjunto de faculdades e instituições em cada momento histórico e concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humana, que devem ser positivamente reconhecidas pelo ordenamento jurídico em nível nacional e internacional, enquanto que direitos fundamentais se referem aos direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo, e, na maioria dos casos, por normas constitucionais, desfrutando, por tal razão, de uma proteção reforçada.³²³

Não se adentrando à discussão minuciosa da utilização dos termos, importa esclarecer, a exemplo da lição de Sarlet, que as expressões direitos humanos e direitos fundamentais não se tratam de termos excludentes e incompatíveis, mas dimensões íntimas e inter-relacionadas, “[...] o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas”, tornando-se assim “[...] difícil sustentar que direitos humanos e fundamentais [...]”, pelo menos no que tange ao âmbito de sua positivação, sejam a mesma coisa.³²⁴

* Constantemente são utilizadas expressões direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e “direitos humanos fundamentais. (SARLET, *op. cit.*, p. 27.)

³²² *Ibid.*, p. 29.

³²³ PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 46. (Tradução livre da autora)

³²⁴ SARLET, *op. cit.*, p. 35.

A expressão direitos fundamentais guarda maior familiaridade com o ordenamento jurídico brasileiro por ter sido utilizada no Texto Constitucional, logo no Título II, quando se refere aos Direitos e Garantias Fundamentais.

Neste trabalho se utilizará o termo direitos fundamentais para expressar a natureza do direito à educação, pois esse direito, não obstante constar do rol dos direitos humanos (internacionalmente reconhecido) como direito de cunho social, encontra-se constitucionalmente albergado, possuindo uma fundamentalidade patente, em face de sua essencialidade à formação da pessoa humana, imprescindível para a garantia de dignidade conferida pela Constituição brasileira.

c) Os Direitos Sociais como Categorias de Direitos Fundamentais

Embora a discussão doutrinária e jurisprudencial atual se situe na questão da efetivação dos direitos sociais, pois, conforme já se disse, na atualidade o cerne da questão atinente aos direitos fundamentais não consiste tanto em justificá-los, mas em protegê-los³²⁵, não se pode olvidar da importância de se travar, ainda que de forma breve e sintética, algumas considerações quanto à importância e a posição do direito à educação, como direito social, no quadro dos direitos fundamentais e na própria Constituição, especialmente quando confrontados com situações de ordem fáticas adversas, como a escassez de recursos necessários à sua concretização.

Impõe-se, assim, à guisa de preliminar, a necessidade de enfrentamento da discussão quanto à fundamentalidade dos direitos sociais, já que o direito à educação compõe o rol dessa categoria jurídica, e é nestes termos que Olsen, citando Gregório Robles, coloca a questão:

não se pode discutir a efetividade de determinada categoria de direitos se não houver um mínimo de consenso acerca da posição por eles assumida no ordenamento jurídico. Trata-se de uma questão de ordem lógica, que revela a importância de se ter assentada a caracterização dos direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais, tanto sob aspectos formais quanto materiais.³²⁶

Segundo teoriza Hesse, os direitos fundamentais são “[...] aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais” e que almejam “Criar e manter os pressupostos

³²⁵ BOBBIO, *op. cit.*, p. 43.

³²⁶ OLSEN, Ana Carolina. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 27-28.

elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana [...]”.³²⁷ Mas não é só isso. Alexy vai além em sua reflexão, para ele “[...] o que importa verdadeiramente não é a simples indicação da norma constitucional, mas a possibilidade de ser-lhe aplicável uma argumentação jusfundamental”. Alexy ainda identifica outras duas condições adicionais para caracterizar a fundamentalidade de um direito do homem, a primeira se relaciona à possibilidade de o interesse ou carência ser protegido e fomentado pelo direito, a segunda reside na circunstância de que o “[...] interesse ou a carência seja tão fundamental que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito.” Assim, no entender do mencionado autor

Um interesse ou uma carência é, nesse sentido, fundamental, quando sua violação ou não satisfação significa ou a morte ou o sofrimento grave ou *toca o núcleo essencial da autonomia*. Daqui são compreendidos só os direitos de defesa liberais clássicos, senão, por exemplo, também direitos sociais que visam ao *asseguramento de um mínimo existencial*.³²⁸ (Grifos no original)

Essa categoria de direitos, segundo Bonavides³²⁹, são classificados em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração, ou como querem outros, em dimensões de direitos*.

Amparado na temática dinâmica dos direitos fundamentais, revelada pelo estudo de seu processo histórico de afirmação, convencionou-se se referir aos direitos fundamentais em gerações de direitos ou dimensões de direitos. Imbuídos nessa inclinação, defendem alguns juristas que os direitos fundamentais se apresentam como direitos de primeira, segunda, terceira, quarta e até quinta gerações. Outra parcela da doutrina defende a impropriedade dessa expressão geração de direitos³³⁰, advogando pela denominação dimensões de direitos.

Adotando essa orientação, os direitos fundamentais de primeira dimensão (ou geração) dizem respeito àqueles direitos que primeiramente foram consagrados nas constituições liberais, surgiram como decorrência dos movimentos revolucionário inglês, norte-americano e francês³³¹, seriam direitos dos indivíduos frente ao Estado absolutista e se

³²⁷ Apud BONAVIDES, *op. cit.*, p. 560.

³²⁸ Apud MAURICIO JUNIOR. Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 44.

³²⁹ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 562-578.

* A crítica que se faz à expressão gerações de direitos, se pauta no fato de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage, repudia-se a visão de sucessão geracional de direitos, na medida em que se acolhe a ideia de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos. (SARLET, *op. cit.*, p. 45), ou conforme destaca Brega Filho, o processo de afirmação e positividade dos direitos fundamentais levam a constatação de que tais direitos se complementam e se interagem. (BREGA FILHO, *op. cit.*, p. 13.)

³³⁰ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 143-144.

³³¹ GALINDO, *op. cit.*, p. 58.

fundam numa clara demarcação entre Estado e não Estado. Estes direitos são direitos de inspiração individualista, e, portanto, chamados de individuais.³³² Segundo lição de Brega Filho, são “[...] também chamados de *Liberdades Públicas*, direitos individuais ou direitos civis e políticos [...]. Entre eles estariam os direitos tradicionais que dizem respeito ao indivíduo (igualdade, intimidade, honra, vida, propriedade e outros), complementados pela liberdade de expressão, de imprensa, de associação, de manifestação, de reunião e pelos direitos de participação política.”³³³

Os direitos de segunda dimensão (ou geração), também denominados de direitos econômicos, sociais e culturais, surgiram do impacto deletério da Revolução Industrial nas massas populares da Europa do século XIX, “[...] caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas [...]”.³³⁴ Teoriza Bonavides (2004), que os direitos sociais “[...] Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-lo da razão de ser que os ampara e estimula”,³³⁵ valendo “[...] como pressupostos do gozo dos direitos individuais, na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real [...]”, proporcionando, assim, “[...] condição mais favorável com o exercício efetivo da liberdade.”³³⁶

Segundo Norberto Bobbio, os direitos sociais “[...] expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores - como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através* ou *por meio* do Estado.”³³⁷ Eles “[...] tutelam, em última análise, interesses e bens voltados à realização da justiça social.”³³⁸ (Grifos no original)

Nesta vertente, não são direitos contra o Estado, mas direitos que só podem ser exercidos por meio do Estado, necessitando, para a sua eficácia e efetivação, da intervenção do Estado em seu favor, ou ainda, “[...] seriam direitos a receber *prestações de serviços públicos* pela sociedade e/ou pelo Estado, no sentido de conferirem igualdade concreta de oportunidade a todos os membros do grupo social.”³³⁹

³³² LAFER, *op. cit.*, p. 126.

³³³ BREGA FILHO, *op. cit.*, p. 22.

³³⁴ *Apud* SARLET, *op. cit.*, p. 47.

³³⁵ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 564.

³³⁶ SILVA, *op. cit.*, p. 184.

³³⁷ BOBBIO, *op. cit.*, p. 52.

³³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 104.

³³⁹ MASTRODI, Josué. *Direitos Sociais Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 82.

Sob a alcunha de direitos de solidariedade e fraternidade, os direitos de terceira dimensão ou geração são direitos atribuídos não mais ao ser humano considerado em sua individualidade, mas se destinam à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa.³⁴⁰ Estes direitos emergiram a partir do final do século XX e, segundo teoria de Vasak, estariam contemplados por essa dimensão o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito à comunicação.³⁴¹

Há ainda quem sustente uma quarta dimensão de direitos fundamentais*, dos direitos oriundos da globalização econômica neoliberal, que “[...] correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.”³⁴² São eles o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo*, tendentes assim a uma globalização política que ainda se faz tímida, na opinião de Bonavides, e em última análise, à concretização da democracia plena, exercida diretamente pelos cidadãos, o que se alcançará com os coadjuvantes do direito à informação e ao pluralismo.³⁴³

Diante desta explanação fácil situar o direito à educação no rol dos direitos de segunda dimensão, como preconiza Tavares:

A Constituição brasileira assume expressamente o direito à educação como um direito de matriz social. Ela o faz, inicialmente, no art. 6, de maneira incisiva e sintética, para posteriormente ratificar esse posicionamento, especificando esse direito e outros direitos e institutos correlatos, no seu Capítulo III do Título VIII, exatamente a partir do art. 205.³⁴⁴

Todavia alguns doutrinadores brasileiros afirmam que o direito em comento integra os direitos fundamentais de primeira dimensão, estando entrelaçado ao direito à vida e à liberdade.³⁴⁵

Neste sentido, defende Muniz, “[...] o direito à educação não pode ser considerado apenas como um direito social ou um direito à prestação positiva do Estado, mas sim um

³⁴⁰ SARLET, *op. cit.*, p. 48.

³⁴¹ *Apud* BONAVIDES, *op. cit.*, p. 569.

* Defendem uma quarta dimensão (ou geração) de direitos fundamentais Paulo Bonavides (*Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.), Ingo Wolfgang Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.), Jorge Miranda (*Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.)

³⁴² BONAVIDES, *op. cit.*, p. 570-571.

* Conf. Miranda (2000) seriam também direitos de quarta geração os “[...] direitos relativos à bioética, à engenharia genética, à informática e outras utilizações das modernas tecnologias.” (MIRANDA, *op. cit.*, p. 24.)

³⁴³ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 571.

³⁴⁴ TAVARES, *op. cit.*, p. 771-788.

³⁴⁵ SIFUENTES, Mônica. *Direito fundamental à educação: aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. 2. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, p. 58.

direito inerente ao ser humano, parte de sua vida e indissociável dela, [...]”³⁴⁶
Semelhantemente é o posicionamento de Lima que relaciona o direito à educação com o direito à liberdade:

É importante frisar que a liberdade, como valor a permitir ao homem os meios para efetivamente alcançar aquela liberdade que o permita viver sem qualquer intervenção do Estado, deve visar à igualdade de oportunidades, o que só será possível com educação básica para todos. [...] Nesse sentido, a educação, como instrumento da liberdade, passa a integrar o núcleo essencial de direitos que conduzem à cidadania, conferindo-lhe um caráter libertário.³⁴⁷

Não obstante os posicionamentos acima transcritos, firma-se aqui o entendimento que o direito à educação é um direito fundamental de segunda dimensão, com cariz social, gozando de igual estatura constitucional que os direitos de primeira dimensão, em face do seu caráter essencial ao ser humano e diante da complementaridade e indivisibilidade com que se revestem os direitos humanos.

Feitas essas considerações reputadas importantes para o estudo e para a compreensão da anatomia do direito à educação como direito fundamental social, necessário retomar a análise da fundamentalidade do direito à educação, sob os aspectos formal e material.

Os direitos fundamentais sociais gozam de posição hierárquica superior em relação às demais normas do ordenamento jurídico, desfrutando dos mesmos parâmetros formais e materiais de revisão e emenda constitucional, constantes do artigo 60 da CF, possuindo ainda aplicabilidade imediata, de conformidade com o disposto no § 1º, do artigo 5º da CF, o que caracteriza sua fundamentalidade formal, conforme lição de Olsen.³⁴⁸

A fundamentalidade material dos direitos sociais pode ser aferida pela “[...] correspondência havida entre os direitos fundamentais e o núcleo de valores que informa a Constituição, especialmente os princípios enumerados no Título I da Constituição brasileira, dentre os quais vale destacar a dignidade da pessoa humana.”³⁴⁹

Sem dúvida, esta espécie de direitos já se estabeleceu em nosso ordenamento jurídico como direitos fundamentais, com todo o desencadeamento de consequências e efeitos inerentes a tal categoria, o que demonstra terem superado o ciclo de baixa normatividade que os reduzia às denominadas normas programáticas, “[...] nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”, sucedida por “[...] uma crise

³⁴⁶ MUNIZ, *op. cit.*, p. 160-161.

³⁴⁷ LIMA, Maria Cristina de Brito. *A educação como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 23-24.

³⁴⁸ OLSEN, *op. cit.*, p. 23.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 23.

de observância e execução, condição essa finda com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, onde se inscreveu o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.”³⁵⁰

Sedimentada está a posição jusfundamental dos direitos sociais, gozando eles da mesma fundamentalidade dos direitos denominados direitos de defesa ou direitos individuais³⁵¹. Tal fato é assente na Constituição brasileira, sendo que o próprio legislador constituinte quis assim ao incluir tais direitos no âmbito dos direitos e garantias fundamentais (capítulo II do título II da Constituição).

Rothenburg pontua que “Os direitos são materialmente fundamentais quando seu conteúdo está relacionado aos valores mais caros ao homem (dignidade da pessoa humana) e formalmente fundamentais, quando se mostram através de normas de hierarquia jurídica superior às demais, comumente positivadas nas Constituições.”³⁵²

Em posicionamento distinto, Torres comunga da opinião segundo a qual a jusfundamentalidade dos direitos sociais se restringe ao mínimo existencial. Para ele os direitos sociais sujeitam-se à reserva do possível e à concessão do legislador, e em sua investigação elenca três posições acerca da relação entres direitos fundamentais e direitos sociais³⁵³, são elas:

- a) a da simbiose dos direitos fundamentais como os sociais, defendida pelos socialistas e pelos adeptos da social-democracia;
- b) a da indivisibilidade dos direitos humanos, que compreenderiam os direitos fundamentais e os sociais, adotada pelas correntes favoráveis ao intervencionismo estatal e ao comunitarismo;
- c) a da redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial, de corte liberal, que permite a translação da lógica, da retórica e da eficácia dos direitos da liberdade para os direitos fundamentais sociais em seu conteúdo essencial.³⁵⁴

Alguns doutrinadores portugueses empunham o entendimento de que os direitos sociais são direitos fundamentais, dentre eles destaca-se Joaquim José Gomes Canotilho, Vital Moreira e Jorge Miranda. No entanto, preconizam, diante da peculiaridade constitucional portuguesa, que tais direitos estariam sujeitos a um regime jurídico diferenciado, daqueles

³⁵⁰ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 564.

³⁵¹ OLSEN, *op. cit.*, p. 29.

³⁵² ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, nº 30, p. 146-158.

³⁵³ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 9.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 9.

atribuídos aos direitos de liberdade.³⁵⁵ Comentando o pensamento jurídico de Canotilho, Olsen averba:

Os direitos de liberdade, chamados “direitos, liberdades e garantias”, previstos no Título II da CRP, sujeitam-se a um regime jurídico-constitucional especial que lhes garante “*uma força vinculante e uma densidade aplicativa (‘aplicabilidade directa’) que apontam para um reforço da ‘mais valia’ normativa destes preceitos relativamente a outras normas da Constituição, inclusive as referidas a outros direitos fundamentais*”. Os direitos “econômicos, sociais e culturais”, previstos no Título III da CRP, estariam sujeitos ao regime jurídico geral dos direitos fundamentais. Todavia, ainda assim, os direitos “econômicos, sociais e culturais” não seriam apenas normas programáticas, mas verdadeiras normas de vinculação do legislador à criação das leis infraconstitucionais necessárias à ampla fruição dos bens jurídicos tutelados.³⁵⁶ (Grifos no original)

Andrade, citado por Olsen, defende dois regimes diferenciados quanto aos direitos fundamentais, com base nos preceitos constitucionais portugueses; um regime específico aos direitos, liberdades e garantias e outro para os direitos sociais, justificando seu posicionamento no argumento de que os primeiros teriam um conteúdo essencialmente determinado ou determinável no texto constitucional, ao passo que os segundos necessitariam da intervenção do legislador para que seu conteúdo fosse determinado, conforme autorização do constituinte.³⁵⁷

No entanto, consoante preconiza Jorge Miranda, “[...] renunciar à fundamentação dos direitos humanos significa abandonar o referencial ético, fator determinante para a aceitação dos direitos fundamentais e sua capacidade transformadora da realidade. Além disso, o **consenso** acerca dos direitos fundamentais é a base de legitimidade de qualquer Constituição.”³⁵⁸ (Grifo no original)

Feitas essas considerações preliminares acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, necessário é esclarecer o posicionamento e a estrutura deontológica de tais direitos, a fim de se estabelecer sua interpretação, seu alcance e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

d) Classificação dos Direitos Fundamentais

O estudo da classificação dos direitos fundamentais é imprescindível para o conhecimento e compreensão do direito à educação, sua posição e alcance no quadro geral do

³⁵⁵ OLSEN, *ob. cit.*, p. 26.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 26.

³⁵⁷ *Apud* OLSEN, *ibid.*, p. 26.

³⁵⁸ *Apud* OLSEN, *ibid.*, p. 28.

ordenamento constitucional, de forma a desvendar a profundidade e a extensão de seus efeitos junto ao Estado e perante as demais normas constitucionais.

Aliás, é por meio dessa atividade que “[...] é possível obter não apenas uma visão global e sistemática sobre o conjunto dos direitos fundamentais, mas também parâmetros objetivos para a sua interpretação, enquadramento funcional e até mesmo a determinação do regime jurídico aplicável.”³⁵⁹

Queiroz aderindo ao pensamento de Niklas Luhmann sobre a existência de correlação entre os direitos fundamentais e suas funções, defende que os direitos fundamentais possuem função pluri ou multidimensionais, não podendo ser compreendidos apenas por um único sistema intelectual.³⁶⁰

Os direitos fundamentais atualmente passaram a ser concebidos para além da sua tradicional função de direitos de defesa contra os poderes públicos,³⁶¹ caracterizado-se por exigirem do Estado uma postura ativa qualificada como direitos a prestações, ou seja, “[...] direitos que em vez de exigir ou postular uma abstenção por parte do Estado, requeriam uma ‘acção positiva’, um *facere*, que se traduzia na prestação de algum ‘bem’ ou ‘serviço’.”³⁶² (Grifos no original)

Levando em consideração o atributo dos direitos fundamentais de reclamar do Estado uma ação estatal positiva³⁶³ (o que não é exclusividade dos direitos sociais), pode-se estabelecer uma classificação destes direitos, dentro da análise reflexiva que se propõe a realizar acerca dos direitos fundamentais sociais, notadamente, na tentativa de situá-los na temática atual dos direitos fundamentais.

George Jellinek, em sua obra intitulada Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos, num estudo sobre a posição do indivíduo perante o Estado, elencou quatro situações jurídicas (*status*) em que essa posição se estabelece. A primeira situação, denominada por ele de *status*

³⁵⁹ SARLET, *op. cit.*, p. 159.

³⁶⁰ QUEIROZ, *op. cit.*, p. 25-26.

³⁶¹ Em nota, A. Bleckmann cita decisões do Tribunal Constitucional Federal, a respeito da “multifuncionalidade dos direitos fundamentais arrolando as seguintes funções por estes desempenhadas: 1 – direitos de defesa (*Abwehrrechte*); 2 – direitos de participação ou quota-parte (*Teilhaberechte*); 3 – garantias institucionais; 4 – garantias procedimentais; 5 – direitos fundamentais como ordem de valores; 6 – direitos fundamentais como normas objetivas; 7 – direitos fundamentais como normas impositivas e autorizações para ação (*Grundrechte als Handlungsermächtigung und als Verfassungsauftrag*); 8 – direitos fundamentais como normas de conduta social (*soziale Verhaltensnormen*); 9 – direitos fundamentais como fundamento de deveres de proteção do Estado; 10 – direitos fundamentais negativos, ou deveres fundamentais; 11 – função legitimadora dos direitos fundamentais; e 12 – função pacificadora e de parâmetro de justiça (*Friedensund Gerechtigkeitsfunktion*). (Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 156).

³⁶² QUEIROZ, *op. cit.*, p. 26.

³⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 433.

passivo (*status subjectionis*), o indivíduo estaria subordinado aos poderes estatais, sendo portador apenas de deveres e não de direitos; a segunda situação, tendo em conta a personalidade do indivíduo, este contaria também com o *status negativus*, o que corresponderia no reconhecimento de existência de uma esfera individual de liberdade imune ao *jus imperii* do Estado; a terceira posição e que complementaria a anterior, seria o *status positivus*, pelo qual ao indivíduo assistiria o direito de exigir do Estado determinadas ações positivas (nestes se enquadrariam os direitos a prestações estatais, inclusive os direitos sociais).

Complementando sua teoria, Jellinek arrolou também o *status activus*, pelo qual o indivíduo passa a ser reconhecido como cidadão e, assim, considerado como titular de competências que lhe garantem a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade estatal, através do voto, por exemplo.³⁶⁴

Apesar das críticas à teoria de Jellinek, e à complementação que inseriu no seu *status activus*, de forma a albergar além do *status activus processualis* (preconizado por Peter Häberle), que se refere à organização procedimental e organizatória dos direitos fundamentais, igualmente se insere o *status activus socialis*, que guarda relação com consagração dos direitos sociais, econômicos e culturais de natureza prestacional.³⁶⁵

A sistematização formulada por Jellinek, ainda hoje, serve de base para diversas classificações formuladas aos direitos fundamentais, notadamente, a que foi implementada por Robert Alexy, em sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais.

Alexy propõe uma classificação dos direitos fundamentais estruturada em direitos a algo, liberdades e competências. O direito a algo corresponderia a uma *relação triádica* entre o portador ou titular do direito (a), o *destinatário* do direito (b) e o *objeto* do direito (c), sendo que o objeto de um direito a algo seria sempre uma *ação* do destinatário.³⁶⁶ (Grifos no original)

Para Alexy, a principal diferença entre os direitos situa em seu objeto que pode demandar tanto uma ação negativa (abstenção) como uma ação positiva (um fazer). Essa “[...] distinção entre ações negativas e positivas é o principal critério para a divisão dos direitos a algo com base em seus objetos.”³⁶⁷

Quando essas situações são levadas a cabo em face do Estado, teoriza o catedrático alemão, é que se constituem os direitos de defesa (demanda uma abstenção estatal) e os

³⁶⁴ SARLET, *op. cit.*, p. 156-157. Id. ib.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 158-159.

³⁶⁶ ALEXY, *op. cit.*, p. 193.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 193-195.

direitos a prestações (requer um fazer por parte do Estado). O direito a algo, na modalidade de direito a ações positivas ou direito a prestações por parte do Estado, pode ainda se desdobrar em direito a uma ação fática e direito a uma ação normativa.

A primeira (direito a uma ação fática) se refere a uma ação positiva fática por parte do Estado, por exemplo, quando se fundamenta um direito a um mínimo existencial ou quando se considera uma pretensão individual do cidadão à criação de vagas nas universidades, não importando a forma como a ação se dê. Refere-se ao direito a prestações, que também se subdivide em direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito. O direito a uma ação normativa seriam os direitos a atos estatais de criação de normas.³⁶⁸

Importa observar que, nesta perspectiva, os direitos a prestações em sentido amplo abrangem todos os direitos a uma ação estatal positiva, que pode configurar “[...] desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais e alcança até as prestações em dinheiro e outros bens.”³⁶⁹ Já os direitos a prestações em sentido estrito consistem em “[...] direitos do indivíduo em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares.”³⁷⁰ Nesta categoria, segundo o jurista alemão, se inserem os direitos sociais como o direito à educação.

As liberdades, segundo Alexy, estariam relacionadas ao conceito de permissão e corresponderiam a uma alternativa de ação, ou seja, a possibilidade de fazer ou não fazer algo³⁷¹, e as competências se referem à capacidade de criar ou alterar posições jurídicas, estando relacionadas ao poder jurídico dirigido a determinada ação, impondo certas obrigações.³⁷²

Canotilho, discorrendo sobre a problemática dos Direitos a Prestações como decorrência da temática da dimensão subjetiva dos direitos sociais (tema que será enfrentado no decorrer deste estudo), divide o assunto em direitos originários a prestações e direitos derivados a prestações. Os primeiros, isto é, os direitos originários a prestações se manifestam quando “[...] (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao

³⁶⁸ *Ibid*, p. 201-202.

³⁶⁹ *Ibid*., p. 442.

³⁷⁰ *Ibid*., p. 499.

³⁷¹ OLSEN, *op. cit.*, p. 50.

³⁷² ALEXY, *op. cit.*, p. 239-247.

exercício efetivo desses direitos; (3) e à faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.”³⁷³

Assevera Canotilho que a garantia da proteção jurídica desses direitos originários às prestações pressupõe uma atuação positiva dos órgãos dos poderes públicos, circunstância essa que leva uma significativa parte da doutrina a negar sua configuração como verdadeiros direitos. No entendimento do jurista português, a compreensão dos direitos sociais como direitos originários implicaria numa mudança na função dos direitos fundamentais, reconhecendo ele, existir “[...] uma verdadeira *imposição constitucional*, legitimadora, entre outras coisas, de transformações económicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos [...]”, além de demandar “[...] uma interpretação das normas legais de modo conforme com ‘a constituição social económica e cultural [...]’.”³⁷⁴ (Grifos no original)

Os direitos derivados a prestações se traduzem como o “[...] direito dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estaduais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes [...]”, não podendo os poderes públicos eliminar, sem compensação ou alternativa o núcleo essencial já realizado desses direitos, integrando o patrimônio jurídico subjetivo do indivíduo, e, por tal razão, traduzem em uma garantia ao grau de concretização já obtido, ou em outras palavras, numa “[...] *cláusula de proibição de evolução reaccionária* ou de *retrocesso social* [...]”.³⁷⁵ (Grifos no original)

A proposta classificatória de Sarlet, inspirada na doutrina de Alexy e consequentemente de Jellinek, tem por base as diferentes funções exercidas pelos direitos fundamentais. Por esse critério os direitos fundamentais podem ser divididos em direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos fundamentais como direitos a prestações. Os primeiros se referem àqueles direitos do indivíduo tendentes a protegê-lo contra as ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. O segundo grupo, os direitos fundamentais como direitos a prestações, se relacionariam aos direitos fundamentais de segunda dimensão e estariam ligados “[...] à concepção de que ao Estado incumbe, além da não-intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais [...]”.³⁷⁶ Estes, o direitos

³⁷³ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 477.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 477-478.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 478-479.

³⁷⁶ SARLET, *op. cit.*, p. 162-185.

fundamentais como direitos a prestações, se bifurcariam em direitos a prestações em sentido amplo e em sentido estrito.

Para Sarlet, vinculados a grupo dos direitos fundamentais como direitos à prestação estariam os direitos de defesa *lato sensu* que alcançariam “[...] todos os direitos fundamentais de natureza tipicamente (ou, no mínimo, predominantemente) prestacional que não se enquadram na categoria dos direitos de defesa”, alcançando ainda os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento.³⁷⁷

Os direitos à proteção seriam as “[...] posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerências de terceiros [...]”. Os direitos na organização e procedimentos seriam “[...] autênticos direitos subjetivos (fundamentais) de proteção por meio da (e participação na) organização e do procedimento.”³⁷⁸

Ainda por essa vertente, os direitos a prestações em sentido estrito que correspondem ao *status positivus socialis*, são os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional e “[...] objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada.”³⁷⁹

Rebatendo as críticas lançadas sobre a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa (direitos negativos) e direito a prestações (direitos positivos), ressalva Sarlet que essa dicotomia classificatória não quer dizer que cada modalidade seja exclusiva e estanque, pois declara que existem direitos sociais que reclamam uma abstenção do Estado e não uma ação ou prestação por parte do Estado (exemplo do direito de greve e do direito à liberdade sindical), aos quais denomina de *liberdades sociais* e, por outro lado, direitos de defesa que reclamam prestações positivas por parte do Estado para a sua concretização. (Grifos da autora)

Argui o mestre gaúcho, nesta linha de raciocínio, que os direitos fundamentais possuem dúplice função negativa e positiva, e, citando Holmes e Sunstein, destaca que “[...] também os direitos tradicionalmente definidos como negativos acarretam encargos econômicos e financeiros substanciais para o poder público (um sistema eficiente de

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 168-189.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 194.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 199.

segurança pública e de administração judiciária, por exemplo), sendo, neste sentido, direitos positivos.”³⁸⁰

Por essa breve análise é possível situar o direito à educação no âmbito dos direitos sociais, mais especificamente integrante da categoria dos direitos a prestações em sentido estrito, por demandar do Estado, como regra geral, uma série de ações tendentes a concretizá-lo, promovê-lo e implementá-lo.

Essa, basicamente, é a lição de Maliska:

O direito à educação é típico direito de prestação em sentido estrito (prestação fática, direito fundamental social). 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.³⁸¹

O direito à educação ainda pode se apresentar, de conformidade com a classificação acima apresentada, na modalidade de direitos de defesa*, ou direito a prestações, como ocorre com a garantia do fornecimento do ensino fundamental obrigatório e gratuito, constante do inciso I, artigo 208 da Constituição brasileira.

O direito à educação, em alguns de seus aspectos normativos, pode ainda se subsumir em direito originário a prestações ou direito derivado a prestações, *status* esse que não lhe subtrai a força normativa, pois “[...] a sua efetivação não se reduz a um simples ‘apelo’ ao legislador, mas constitui uma verdadeira *imposição Constitucional*.”³⁸² (Grifos no original)

Feita essa digressão, importa, nessa linha de raciocínio, examinar, mesmo que de forma perfunctória, a forma como o direito à educação (como direito fundamental social) encontra-se positivado em nosso ordenamento jurídico, ou seja, como se dá no nosso sistema constitucional a normatização deste direito e qual o efeito (ou efeitos) decorrentes dessa formalização.

e) Modelos de Normas de Direitos Fundamentais - Princípios e Regras

O direito à educação como direito fundamental social pode subsumir-se por meio de normas, na espécie de regras ou princípios. Seguindo a diretiva de Müller, pela qual “Os direitos humanos não são ‘valores’, mas normas”. Todavia, subjacentes a tais direitos “[...]”

³⁸⁰ *Ibid.*, p. 198-204.

³⁸¹ MALISKA, *op. cit.*, p. 153.

* Isso ocorre, por exemplo, quando no artigo 206 da Constituição Federal se garante do direito de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte o saber; ou ainda, quando se preconiza o direito da livre iniciativa privada na oferta do ensino (artigo 209 da Constituição Federal).

³⁸² MALISKA, *op. cit.*, p. 148.

estão representações de valores da dignidade, liberdade e igualdade de todos os seres dotados de semblante humano”³⁸³ e que, direitos fundamentais e normas de direitos fundamentais não são a mesma coisa, mas guardam entre si estreitas conexões³⁸⁴. Com efeito, necessário traçar uma sintética distinção entre ambos para o desenvolvimento do presente estudo.

Os direitos fundamentais são os direitos da pessoa humana, consagrados como fundamento de um dado Estado e por tal razão positivados constitucionalmente. Eles “[...] determinam a base da Constituição e estão em posição de destaque na ordem Constitucional, vinculando todo o ordenamento jurídico.”³⁸⁵ Já normas de direitos fundamentais, segundo lição de Alexy, “[...] são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.”³⁸⁶

Os direitos fundamentais, na perspectiva constitucional pátria, não formam um sistema separado e fechado, mesmo porque, além de expressamente consagrados na Constituição brasileira, o conceito materialmente aberto de tais direitos (art. 5º, § 2º), estes também encontram-se esparsos ao longo do texto constitucional e até mesmo em tratados internacionais.³⁸⁷

Por estarem os direitos fundamentais inseridos num plano constitucional, condicionando a realidade social e sendo por ela condicionado, num processo dialógico e constante, pode-se afirmar, com base em grande parte da doutrina nacional e alienígena, que o sistema dos direitos fundamentais e a própria Constituição constitui um sistema aberto de regras e princípios.³⁸⁸

Assim, os direitos fundamentais podem se revelar como princípios e regras*, já que regras e princípios são espécies de normas, pois ambos dizem o que deve ser,³⁸⁹ todavia não se confundem, possuindo diferenças sensíveis e determinantes da sua natureza, alcance e função no plano constitucional.

³⁸³ *Apud GALINDO, op. cit., p. 77.*

³⁸⁴ *ALEXY, op. cit., p. 50.*

³⁸⁵ *MALISKA, op. cit., p.57.*

³⁸⁶ *ALEXY, op. cit., p. 76.*

³⁸⁷ *SARLET, op. cit., p. 71.*

³⁸⁸ *CANOTILHO, op. cit., p. 1.159.*

* Complementa Alexy, a respeito do caráter aberto dos direitos fundamentais, albergando regras e princípios como espécies normativas, que “De início elas são *ou* regras (normalmente incompletas) *ou* princípios.”, mas podem incorporar um “[...] caráter duplo se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos.” (*ALEXY, op. cit., p. 141.*). Cf. Barroso, “O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípio e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva.” (*BARROSO, Luís Roberto (org.). Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito civil constitucional brasileiro. In: _____ (org.). Nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-48.*)

³⁸⁹ *ALEXY, op. cit., p. 87.*

Segundo o critério da generalidade, os princípios “[...] são normas com grau de generalidade relativamente alto [...]”, enquanto que as regras possuem um grau de generalidade relativamente baixo.³⁹⁰ Outra diferença entre as espécies normativas em questão repousa no fato de que os princípios seriam mandamentos de otimização, e como tais podem ser satisfeitos em graus variados, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, e as regras, por sua vez, são ou não satisfeitas, pois “[...] se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos, o que revela uma distinção qualitativa [...]”.³⁹¹

A questão de conflito entre as regras e a colisão de princípios igualmente denota de forma clara a diferença entre ambos. Havendo conflito entre as regras, este somente pode ser solucionado se se introduz, em umas das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se, pelo menos uma das regras for declarada inválida. Se, porém, dois princípios colidirem, um deles terá que ceder, o que não significa que “[...] o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção.”³⁹² Portanto, a decisão entre o conflito entre regras se resolve no aspecto de sua validade e a decisão que envolve colisão entre princípios se define sob a dimensão do peso,³⁹³ por uma atividade denominada de ponderação.

Barroso, discorrendo sobre a normatividade dos princípios, fenômeno típico do pós-positivismo moderno, elenca três funções desempenhadas pelos princípios: “[...] a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete”. Alerta o mencionado jurista que essas mudanças perpetradas por esse novo paradigma devem ser abstraídas pela moderna dogmática, imprescindível para a superação do positivismo legalista.³⁹⁴

Outra questão importante que se encontra intimamente ligada ao estudo da normatividade dos direitos fundamentais reside na influência dos valores.

Com efeito, não há que se desprezar a dimensão axiológica dos princípios, de sorte que os “[...] direitos fundamentais são analisados enquanto valores, haja vista que, a sua própria existência deriva das concepções acerca dos direitos humanos, estes sempre tendo uma fundamentação axiológica.”³⁹⁵

Os valores podem ser definidos como “[...] opções ético-sociais básicas que devem presidir a ordem política, jurídica, econômica e cultural”, ou ainda como destaca Eusébio

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 87.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 91.

³⁹² *Ibid.*, p. 93.

³⁹³ *Ibid.*, p. 92-94.

³⁹⁴ BARROSO, *op. cit.*, p. 1-48.

³⁹⁵ GALINDO, *op. cit.*, p. 71.

Fernandez, seria o “[...] fundamento ético, axiológico ou valorativo, em torno de exigências que consideramos imprescindíveis como condições inescusáveis de uma vida digna, é dizer, (*sic*) de exigências derivadas da ideia de dignidade humana.”³⁹⁶

Princípios e valores “[...] mostram-se, na sua essência, estruturalmente iguais, exceto pelo fato de que o primeiro de situa no âmbito deontológico (no âmbito do dever-ser), e o segundo, no âmbito axiológico (no âmbito do bom).”³⁹⁷

A tendência positivista é no sentido de excluir os valores do plano da normatividade social, amparado num entendimento de cunho empirista e racionalista (cientificista), segundo o qual direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa, devendo a ciência do direito, por essa vertente, fundar-se em juízos de fato e não em juízos de valor.³⁹⁸

Essa rigidez positivista tem cedido espaço ante a tendência neopositivista (ou pós positivista), de se inserir (ou ao serem dinamizados) na Carta Política do Estado, princípios de grande densidade valorativa como a dignidade da pessoa humana*, a igualdade, a solidariedade, entre outros. Isso confere aos direitos fundamentais e à própria Constituição*, como um todo, além da índole normativa, um caráter axiológico que lhe permeia as normas e delas não pode ser separado sob pena de perda de sua identidade.

Tanto é assim que a Constituição brasileira revela expressamente em seu preâmbulo sua vocação à efetivação dos direitos sociais e individuais, destacando como valores supremos de uma sociedade fraterna a liberdade, a segurança, bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

3.2 DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO

³⁹⁶ GARCIA, Maria. O constitucionalismo do século XXI num enfoque juspositivista dos valores humanos e dos princípios fundamentais do direito. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 181-205.)

³⁹⁷ ALEXY, *op. cit.*, p. 153.

³⁹⁸ BARROSO, *op. cit.*, p. 1-48.

* Na lição de Häberle a dignidade da pessoa humana seria um valor constitucional supremo, que “[...] funda o ‘tipo’ de ‘Estado constitucional’, como ‘valor constitucional supremo’.” (*Apud*, QUEIROZ, *op. cit.*, p. 19.)

* A esse respeito Luís Roberto Barroso (2008) menciona que “O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação ente ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializaram-se em princípios, que passaram a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.” (BARROSO, *ob. cit.*, p. 1-48.)

A concepção liberal burguesa de que os direitos fundamentais se destinam exclusivamente a proteger o ser humano do Estado, defendendo-o em sua autonomia individual, relegando ao mercado a tarefa de equacionar adequadamente os problemas e conflitos que surgissem na sociedade, encontra-se superada pelo advento do Estado Social, o qual promoveu um “[...] redimensionamento das funções do Estado, que passou a assumir uma série de novas tarefas e encargos, dentre as quais a de cuidar da saúde e da educação, da população carente, disciplinar mercados, proteger trabalhadores dos seus patrões e proporcionar assistência aos idosos e desamparados”.³⁹⁹

Modernamente, os direitos fundamentais são tidos como “[...] pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo como para a comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre; a comunidade só é livre se for composta por homens livres e dignos.”⁴⁰⁰ Assente nesta realidade encontra-se Canotilho, que discorrendo sobre a importância da realização do direito à educação afirma, categoricamente, que “[...] abaixo de um certo nível de bem-estar material, social, de aprendizagem e de educação, as pessoas não podem tomar parte na sociedade como cidadãos e, muito menos, como cidadãos iguais”.⁴⁰¹

Grande parte dos doutrinadores se refere à existência de uma dupla dimensão* dos direitos fundamentais, uma subjetiva, outra objetiva. Isso se justifica pelo fato de que

os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual.⁴⁰²

A dupla dimensão dos direitos fundamentais implica que o âmbito de proteção de tais direitos não se restrinja à esfera individual, como direitos reforçados que conferem ao particular o poder de exigir do Estado a fruição dos bens protegidos pelo direito fundamental, mas compreende também “[...] uma ordem objetiva de valores que legitima a ordem jurídico-

³⁹⁹ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-313.

⁴⁰⁰ ANDRADE, *op. cit.*, p. 110.

⁴⁰¹ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 474.

* Andrade (2001) refere-se para designar a dupla dimensão dos direitos fundamentais as expressões *dupla natureza*, *duplo caráter* e *dupla função*. (ANDRADE, *op. cit.*, p. 110.) (grifos da autora)

⁴⁰² *Ibid.*, p. 111.

constitucional do Estado, que condiciona constitutivamente a atuação dos poderes constituídos e que irradia uma força expansiva a todos os ramos do direito.⁴⁰³

Importante para o presente estudo a análise, mesmo que perfunctória dessas dimensões já que ambas refletem no modo de ser dos direitos fundamentais e, conseqüentemente do direito à educação, quanto ao seu alcance e efetividade, seja perante a ordem jurídica ou política, já que, pela dimensão objetiva os efeitos dos direitos fundamentais extravasam a relação indivíduo-Estado, para ordenar a própria vida social.⁴⁰⁴

a) Dimensão Objetiva

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais é decorrência da superação da concepção liberal burguesa dos direitos fundamentais como direitos de defesa e por isso subjetivamente contraposta ao Estado.

Conforme ressalta Sarlet, muito embora certos delineamentos do que hoje se entende por dimensão objetiva dos direitos fundamentais já se apontavam no primeiro pós-guerra, foi, contudo, com a Lei Fundamental Alemã de 1949 que esta doutrina se desenvolveu, com a decisão pela Corte Federal Constitucional Alemã, no caso *Lüth*,* em que, na mesma linha de entendimento formulado em julgados anteriores dessa Corte, ficou

[...] consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.⁴⁰⁵

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais encontra-se atualmente difundida doutrinariamente, representando, antes de tudo, uma ideia de complemento, expansão ou

⁴⁰³ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Lisboa: Coimbra, 2003, p. 57-58.

⁴⁰⁴ ANDRADE, *op. cit.*, p. 111.

* Cf. Sarmento, o caso *Lüth*, “[...] tratava-se de uma discussão relativa à legitimidade de um boicote contra um filme dirigido pelo cineasta Veit Harlan, de passado nazista, organizado pelo presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, em 1950. A produtora e distribuidora do filme insurgiram-se contra o boicote e obtiveram decisão injuntiva da Justiça Estadual de Hamburgo, determinando a sua cessação, com base no art. 826 do Código Civil Alemão, segundo o qual ‘quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano’. Irresignado com o julgamento, Lüth interpôs queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) para o Tribunal Constitucional. Este acolheu o recurso, fundamentando-se no entendimento de que cláusulas gerais do direito privado, como ‘bons costumes’ referidos no art. 826 do BGB, têm de ser interpretadas ao lume da ordem de valores sobre o qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo [...]” (SARMENTO, *op. cit.*, p. 261-262.)

⁴⁰⁵ SARLET, *op. cit.*, p. 143.

mesmo desenvolvimento dos direitos fundamentais.⁴⁰⁶ Todavia, o conteúdo desta dimensão e seu alcance carecem de consenso na doutrina e jurisprudência, “[...] coincidindo, pelo menos, na sua tradução em deveres de conformação institucional e de organização e procedimento, bem como em deveres de prestações que impendem objectivamente sobre o Estado”.⁴⁰⁷

O estudo da dimensão objetiva dos direitos fundamentais perpassa uma reflexão sobre três formas de conceber esses direitos, melhor dizendo, três teorias orientadas pela insurgência à concepção liberal tradicional de direitos fundamentais⁴⁰⁸, a saber, como garantias institucionais, como uma ordem de valores e teoria social.*

Segundo a teoria institucional, os direitos fundamentais seriam compreendidos como *garantias institucionais*, nas quais um “[...] conjunto jurídico-normativo regula um determinado setor da realidade econômica, social ou administrativa em torno de um <<direito>> fundamental e em vista de sua realização”. Seriam, por assim dizer, alguns institutos ou mesmo instituições existentes no ordenamento jurídico aos quais a Constituição quer reconhecer e “[...] assegurar proteção especial na sua essência ou nos seus traços característicos.”⁴⁰⁹ (Grifos no original)

Essa teoria, denominada por Häberle de concepção global institucional dos direitos fundamentais, considera os direitos fundamentais como garantias institucionais, enquanto complexos normativos, fáticos e até metafísicos, protegidos constitucionalmente, e, “[...] por esse fato, o legislador teria de respeitar e o Estado teria de garantir [...]”,⁴¹⁰ como são, por exemplo, o reconhecimento da autonomia privada, o casamento, a propriedade, a imprensa, a herança, a família, o contrato, entre outras.

A teoria da Constituição como integração de Rodulf Smend (antecedente da concepção axiológica dos direitos fundamentais e, por consequência, da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais) defende que a função essencial da Constituição seria “[...] promover a integração na comunidade, o que só é possível a partir da tutela dos valores, que sejam vividos e socialmente compartilhados.”⁴¹¹ Segundo essa teoria, nas palavras de

⁴⁰⁶ NOVAIS, *op. cit.*, p. 59,

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 67.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 61.

* Dentre os que exploram esse posicionamento, sob alguns aspectos, citam-se Daniel Sarmiento, *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*, In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, p. 261-262; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição de 1976*, p. 109-155; Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 59-95.

⁴⁰⁹ ANDRADE, *op. cit.*, p. 139.

⁴¹⁰ NOVAIS, *op. cit.*, p. 62.

⁴¹¹ SARMENTO, *op. cit.*, p. 260.

Sarmiento “[...] o mais essencial numa constituição são os valores fundamentais em que esta se apoia, e a principal fonte desses valores encontra-se nos direitos fundamentais.” Sendo assim, “À medida que os direitos fundamentais proclamam um sistema de valores sobre o qual repousa a unidade da ordem jurídica, já será possível postular a irradiação dos seus efeitos sobre todo esse ordenamento.”⁴¹²

A teoria social dos direitos fundamentais preconiza um “[...] reforço *extensivo* dos direitos de defesa, no sentido de um alargamento qualitativo do objecto e âmbito de protecção dos direitos fundamentais”, resultante da posição estatal como Estado social e democrático. Preconiza uma releitura dos direitos fundamentais, não mais tido como direitos de defesa, ou seja, da liberdade perante o Estado, mas também liberdade através do Estado, representando o reconhecimento dos direitos sociais, como uma reinterpretação *social* dos tradicionais direitos de liberdade.⁴¹³ (Grifos no original)

Esse processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direito objetivo enquadra-se, de outra banda, naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais (*Grundrechtswandel*) provocada não só – mas principalmente – pela transição do modelo de Estado Liberal para o do Estado Social e Democrático de Direito, como também pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal.⁴¹⁴

Assim os direitos fundamentais apresentam, além da sua função de defesa, igualmente a função de fomento da liberdade, pois são concebidos como encargos sociais jurídico-constitucionalmente vinculativos, o que significa que os direitos fundamentais “[...] representam decisões constitucionais jurídico-objetivas de valor que são válidas em todos os domínios da ordem jurídica e que dão directivas à legislação, à administração e à jurisprudência.”⁴¹⁵

Essa conformação não se encontra imune de um sopesamento no tocante à oportunidade, valorações e prognóstico do legislador, e deverá ser examinada sob o crivo da necessidade de exercício do direito fundamental, como forma de comparação e controle, de forma que, “[...] quanto mais gravosa for a diminuição das oportunidades fáticas de liberdade,

⁴¹² *Ibid.*, p. 260-261.

⁴¹³ NOVAIS, *ob. cit.*, p. 65.

⁴¹⁴ *Apud* SARLET, *op. cit.*, p. 151.

⁴¹⁵ NOVAIS, *op. cit.*, p. 74-75.

mais será a força vinculativa dos impulsos que emanam das disposições de direitos fundamentais.”⁴¹⁶

Ínsita à dimensão objetiva dos direitos fundamentais encontra-se aquilo que Andrade chamou de eficácia externa ou eficácia irradiante destes direitos. Por essa teoria, de certa forma ligada à teoria dos valores, os direitos fundamentais, como ordem objetiva ou sistema de valores, possuem uma “[...] força conformadora, potencialmente expansiva a toda ordem jurídica [...]”⁴¹⁷ apta a reger a administração, o legislador e o poder judicial, com base em seus preceitos e diretivas de atuação, sendo certo também que esse efeito externo extrapola a relação vertical estabelecida entre indivíduo-Estado para se espriar nas relações horizontais entre particulares.⁴¹⁸

Colhe-se ainda, desse efeito irradiante dos direitos fundamentais, o princípio da proibição de *défice*, muito importante ao estudo que aqui se trava, segundo o qual ao Estado cumpre garantir um mínimo de condições para a proteção dos direitos fundamentais, a ponto de se assim não atuar ser responsabilizado pela omissão, ou nas palavras de Breuer

[...] da dimensão objetiva dos direitos fundamentais resultará sempre, não apenas uma orientação substancial sobre o sentido a que deve obedecer a satisfação dos deveres estatais, como a garantia de um padrão mínimo de realização que, não sendo atingido, significará a violação de uma proibição constitucional de *défice* de actuação que vincula juridicamente os poderes do Estado, inclusivamente em termos de poder configurar a existência *definitiva* de pretensões ou direitos subjetivos à respectiva actuação sempre que esteja em causa a garantia dos pressupostos mínimos ao exercício da liberdade.⁴¹⁹ (Grifos no original)

O efeito da irradiação manifestada pela perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não se restringe aos contornos acima expostos, alcança, igualmente, a seara da organização e ao procedimento das atividades públicas.⁴²⁰ Isso implica imposição de existência de normas procedimentais e de organização de tal forma comprometidas com os direitos fundamentais, aptas a conferir efetividade a esses direitos ou que se proceda a ponderação dos valores fundamentais em questão. Neste contexto, variando o caráter vinculativo da imposição de acordo com os direitos e em face da indeterminação do imperativo de conformação, defende Andrade um controle intrínseco das opções legislativas,

⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 75-76.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 80.

⁴¹⁸ ANDRADE, *op. cit.*, p. 139.

⁴¹⁹ *Apud* NOVAIS, *op. cit.*, p. 76-77.

⁴²⁰ ANDRADE, *op. cit.*, p. 145.

em sendo violado um conteúdo essencial ou mínimo adequado de proteção de um direito fundamental.⁴²¹

Esse efeito de irradiação que compreende o direito a procedimentos e organização tendentes à efetivação dos direitos fundamentais será explorado mais detalhadamente ao se tratar da efetividade conferida às normas de direitos fundamentais, por serem assuntos umbilicalmente vinculados.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais pode ainda constituir em deveres concretos de atuação estatal de forma a garantir a proteção dos direitos fundamentais contra ataques oriundos da atividade pública como também de particulares, e como bem observa Olsen essa dimensão ressalta “[...] o caráter positivo que todos os direitos fundamentais podem assumir, mesmo os clássicos direitos de defesa, na medida em que todos exigiriam – como função autônoma e independente de sua subjetividade – a proteção do Estado, para o qual, por certo necessário se faz a adoção de medidas prestacionais”,⁴²² e evidentemente, demandam um custo do Estado.

A força normativa que decorre da dimensão objetiva dos direitos fundamentais vai dirigir e também determinar a atuação Estatal, conformando a atuação dos poderes públicos nas diversas esferas e atividades, impondo a estes uma atuação conforme os valores subjacentes aos direitos fundamentais, considerados padrões para a atuação do Estatal na realização de seus objetivos.

A dimensão objetiva do direito à educação reflete para o Estado

[...] um dever de atuar positivamente, seja i) criando condições normativas adequadas ao exercício desse direito (legislação), seja ii) na criação de condições reais, com estruturas, instituições e recursos humanos (as chamadas garantias institucionais relacionadas diretamente a direitos fundamentais). Para desincumbir-se satisfatoriamente desse dever, o Estado deve, portanto, intervir positivamente (afasta-se a idéia de subsidiariedade, típica do contexto econômico do Estado liberal).⁴²³

Assim, a dimensão objetiva do direito fundamental social à educação vai implicar um amplo e profundo comprometimento do Estado e também da sociedade com os princípios e objetivos educacionais plasmados no catálogo constitucional, condicionando a atuação dos poderes estatais, redefinindo suas funções e dinamizando suas competências de forma a se pautar na materialização do projeto educacional idealizado pela sociedade brasileira.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 148.

⁴²² OLSEN, *op. cit.*, p. 93-94.

⁴²³ TAVARES, *op. cit.*, p. 771-788.

b) Dimensão subjetiva

Se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais condiciona os poderes estatais à concretização dos direitos fundamentais sociais, os quais consistem no núcleo axiológico da Constituição, não é menos verdade que a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais sociais vincula, especificamente, a atividade judiciária na efetivação destes direitos, conferindo-lhes acionabilidade e/ou judiciabilidade por excelência.

Necessário destacar de forma preliminar que os direitos subjetivos não se limitam aos clássicos direitos de defesa de raiz liberal e burguesa, não obstante a nota da subjetividade seja mais acentuada nesta modalidade de direitos.⁴²⁴

Segundo a lição de Kelsen, “A essência do direito subjetivo, que é mais do que simples reflexo de um dever jurídico, reside em que uma norma confere a um indivíduo o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento de um dever jurídico.”⁴²⁵ Esse conceito conduz à noção de que “O direito subjetivo individual é feito valer através do direito de ação, pelo qual aquele que tem interesse (substancial) provoca o órgão jurisdicional do Estado (Poder Judiciário) para obter uma sentença e se necessário sua execução forçada, contra outra parte que lhe deve (uma prestação, uma ação ou uma omissão).”⁴²⁶

Como bem observa o autor “O direito romano clássico era um direito de ação: dava-se uma ação para que uma parte pudesse obter de outrem, compulsoriamente, exercitando a violência necessária, sob a fiscalização do pretor, o que lhe parecia devido. Assim, como no caso do direito inglês tradicional, a ação antecede o direito (*remedy precedes right*).”⁴²⁷

Muitos doutrinadores atribuem aos direitos fundamentais sociais esse atributo, conferindo a estes todos os efeitos dos direitos fundamentais de defesa, inclusive o de ser um direito subjetivo, pelo simples fato de serem reconhecidos constitucionalmente como fundamentais ao ser humano, ou seja, pela proeminência do interesse por eles tutelado.*

⁴²⁴ SARLET, *op. cit.*, p. 153.

⁴²⁵ *Apud* FARIA, *op. cit.*, p. 114.

⁴²⁶ *Ibid.*, p. 128.

⁴²⁷ *Ibid.*, p. 128.

* Sobre esse entendimento Novais, citando Alexy, assevera que “[...] partindo de uma concepção própria da natureza *principal* dos direitos fundamentais e da conseqüente necessidade da otimização da sua proteção, bem como do seu caráter essencialmente subjectivo, considera que, à partida, as exigências de garantia do interesse protegido pela norma jusfundamental determinam o reconhecimento *prima facie* de um direito subjectivo [...]”. (*Apud* NOVAIS, *op. cit.*, p. 96)

Convém pontuar que, por todos os vieses que se examina, o sentido de direito subjetivo parece estar ligado à possibilidade de exigir judicialmente um direito conferido por um ordenamento jurídico.

Assim, quando se fala em direito subjetivo se tem em mente “[...] a possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.”⁴²⁸

Essa dimensão subjetivista assume, nas palavras de Novais, um caráter complementar à dimensão objetiva, pois se dirige à exigibilidade de concretização no plano individual:

Como defendemos, é, com efeito, o reconhecimento da possibilidade de o indivíduo poder exigir ou ver judicialmente sancionado o cumprimento do dever jurídico a que o Estado está obrigado que, do ponto de vista do particular, acrescenta algo àquilo que resultava já da dimensão objectiva do direito fundamental, ou seja, no essencial, à existência objectiva do próprio dever imposto ao Estado pela norma de direito fundamental.⁴²⁹

Muito embora o ponto nuclear de um direito subjetivo radicar na sua acionabilidade, esta não pode consumir toda a dimensão subjetiva de um direito fundamental, pois, conforme denota Olsen “A exigibilidade não é condição de existência do direito, ele não existe porque é exigível. Ele existe, razão pela qual deve ser exigível”⁴³⁰, ou ainda, com bem destaca Andrade, é na “[...] possibilidade de o particular se autodeterminar numa área juridicamente tutelada, desde logo, pela imposição ao Estado dos correspondentes deveres de observância, no mínimo, do dever geral de abstenção ou respeito”, que reside a perspectiva subjetivista dos direitos fundamentais.⁴³¹

Essa constatação tem implicações no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais em que o direito assume um caráter prestacional, ultrapassando a mera abstenção de intervenção Estatal na esfera da liberdade particular. Essa inversão, decorrente da *força dirigente e determinante* dos direitos a prestações (direitos econômicos, sociais e culturais), faz com que o objeto da pretensão jurídica dos direitos subjetivos mova-se de uma *pretensão de omissão* dos poderes públicos, para uma *proibição de omissão*, ou seja, um direito de

⁴²⁸ SARLET, *op. cit.*, p. 154.

⁴²⁹ NOVAIS, *op. cit.*, p. 99.

⁴³⁰ OLSEN, *op. cit.*, p. 96.

⁴³¹ *Apud* NOVAIS, *op. cit.*, p. 99.

exigir do estado uma prestação no sentido de assegurar a realização dos direitos fundamentais assegurados.⁴³² (Grifos no original)

Canotilho, sem qualquer ressalva, abordando a dimensão subjetiva dos direitos sociais, defende a natureza subjetivista desta categoria de direitos:

Os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos **subjetivos** inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exeqüibilidade imediatas. Assim, o direito à segurança social (art. 63º), o direito à saúde (art. 64º), o direito ao ambiente e qualidade de vida (art. 66º), o direito à educação e cultura (art. 73º), o direito ao ensino (art. 74º), o direito à formação e criação cultural (art. 78º), o direito à cultura física e desporto (art. 79º), são direitos com a mesma dignidade subjetiva dos direitos, liberdades e garantias. Nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas reentrantes no âmbito de protecção destes direitos [...].⁴³³ (Grifo no original)

Nesta mesma linha, apenas com alguma diferença semântica, Queiroz (2006) defende o entendimento que os direitos fundamentais, como posições jurídicas, podem, perfeitamente, apresentarem-se como direitos subjetivos, desde que possam ser feitos valer em justiça pelo respectivo titular.⁴³⁴

Todavia, mesmo representando um posicionamento minoritário atualmente, alguns doutrinadores são reticentes quanto ao carácter subjetivista dos direitos fundamentais sociais. Necessário que se teçam algumas observações quanto a este posicionamento, no sentido de se dirimir dúvida a respeito, mesmo porque, o desiderato constitucional quanto ao bem-estar social somente será alcançado se a estes direitos for reconhecida a capacidade de vinculação de seus destinatários (obrigados) à sua realização.⁴³⁵

Entre os que colocam a questão da natureza dos direitos fundamentais sociais (por constituírem em direitos à prestação) como integrantes de categorias normativas de baixa normatividade e, por consequência, negando-lhe um carácter subjetivista, se insere José Afonso da Silva, o qual apresenta uma classificação das normas constitucionais em normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida; nestas últimas estariam inseridas as normas definidoras de princípio institutivo e as definidoras de princípios programáticos.⁴³⁶

⁴³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 365.

⁴³³ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 476.

⁴³⁴ QUEIROZ, *op. cit.*, p. 149.

⁴³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 83.

⁴³⁶ SILVA, *op. cit.*, p. 135- 164.

Pela importância que apresenta ao estudo dos direitos fundamentais sociais, convém deter-se, mesmo que de forma sucinta, no exame desta espécie normativa.

A origem das normas programáticas, de acordo com Silva, remonta do conjunto de princípios que formam o chamado conteúdo social das constituições que estabelecem fins e programas de ação futura com conteúdo social democrático, possuindo, geralmente, grande imprecisão, o que compromete sua eficácia e aplicabilidade imediata e nessa categoria radicariam os direitos sociais.⁴³⁷

Conforme o entendimento do mencionado autor, como normas de eficácia limitada, estas normas dependeriam, para a sua completa aplicação, de uma atuação futura do legislador para lhe indicar o alcance e definir seu conteúdo. Neste contexto, o citado jurista define como normas institucionais de princípio programático aquelas que são “[...] traduzidas no texto supremo apenas em princípio, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários.”⁴³⁸ No entanto, Silva destaca que o fato de as normas programáticas dependerem de providências institucionais para a sua realização não lhes retira a sua eficácia,⁴³⁹ demonstrando, por outro lado, que “[...] sua aplicabilidade direta é reconhecida, como imposição constitucional aos órgãos públicos [...], nos limites dessa eficácia.”⁴⁴⁰

Eros Grau defende o posicionamento segundo o qual mesmo que as normas de direitos sociais estabeleçam a possibilidade de integração de seu conteúdo pelo legislador, ainda assim não estariam condicionadas a essa atividade para sua interpretação e aplicação, propondo assim uma crítica à classificação de José Afonso da Silva:

[...] afirmar que determinadas normas constitucionais têm sua eficácia dependente da edição de normas pelo legislador ordinário equivaleria a uma “*revogação de fato*”, sempre que o legislador omitisse no seu dever de concretizar a norma constitucional. Seria inverter a hierarquia das normas jurídicas, na medida em que uma lei ordinária acabaria por se sobrepor a uma norma constitucional.⁴⁴¹ (Grifos no original)

Não obstante reconhecer que a efetivação dos direitos sociais é mais complexa que as demais categorias, Barroso salienta que as regras que consagram os direitos sociais produzem efeitos diversos, os quais ele distribui em três grupos, a saber, a) aquelas que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção (no que ele inclui o direito

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 135- 164.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 137.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 135- 164.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 155.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 155.

⁴⁴¹ *Apud* OLSEN, *op. cit.*, p. 100.

de greve, constante do art. 9º; b) as que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado (sita como exemplo os direitos à proteção à saúde ínsitos no art. 196) e c) aquelas que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora (sendo exemplo dessa categoria o direito à proteção em face da automação, constante do art. 7º, XXVII).⁴⁴² Em síntese, preconiza o professor carioca que os direitos fundamentais sociais nas “[...] hipóteses em que não são prontamente desfrutáveis, dependem, em geral, de prestações positivas do Poder Executivo ou de providências normativas do Poder Legislativo”⁴⁴³, o que sedimenta seu entendimento pela diversidade de efeitos normativos das normas jusfundamentais sociais.⁴⁴⁴

Vezió Crisafulli defende que as normas definidoras de um esquema de atuação são tão preceptivas como qualquer outra, isso ocorre porque ao “[...] regularem comportamentos públicos destinados a incidir sobre determinadas matérias, são nessa medida vinculantes [...]”⁴⁴⁵

Comungando do efeito vinculante, das normas programáticas, Ferrari, citando Carvalho, preconiza que “Tais normas além de traduzirem um efeito inibitório para o Legislativo, Executivo e Judiciário, conferem ao seu destinatário o direito de exigir o cumprimento da prestação nela prevista, de modo que não altere o seu significado original, gerando, portanto, efeitos jurídicos, situações subjetivas.”⁴⁴⁶

Mesmo que assim não fosse, no ordenamento constitucional brasileiro, o caráter de direitos subjetivos atribuídos aos direitos fundamentais (incluindo-se também os sociais), foi reforçado pela expressa disposição neste sentido constante do art. 5º, § 1º, combinado com a garantia ínsita no art. 5º, XXXV, ambos da Constituição brasileira.*, o que será analisado com mais acuidade ao se analisar a questão da efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Olsen, repudiando o entendimento das normas de direitos fundamentais serem concebidas como normas programáticas, pelo fato de elas não estabelecerem simplesmente programas ou fins a serem cumpridos pelo Estado, mas, sobretudo, por atribuírem verdadeiros direitos aos seus titulares, admite que “[...] em alguns casos estes direitos serão abstratos, e

⁴⁴² BARROSO, *op. cit.*, p. 104-107.

⁴⁴³ *Ibid.*, p.108.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p.104.

⁴⁴⁵ *Apud* FERRARI, Maria Regina Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001 p. 173.

⁴⁴⁶ *Apud* FERRARI, *ibid.*, p. 222.

* Cf. A. Fioranelli Júnior, citado por Sarlet, “[...] os direitos sociais (mesmo de cunho prestacional), por força do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, possuem caráter de autênticos direitos subjetivos, já que o citado preceito, combinado com o art. 5º, inc. XXXV, de nossa Carta (inafastabilidade do controle judiciário), autoriza os tribunais a assegurar, no caso concreto, a efetiva fruição do objeto da prestação.” (SARLET, *op. cit.*, p. 306.

dependerão da atuação do intérprete, que mediante a ponderação, poderá identificar, no caso concreto, os direitos definitivos.”⁴⁴⁷

Seguindo esse direcionamento, oportuna é a referência à classificação dos direitos fundamentais sociais, como direitos *prima facie* e direitos definitivos. Essa distinção tem relevância, pois traz subsídios para a compreensão de alguns elementos que podem mitigar a exigibilidade dos direitos fundamentais prestacionais subjetivos em determinadas circunstâncias.⁴⁴⁸ (grifo no original)

De acordo com essa doutrina, se a posição ou situação do direito fundamental social está já suficientemente delimitada e estabilizada de forma a possibilitar uma “[...] aplicação substantiva que produza efeitos jurídicos individuais e concretos correspondentes àquele âmbito de proteção potencial [...]”, ter-se-ia um direito definitivo. Se, ao contrário, necessita o direito de concretização ou densificação substancial ou procedimental ou através de um processo de ponderação com outros princípios e valores inversos em observância ao caso concreto, podendo por estes critérios, ter sua aplicação obstada ou reduzida, confirmar-se-ia um direito *prima facie*.⁴⁴⁹ Merece algum comentário a questão dos direitos subjetivos *prima facie*, já que algumas questões envolvendo essa discussão serão ventiladas no presente trabalho.

Esse atributo contingente dos direitos sociais prestacionais subjetivos, *prima facie*, reflete uma tendência de se confrontá-lo com algumas balizas (critérios de ponderação) de forma a cercear a extensão e a intensidade de persecução de tais direitos, notadamente pelo impacto político e econômico que se alega resultar em face de uma aplicação mais livre. Estes critérios podem facilmente ser visualizados pela doutrina mais recente e consiste na mensuração do mínimo existencial, da dignidade da pessoa humana, da reserva do possível, da separação dos poderes, dentre outros.

No entanto, necessário destacar, na esteira de Olsen, que se “[...] todos os direitos fundamentais sociais prestacionais correspondem a direitos subjetivos *prima facie*, sua não realização somente se torna possível a partir de um processo de ponderação orientado pela argumentação jusracional”.⁴⁵⁰

Outra questão reincidente com relação ao estudo dos direitos fundamentais como direitos subjetivos é relativa à sua titularização, já que à primeira vista pode parecer que direitos sociais seriam, como a própria denominação expressa, direitos de titularidade

⁴⁴⁷ OLSEN, *op. cit.*, p. 107.

⁴⁴⁸ OLSEN, *op. cit.*, p. 107.

⁴⁴⁹ NOVAIS, *op. cit.*, p. 106.

⁴⁵⁰ OLSEN, *op. cit.*, p. 112.

coletiva. A respeito da importância da determinação da titularidade de tal direito, leciona Spana Musso:

[...] se o direito subjetivo público é uma situação jurídica subjetiva pela qual o ordenamento tutela um interesse individual mediante o reconhecimento ao titular de um poder da vontade respeitante às relações em prevalência do direito público, na realidade os interesses protegidos do ordenamento estatal são mais de caráter individual que coletivo, e o nosso ordenamento, quando diz ser ele merecedor de proteção, fornece-lhe a tutela constitucional, recorrendo à configuração dos institutos diferenciados, mas unidos a diverso título.⁴⁵¹

Há quem defenda que os direitos sociais são de titularidade coletiva e não direitos de titularidade individual, como argumento para negar-lhes a condição de direitos subjetivos, aptos a serem exigidos através de demandas judiciais.⁴⁵²

A respeito, Sarlet assevera que “[...] nem a distinção entre direitos individuais e sociais, nem mesmo a inserção de ambos os grupos de direitos em duas distintas (embora complementares e conexas) dimensões ou gerações [...] foi em si pautada pelo critério da titularidade individual ou coletiva dos direitos civis e políticos em relação aos direitos sociais.” Tanto os direitos sociais como os direitos individuais originaram-se de reivindicações “[...] gestados no âmbito de movimentos sociais – como direitos assegurados por força mesmo da dignidade de cada pessoa individualmente considerada.”⁴⁵³ Portanto, não há como negar seu cunho subjetivista.

Como observa Pérez Luño, nas palavras de Sarlet,

[...] embora os direitos sociais (como, aliás, se dá com os demais direitos humanos e fundamentais) sejam direitos da pessoa humana situada no seu entorno coletivo, isto não significa dizer que apenas possam ser exercidos no contexto coletivo (pela ação dos grupos ou coletividades), pois os direitos sociais encontram seu fundamento e sua função na proteção das pessoas no contexto de sua situação concreta na sociedade.⁴⁵⁴

Portanto, os direitos sociais, a exemplo dos direitos individuais (direitos civis e políticos) são tuteláveis individualmente, pois se referem à pessoa individualmente como portadora de dignidade, porém tal condição não afasta uma dimensão coletiva dos direitos sociais ou a possibilidade de os direitos sociais constituírem em direitos coletivos ou até

⁴⁵¹ *Apud* SIFUETES, *op. cit.*, p. 73.

⁴⁵² SARLET, *op. cit.*, p. 216.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 215.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 216.

difusos, mas refuta-se o posicionamento de que por serem designados sociais tais direitos são tutelados, exclusivamente, de forma coletiva.⁴⁵⁵

Colocando-se essa discussão no âmbito do direito à educação, fácil constar que o direito à educação trata-se de um direito fundamental social, integrando a segunda dimensão dos direitos fundamentais, situação essa que claramente já vinha sendo evidenciada pela história constitucional brasileira (o que já foi declinado neste trabalho), e que de forma ainda mais ampla e completa foi expressa na Constituição de 1988, não obstante já ter sido albergado com a recepção de declarações internacionais de direitos e tratados constitucionais pelo Estado brasileiro.

Analisando o núcleo normativo constitucional, no qual se insere o direito à educação, percebe-se que além de constar expressamente tal direito, no art. 6º da Constituição brasileira, como um direito social, este dispositivo legal integra a categoria dos direitos fundamentais, inserido no título II da Lei Maior, que cuida dos direitos e garantias fundamentais.

No entanto, o direito à educação também foi objeto de normatização constitucional ao se tratar da Ordem Social, nos artigos 205 a 214 (capítulo III). Essa análise dogmática não deve ser desassociada da perspectiva objetiva do direito fundamental social em questão.

Refletindo ainda sobre o complexo normativo em tela, verifica-se que o legislador distribuiu o direito à educação por diversas categorias normativas, ora delimitando expressamente seu conteúdo, ora delineando normas organizatórias e procedimentais e metas a serem alcançadas, impondo por vezes deveres ao Estado e a particulares ou até mesmo protegendo como garantia institucional.

Assim, sob uma perspectiva dogmática, e na esteira de Sarlet, percebe-se que os artigos 209 a 211 “[...] estabelecem as condições, organização e estrutura das instituições públicas e privadas no âmbito do sistema nacional educacional [...]”, sendo portanto, consideradas normas de cunho organizacional e procedimental. A norma do artigo 212 regula o financiamento do sistema de ensino brasileiro dispondo das fontes de seu custeio. O artigo 213, por sua vez, “[...] contém normas estabelecendo metas, prioridades e diretrizes para a aplicação e distribuição dos recursos públicos na esfera educacional [...]” e o artigo 214 estabelece critérios de planejamento e objetivos a serem atingidos pela educação a ser prestada.⁴⁵⁶

Entretanto são os artigos 205 a 208 que vão sedimentar o caráter subjetivo, por excelência, do direito à educação. O artigo 206 traz diversos princípios a serem observados

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 217-218.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, p. 333.

quanto à educação a ser oferecida, como o princípio da igualdade no acesso e permanência na escola (inciso I); o princípio de liberdade na aprendizagem e no ensino (inciso II); o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas (inciso III); a gratuidade do ensino público (inciso IV); a valorização dos profissionais de educação (inciso V). O artigo 207 alberga uma típica garantia institucional fundamental, assegurando a autonomia privada.⁴⁵⁷

O artigo 205, ao estabelecer que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família e que deverá promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, apresenta uma feição programática e também impositiva, não se constituindo, por si só um direito subjetivo, mas delinea com traços bem definidos a educação que se quer alcançar.⁴⁵⁸

Ainda nas palavras de Sarlet, “Bastariam estes exemplos para se rechaçar a tese de que o direito fundamental à educação, ao menos na condição de direito de defesa, não assumisse a feição de direito subjetivo.”⁴⁵⁹ Todavia, o artigo 208, em seus incisos preconiza uma série de direitos e garantias aos cidadãos no que diz respeito à forma e extensão da educação a ser prestada, atraindo, por outro lado, o dever estatal (expresso nesse sentido) de realizar a mencionada prestação. Não é só.

Não bastasse a garantia expressa no inciso I, do artigo 208 da Constituição brasileira, de que o ensino fundamental é obrigatório e gratuito, inclusive para aquelas pessoas que a ele não tiveram acesso em idade própria, o § 1º do art. 208, traz uma “[...] inequívoca declaração de que o acesso ao ensino obrigatório é direito público subjetivo”⁴⁶⁰ e que o seu não fornecimento ou fornecimento irregular pelo poder público acarreta a responsabilização da autoridade competente.

Nítida foi a intenção do legislador em imprimir ao direito à educação o caráter de subjetivo, nos moldes que foi preconizado no artigo 208 e seus incisos, notadamente pelo preceito constante do § 1º do artigo 208 da Constituição brasileira, não se olvidando do caráter preceptivo das demais normas constantes do conjunto normativo que erige o direito à educação a *status* fundamental, posto que são autênticas normas jurídicas, e, mesmo sem qualquer ato concretizador, estão aptas a produzir efeito.

3.3 EFICÁCIA E EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSAGRADORAS DO DIREITO À EDUCAÇÃO

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 333.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 333.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 334.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 335.

O estudo da eficácia e efetividade das normas que consagram o direito à educação (como direito fundamental social que é) se relaciona com a análise da materialização desta categoria normativa, levando-se em conta que há, entre a norma e realidade, uma constante e necessária tensão, e, pela observância das condições reais (naturais, técnicas, econômicas e sociais) é que a sua pretensão de eficácia jurídica se realizará.⁴⁶¹

Imbuído desse direcionamento é que se passa a analisar os conceitos, de eficácia e de efetividade das disposições jusfundamentais, sendo certo que, embora entrelaçados, tais conceitos não se confundem, aliás, eles mantêm uma íntima ligação com a questão da força normativa da Constituição.⁴⁶²

Inicialmente cumpre estabelecer uma distinção, a exemplo de Sarlet, entre eficácia social da norma, que compreende sua real obediência e aplicação no plano dos fatos (sentido esse relacionado à efetividade da norma) e a sua eficácia jurídica, que diz respeito à “[...] qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados [...]”.⁴⁶³ Por essa leitura, a eficácia refere-se aos atributos da “[...] aplicabilidade, exigibilidade ou exequibilidade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica” a um determinado caso concreto.⁴⁶⁴

A eficácia de uma norma traz como pressuposto sua vigência (estar ela vigorando em determinando ordenamento), sua aplicabilidade, e consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, “[...] para a irradiação das consequências que lhe são próprias [...]”, ou seja, a eficácia jurídica de uma norma “[...] designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos *típicos*, [...]”.⁴⁶⁵ (Grifo no original)

Por outro lado, a efetividade, conforme salienta Barroso, significa “[...] a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social.”⁴⁶⁶ (Grifos no original)

Sarlet, aderindo à concepção clássica de eficácia jurídica, engloba a eficácia jurídica e a social para o estudo da eficácia do direito, como aspectos diversos do mesmo fenômeno,

⁴⁶¹ HESSE, *op. cit.*, p. 10-15.

⁴⁶² SARLET, *op. cit.*, p. 235.

⁴⁶³ *Ibid.*, p. 237.

⁴⁶⁴ *Ibid.*, p. 237.

⁴⁶⁵ BARROSO, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 82-83.

mas situados em planos diferentes, o do *ser* e o do *dever ser*, intimamente ligados, na medida em que ambos são indispensáveis à realização integral do direito.⁴⁶⁷ (Grifo da autora)

A partir desse entendimento, o mestre Gaúcho define a eficácia jurídica como

[...] a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.⁴⁶⁸

A eficácia das normas jurídicas, pela sua relevância no estudo das normas constitucionais e igualmente no que diz respeito aos direitos fundamentais, foi objeto de várias classificações doutrinárias*, sendo que todas as classificações guardam certa identidade, no sentido de reconhecerem a inexistência de norma constitucional completamente destituída de eficácia, e de igual forma, não haver graduação da carga eficaz das normas

⁴⁶⁷ SARLET, *op. cit.*, p. 240.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 240.

* Dentre as várias classificações propostas destaca-se a de José Afonso da Silva, que classifica as normas constitucionais em normas constitucionais de eficácia plena (regulam diretamente situações, comportamentos e interesses, impondo uma ação ou omissão, possuindo aplicabilidade imediata), normas constitucionais de eficácia contida (representam uma limitação ao poder público em sua relações com os particulares e se referem, quase sempre, aos direitos fundamentais) e normas constitucionais de eficácia limitada (albergam interesses com uma intensidade menor, mas que nem por isso deixam de criar situações jurídicas subjetivas, sendo desta modalidade as normas programáticas, das quais já tratamos, sob certo ângulo nas considerações acima). (SILVA, *op. cit.*, p. 171-175.) e de Maria Helena Diniz, que sistematiza o referido estudo em normas em quatro grupos assim distribuído: normas com eficácia absoluta (são insuscetíveis de alteração, mesmo pelo processo de Emenda à Constituição, possuiriam uma eficácia reforçada); normas com eficácia plena (da mesma forma que as de eficácia absoluta, independem da atuação do legislador ordinário para gerar seus efeitos, criando direitos subjetivos, sendo suscetíveis de alteração por emenda constitucional); normas com eficácia relativa restringível (tem aplicabilidade direta ou imediata, estão sujeitas a gerar todos os efeitos jurídicos nela previstos, porém sujeitas às restrições previstas na legislação ordinária ou dependendo de regulamentação ulterior que pode reduzir o campo de sua aplicabilidade) e normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa (como a própria denominação indica não são aptas a gerar, de forma imediata todos os seus efeitos). Também se destaca a classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello, a qual considerando a consistência e amplitude dos direitos imediatamente resultantes da norma constitucional para os administrados, divide o tema em “[...] a) normas concessivas de poderes jurídicos, que, desde logo e sem o concurso de outras vontades (isto é independentemente da atuação alheia), conferem a um sujeito, o poder de fruir do bem deferido, criando para os administrados um posição jurídica imediata [...]; b) normas concessivas de direitos, que, por indicarem que é obrigado a caracterizarem de forma suficiente a conduta devida, geram uma utilidade concreta e imediata para o administrado, suscetível de fruição mediante desfrute positivo e que consiste em um direito propriamente dito, isto é, num bem jurídico que depende de uma prestação alheia; c) normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida [...] geram para os administrados posições jurídicas menos consistentes, na medida em que não conferem nenhum tipo de fruição imediata, não permitindo, além disso, que se exija o desfrute de algo, limitando-se a oferecer a possibilidade de oposição judicial aos comportamentos contrários aos fins previstos na norma, bem como ensejando a necessidade de uma interpretação que se pautar pelo sentido e direção nela preconizados.”, e a classificação de Luís Roberto Barroso, já declinada no presente trabalho em, a) normas constitucionais de organização, b) normas constitucionais definidoras de direitos e c) normas constitucionais programáticas. (*Apud* SARLET, *op. cit.*, p. 249-250).

constitucionais. Por outro lado, foram igualmente constatados dois grupos de normas, “[...] aquelas que dependem, para a geração de seus efeitos principais, da intervenção do legislador infraconstitucional [...]” e aquelas que por apresentarem normatividade suficiente estão aptas a gerar seus efeitos, independentemente de uma mediação legislativa (*interpositio legislatoris*).⁴⁶⁹ (Grifos no original)

Ultrapassada essa etapa de discussão introdutória sobre a classificação das normas constitucionais considerando sua potencial capacidade de aplicabilidade e produção de efeitos no mundo real, cumpre destacar, mais uma vez, o posicionamento aqui defendido, de que todo preceito Constitucional é dotado de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade, ou mais especificamente, “*todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa.*”⁴⁷⁰ (Grifos no original)

Para além dessa dedução, que decorre do simples fato da imperatividade potencializadora das normas de direitos fundamentais, à medida que, como adverte Biscaretti di Ruffia, a Constituição “[...] deve encontrar em si mesma a própria tutela e garantia.”⁴⁷¹, o artigo 5º, § 1º da Constituição brasileira, para espancar quaisquer dúvidas, dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, sendo crucial destacar, quanto ao alcance dessa norma, que a Constituição brasileira não estabelece distinção entre os direitos de defesa e os direitos sociais, para fins de incidência da norma do mencionado artigo, mesmo porque paira sobre o ordenamento constitucional brasileiro a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais (artigo 5º, § 2º), o que reforça ainda mais a aplicabilidade direta e imediata de todas as categorias de direitos fundamentais, inclusive daqueles não constantes expressamente no catálogo constitucional.⁴⁷²

Há ainda, quem defenda o cunho principiológico da norma do artigo 5º, § 1º da Constituição brasileira, o que implica considerá-la como um mecanismo de otimização, não podendo assim ser resolvido seu postulado, a exemplo do que ocorre com as regras, pela lógica do tudo ou nada.⁴⁷³ Isso significa que a aplicabilidade maior ou menor estará jungida às características da norma de direito fundamental em exame, bem como, que aos “[...] poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 251.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 294.

⁴⁷¹ *Apud* BARROSO, *op. cit.*, p. 84.

⁴⁷² SARLET, *op. cit.*, p. 263.

⁴⁷³ Neste sentido é o posicionamento de Gomes Canotilho e Flávia Piovesan, entre outros (*Ibid.*, p. 270.)

fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais [...].”⁴⁷⁴

É Sarlet que fornece o exato alcance da norma do artigo 5º, § 1º da Constituição brasileira:

[...] a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF estabelece a vinculação de todos os órgãos públicos e particulares aos direitos fundamentais, no sentido de que os primeiros estão obrigados a aplicá-los, e os particulares a cumpri-los, independentemente de qualquer ato legislativo ou administrativo. Da mesma forma, em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes a sua plena eficácia.⁴⁷⁵

A aplicabilidade imediata e direta dos direitos fundamentais não oferece maiores indagações no respeitante aos direitos de defesa, já que estes, em regra, reclamam uma abstenção por parte do Estado (conforme já mencionado neste trabalho existem direitos de defesa que fogem a essa regra e necessitam de uma prestação), a maior dificuldade reside nos direitos prestacionais sociais, os quais impõem uma atuação positiva por parte do Estado para a sua concretização.⁴⁷⁶

Maurício Júnior destaca que “Outro ponto que reforça a garantia dos direitos fundamentais é que a Constituição veda sua abolição, conforme previsto no art. 60, §4º, IV”, e, citando Sarlet, averba que “[...] esta especial proteção dos direitos fundamentais é, sem dúvida, qualidade que os distingue das demais normas constitucionais [...]”, e que, aliada à aplicabilidade imediata, “[...] constitui justamente elemento caracterizador essencial de sua força jurídica reforçada na ordem constitucional pátria”.⁴⁷⁷

Adverte Queiroz que “A medida e a intensidade de que se reveste a respectiva vinculação jurídica depende da forma, mais concreta ou mais abstrata, com que a norma resulte formulada.”⁴⁷⁸ Todavia, esse entendimento poderia parecer aceitável não fosse a vontade expressa do legislador constituinte em outorgar aos direitos fundamentais (inclusive os sociais) a plena aplicabilidade, conforme o fez pela disposição do artigo 5º, § 1º.

Conforme já propugnado neste trabalho, há posicionamento doutrinário no sentido de que os direitos sociais, mesmo os de caráter prestacionais por força do comando constante do

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 271.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 268-269.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 282-284,

⁴⁷⁷ MAURÍCIO JUNIOR, Alceu. *Revisão judicial da escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 46.

⁴⁷⁸ QUEIROZ, *op. cit.*, p. 88.

artigo 5º, § 1º e do art. 5º, XXXV, possuem o caráter de autênticos direitos subjetivos⁴⁷⁹, o que lhes confere plena e ampla possibilidade de vindicação perante os poderes competentes, pois a

[...] natureza aberta e a formulação vaga das normas que versam sobre direitos sociais não possuem o condão de, por si só, impedir a sua imediata aplicabilidade e plena eficácia, já que constitui tarefa precípua dos tribunais a determinação do conteúdo dos preceitos normativos, por ocasião de sua aplicação.⁴⁸⁰

Já tendo sido aqui enfrentada a questão da acionabilidade dos direitos fundamentais sociais, decorrente da perspectiva subjetiva de tais direitos (mesmo que de forma sintética) efeito esse, que em primeiro lugar, salta aos olhos ao se avaliar o disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição brasileira, e, para além do debate sobre o caráter subjetivos ou objetivos de tais direitos, é preciso não perder de vista o cunho de garantias institucionais objetivas impingidas a essa categoria normativa, o que corresponde à possibilidade de ser, nos exatos termos de seu *telos*, vindicável sua concretização.

Neste contexto, muitos afirmam que o que importa não será já distinguir as “garantias institucionais”, concebendo estes últimos como direitos subjetivos destinados a proteger as esferas de liberdade individual face ao Estado e, neste sentido, declará-los, unicamente, com exclusão das garantias institucionais, como “direitos fundamentais no sentido forte e rigoroso do termo”, mas de reconhecer aos direitos fundamentais em si mesmos “garantias institucionais objetivas”, independentemente da natureza “objetiva ou subjetiva” do direito fundamental em causa.⁴⁸¹

Neste contexto os direitos fundamentais sociais demandam aplicabilidade não apenas por existir no catálogo constitucional uma norma que assim o dispõe, mas, antes de tudo (e mesmo que ela não existisse), pela imprescindibilidade de que se reveste a materialização dos direitos em questão para a dignificação da pessoa humana, como pressuposto de justiça social.

Refletindo sobre o direito à educação sob o prisma constitucional brasileiro, e ainda numa perspectiva dogmática crítica, afigura-se que o constituinte pátrio, atento a todas essas questões, muito bem colocou o direito à educação no âmbito normativo constitucional, pois além de mencionar expressamente ser esse direito um direito social e integrante dos direitos fundamentais, conforme já se expôs em linhas anteriores, o dispôs delineando bem seus objetivos (artigo 206), fixando os postulados sobre os quais deveria ser erigido, sempre tendo como norte a dignidade humana e o princípio democrático (artigo 205), determinando-lhe o

⁴⁷⁹ SARLET, *op. cit.*, p. 306.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, p. 306.

⁴⁸¹ QUEIROZ, *op. cit.*, p. 128.

grau de imperatividade desejável e necessária à sua plena e ampla aplicabilidade (artigo 208 combinado com o artigo 5º, § 1º), portanto, a sua potencial eficácia e efetividade no ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, a plena e imediata aplicabilidade conferida aos direitos fundamentais sociais, decorrentes de uma expressão maior, que é a força normativa da Constituição, deve para ser efetiva, se perfazer em constante mensuração com a realidade, pois “[...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita sua ordenação objetiva.”⁴⁸²

Esse argumento demonstra que as normas que veiculam o direito à educação tiram sua força normativa da realidade social, que lhe confere o substrato para a eficácia que compõem o seu conjunto normativo, à medida que a sociedade, identificando suas necessidades e interesses, reputou esse direito como essencial ao pleno desenvolvimento da pessoa, sujeitando todo o Estado na busca de sua concretização. Este é o teor da lição de Muniz:

Força convir, fundando-se na orientação doutrinária e pretoriana, que as normas constitucionais que disciplinam o direito à educação, ora visto como integrante do direito à vida, ora como direito social, hão de ser entendidas como de eficácia plena e aplicabilidade imediata, produzindo efeitos jurídicos, onde todos são investidos no direito subjetivo público, com efetivo exercício e gozo, indispensáveis para o “*pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*” (art. 205 da Constituição Federal), sem o que o ser humano não tem como atingir a sua plenitude terrena, no plano material e espiritual. Nesse passo, o direito à educação é mais do que um direito social de segunda dimensão: é um direito fundamental de primeira grandeza e da personalidade, inserido no direito à vida no seu sentido integral, isto é, como meio necessário a uma perfeita e sólida formação do homem e pelo papel decisivo que ele exerce na preservação da coesão social.⁴⁸³ (Grifos no original)

Neste contexto, a sociedade brasileira, através da Constituição brasileira de 1988, identificou o direito à educação como fundamental ao desenvolvimento da pessoa, ao exercício da plena cidadania e sua qualificação para o trabalho, reconhecendo sua imprescindibilidade para se atingir os ideais democráticos e sociais visados pela Constituição. Para tanto, delineou um projeto educacional expressando detalhadamente a sua dimensão e profundidade, bem como sua fonte de custeio, para assim vincular todo o Estado na sua completa realização.

⁴⁸² HESSE, *op. cit.*, p. 18.

⁴⁸³ MUNIZ, *op. cit.*, p. 122-123.

3.4 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E O SEU PROJETO EDUCACIONAL

O direito à educação possui um *status* perfeitamente definido dentre os direitos fundamentais, sendo considerado como direito fundamental do *homem-social*, constituindo “[...] um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades”⁴⁸⁴, tanto que a Constituição expressamente o consagra como tal, ao inseri-lo no capítulo II (Dos Direitos Sociais), do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). (Grifos no original)

A proeminência normativa que foi conferida ao direito à educação não o foi sem um propósito, pois consoante exhaustivamente delineado nos primeiros capítulos desse trabalho, a educação constituiu o instrumento para a viabilização concreta das liberdades públicas, da igualdade fática, de inclusão social, compreendendo um importante (e por que não dizer efetivo) instrumento de justiça social, constituindo, em última análise um objetivo fundamental a ser alcançado pelo Estado democrático de direito instaurado com a Constituição brasileira de 1988.

Por essas razões e por tantas outras declinadas neste trabalho a prestação da educação consiste em dever atribuído ao Estado, que dele deve se desincumbir com a colaboração de toda a sociedade e da família, devendo para a sua prestação serem observados os princípios que lhe são determinados pela Lei Maior, não se olvidando que a atividade estatal, no campo educacional, deve pautar-se numa atuação conforme os direitos, princípios e diretrizes constantes do projeto educacional almejado pela Lei Fundamental.

a) Educação como Direito Fundamental Social

Já foi expresso em linhas anteriores, sob o aspecto dogmático, que o direito à educação encontra-se inserido no rol dos direitos fundamentais sociais, consistindo um típico direito à prestação em sentido estrito, ou seja, prestação fática⁴⁸⁵, integrante do *status positivus libertatis*⁴⁸⁶ do indivíduo em face do Estado de receber deste uma formação intelectual e moral que lhe proporcione o pleno desenvolvimento como ser pessoal e social.

Como direito fundamental, o direito à educação se apresenta como um conjunto de posições de direitos fundamentais e como tal se formaliza como um feixe de normas⁴⁸⁷, unidas entre si por um sistema axiológico que lhes dá um sentido comum, sendo

⁴⁸⁴ SILVA, *op. cit.*, p. 151.

⁴⁸⁵ MALISKA, *op. cit.*, p. 153.

⁴⁸⁶ LIMA, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁸⁷ ALEXY, *op. cit.*, p. 249.

identificáveis, no núcleo normativo constitucional de tal direito, normas de índole organizatórias e procedimentais e metas a serem alcançadas, deveres ao Estado e aos particulares, garantias institucionais, princípios informadores e até regras dispendo sobre direitos subjetivos, sendo que todas elas possuem o atributo da aplicabilidade imediata, que a título de reforço, lhes foi conferido pela expressa disposição constante do artigo 5º, § 1º da Constituição brasileira.

O direito à educação pode também se apresentar na modalidade de direitos de defesa, o que lhe atribui uma dimensão não-prestacional quando confere o direito de escolha livre, sem interferências do Estado, quanto a orientação educacional, conteúdos, e opções ideológicas, como é o caso da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, constante do artigo 206, II, da Constituição brasileira, e a livre iniciativa privada na área educacional, disposta no art. 209, caput, da Constituição brasileira, entre outras⁴⁸⁸

Portanto, não é demais destacar que o direito à educação encontra-se perfeitamente delineado na Constituição brasileira, como dever do Estado (e em contrapartida direito do particular) e, com esse caráter, foram equacionados todos os direitos e garantias constantes dos incisos do artigo 208, constituindo a substância dessa norma, um padrão ético idealizado pela sociedade brasileira, não se olvidando que, na modalidade de direito fundamental e obrigatório, foi destacado o caráter de direito público subjetivo (artigo 208, § 1º), o que lhe confere plena acionabilidade perante os órgãos judiciais.

Todavia, esse dispositivo não se presta a afastar o caráter de judiciabilidade dos direitos e garantias constantes dos demais artigos relacionados ao direito à educação, preconizado constitucionalmente, notadamente daqueles constantes dos incisos do artigo 208 da Constituição brasileira. O legislador constituinte, ao prescrever a norma do § 1º do artigo 208 da Constituição brasileira, pretendeu ressaltar, extirpe de dúvidas e interpretações, o caráter subjetivo do direito ao ensino fundamental. Aliás, essa é a lição de Barroso:

A Constituição de 1988 reiterou ser a educação direito de todos e dever do Estado (art. 205), e detalhou, no art. 208, que tal dever será efetivado mediante a garantia de “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria” (inciso I), bem como pelo “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência...” (inciso III). Também aqui não parece haver dúvida quanto à imperatividade da norma e a exigibilidade do bem jurídico tutelado em ambos os casos. É bem de ver, no entanto, que o constituinte preferiu não sujeitar-se a riscos de interpretação em matéria à qual dedicou especial atenção: o ensino fundamental. Desse modo, interpretando a si mesmo, fez incluir no § 1º do art. 208 a *declaração* de que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito

⁴⁸⁸ VIEIRA, André Ramos. Direito fundamental à educação. In: Souza Neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). *Direitos Sociais: fundamentais: judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 771-788.

público subjetivo”. O dispositivo, todavia, não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outras situações jurídicas constitucionais que sejam dedutíveis ao esquema direito individual – dever do Estado configuram, na mesma sorte, direitos públicos subjetivos. Não pretendeu o constituinte limitar outras posições jurídicas de vantagem, mas, tão-somente, ser meridianamente claro em relação a esta posição específica. Com isto evita que a autoridade pública se furte ao dever que lhe é imposto, atribuindo ao comando constitucional, indevidamente, caráter programático e, pois, insuscetível de ensejar a exigibilidade de prestação positiva.⁴⁸⁹

Por esse entendimento, o núcleo normativo constitucional relativo ao direito à educação alberga outros direitos e garantias a ele relacionadas que também constituem direitos subjetivos ou, no mínimo, estão qualificadas a serem sindicáveis judicialmente, além do direito constante do § 1º do artigo 208 da Constituição brasileira, como são por exemplo, o direito ao atendimento de criança até cinco anos de idade em creche e pré-escola, o direito à alimentação no período escolar, o direito à assistência, o direito ao recebimento de material didático, educação especializada aos portadores de deficiência, entre outros. Neste sentido destaca Lima, citando Carlos Weis e Cretella Júnior:

[...] mesmo as normas de direitos sociais, que contenham certa especificidade que permita a identificação da obrigação estatal, são passíveis de exigência judicial, no sentido de se compelir o Poder Público à sua realização, já que constitucionalmente comprometido. Nesta esteira, e com maior respaldo, está a possibilidade de se levar ao Judiciário a questão do cumprimento de norma constitucional, de cunho fundamental, tendente à realização das liberdades fundamentais, como é o caso da educação básica. Aliás, é nessa acepção de norma de caráter cogente, que se deve encarar o direito público subjetivo à educação fundamental.⁴⁹⁰ (Grifos no original)

Por outro lado, diante desse cenário as diversas normas constitucionais que veiculam, de uma forma ou de outra (comandos específicos, comandos gerais ou programas), relativas ao direito fundamental à educação “[...] hão de dirigir todo o poder no sentido de objetivos prefixados, obrigatórios para todos os Poderes ou órgãos do Estado”⁴⁹¹, condicionando sua atuação jurisdicional, administrativa e legislativa.

Importa agora mensurar, em linhas gerais, qual a educação idealizada na Constituição brasileira como expressão da vontade nacional sob seus principais aspectos, constatando, assim, em que se constitui o direito fundamental social à educação.

b) Educação Universal, Gratuita e de Qualidade

⁴⁸⁹ BARROSO, *op. cit.*, p. 111.

⁴⁹⁰ LIMA, *op. cit.*, p. 34-35.

⁴⁹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 66.

O núcleo normativo constitucional relativo ao direito fundamental social à educação consta de dez artigos, onde são delineados, sistemática e pormenorizadamente, todos os direitos e garantias que compõem o direito fundamental social à educação, traçando igualmente o projeto educacional a ser seguido pelo Estado e pela sociedade brasileira. Esse dispositivo prescreve que a educação a ser ofertada deverá ser universalmente prestada pelo Estado, a todos quantos dela necessitarem, sem qualquer discriminação, sendo essa regra complementada pelo preceito do artigo 208, I, que dispõe que a ela fazem jus até mesmo aquelas pessoas que não tiveram o acesso a tal direito em idade própria.

Dispõe também o artigo 205, que a educação deve garantir o pleno desenvolvimento da pessoa, ou nas palavras de Piaget “[...] 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”.⁴⁹² Esse desenvolvimento compreende os aspectos intelectuais e morais, de forma a lhes conferir autonomia e consciência social e política, capacitando ao exercício da cidadania e, em última análise, da própria democracia, pois esta (democracia) tem na cidadania a sua base.⁴⁹³

A educação deve ainda visar ao preparo profissional do cidadão. Essa singular proteção se faz necessária diante da complexa situação social engendrada pelo modelo econômico atual, capitalista global, já prenunciado desde o início do século passado, como bem demonstra Christovam Buarque:

No século XXI, o avanço técnico e seu conseqüente impacto sobre a economia requerem muito mais do que simples treinamento técnico para poucos, exigem uma revolução educacional para todos. Daqui para frente, o capital é o conhecimento e o conhecimento é capital. Sem ele não haverá crescimento pleno e o crescimento possível não será pleno se não servir para ampliar o patrimônio cultural.⁴⁹⁴

Delineados o sentido e o alcance da educação a ser prestada, numa perspectiva multidimensional, a Constituição traz alguns dos princípios norteadores desse direito fundamental.

O primeiro a ser mencionado é o princípio da universalidade. Por este princípio a educação deve ser concebida como um processo integral, democrático*, plural* e

⁴⁹² *Apud* MALISKA, *op. cit.*, p. 157.

⁴⁹³ MALISKA, *op. cit.*, p. 161.

⁴⁹⁴ BUARQUE, *op. cit.*, p. 82.

* Democrática tanto nos seus procedimentos institucionais e administrativos, na relação instituição e aluno e, principalmente, no sentido de oferecer verdadeiras possibilidades de ascensão social apta a quebrar a “[...]’rigidez’ extrema de uma ordem social que autoriza as classes sociais mais favorecidas monopolizar a utilização da instituição escolar, detentora, como diz Max Weber, do monopólio da manipulação dos bens culturais e dos signos institucionais da salvação cultural.” (BORDIEU, Pierre. A escola conservadora: as

interdisciplinar, ou seja, ela deve ser oferecida de forma universal (com qualidade também universal)*, sem distinção de condição social, sexo, cor, ou qualquer outra forma de discriminação*, assegurando o acesso, a permanência e a efetiva formação.

O princípio da universalidade abrange outros princípios esculpidos no artigo 206 da Constituição. São eles: a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (inciso I); liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (inciso II); o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino (III); e gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (inciso IV).

Corolário do princípio da liberdade, a igualdade invocada no inciso I (artigo 206) não se refere apenas à igualdade formal, mas requer a igualdade material e fática. Isso implica além do tratamento isonômico em processos seletivos para o ingresso e convivência escolar, também a necessidade de se fornecer ao educando condições materiais para que ele possa exercer essa igualdade, como por exemplo, o fornecimento de material didático, transporte, alimentação, assistência financeira àqueles que sua contribuição à renda familiar é imprescindível ao sustento familiar, assistência à saúde,⁴⁹⁵ pois sem essas mínimas condições, o cidadão, se ingressar na escola, nela não permanece.

A liberdade de aprender, ensinar e divulgar o pensamento a arte e o saber, constante do inciso II, do artigo 206, se relaciona tanto à liberdade do professor de exercer o seu mister e de utilizá-lo, de acordo com seu conhecimento técnico, de modo a ensinar, bem como, a

desigualdades frente à escola e à cultura.” In: NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio. *Escritos de educação*. 9. ed. Petrópolis – RJ: Vozes, 2007, p. 64).

* Constata Jacques Delors que “É, de algum modo, de um novo humanismo que a educação deve ajudar a nascer, com um componente ético essencial, e um grande espaço dedicado ao conhecimento das culturas e valores espirituais das diferentes civilizações e ao respeito pelos mesmos para contrabalançar uma globalização em que apenas se observam aspectos econômicos ou tecnicistas. O sentimento de partilhar valores e um destino comuns constitui, em última análise, o fundamento de todo e qualquer projeto de cooperação internacional.” (DELORS, *op. cit.*, p. 49).

* Segundo Pedro Demo uma “Educação de qualidade propicia o saber pensar, a autonomia, a aprendizagem e o conhecimento de teor reconstrutivo político. Quando não tem qualidade, pode ser esquema reprodutivo tacaño, coisa pobre para o pobre.” (DEMO, *op. cit.* p. 93).

* A não ser uma discriminação positiva, pois segundo adverte Bordeau “Ao atribuir aos indivíduos esperanças de vida escolar estritamente dimensionadas pela sua posição na hierarquia social, e operando uma seleção que – sob as aparências da equidade formal – sanciona e consagra as desigualdades reais, a escola contribui para perpetrar as desigualdades, ao mesmo tempo em que as legitima. Conferindo uma sanção que pretende neutra, e que é altamente reconhecida como tal, a aptidões socialmente condicionadas que trata como desigualdades de ‘dons’ ou de mérito, ela transforma as desigualdades de fato em desigualdades de direito, as diferenças econômicas e sociais em ‘distinção de qualidade’, e legitima a transmissão da herança cultural. [...] Além de permitir à elite se justificar de ser o que é, a ‘ideologia do dom’ chave do sistema escolar e do sistema social, contribui para encerrar os membros das classes no destino que a sociedade lhes assinala [...]” (BORDIEU, *op. cit.*, p. 58-59)

⁴⁹⁵ MALISKA, Marcos Augusto. O direito à educação e a Constituição, p. 173.

livre iniciativa do educando em apreender, não podendo o educando ser obstado nesse seu interesse, protegido constitucionalmente.

Jorge Miranda, aprofundando-se nesta questão, ressalta que a liberdade na escola ou liberdade acadêmica abrange “[...] (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.”⁴⁹⁶ Ressalte-se que aqui também se insere a liberdade de investigação e ensino científico e ainda a liberdade de expressão artística.⁴⁹⁷

Constituem princípios determinantes do direito à educação o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino. A liberdade de ensinar também alcança a prerrogativa na escolha do método e/ou técnica pedagógica a ser aplicada na educação, todavia essa liberdade encontra-se vinculada a um núcleo comum de conteúdos, que devem ser observados com o respeito das diversidades culturais e regionais, e dentro de um sistema de observância à dignidade do educando e aos princípios morais da sociedade. Aliás, esse é o sentido proposto pelo artigo 12 da Lei das Diretrizes e Bases da Educação, que preconiza que cada escola desenvolva seu plano pedagógico, sendo 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.*

Procurou o legislador, com esse postulado, amparar o direito ao pluralismo enriquecedor das experiências culturais e sociais, tão necessário nos dias de hoje, sendo a tolerância um pressuposto que também deve ser aprendida e exercida.⁴⁹⁸

Muito embora a educação seja um dever do Estado, este não obsta que entidades privadas possam prestá-la, desde que o prestador “[...] obedeça às normas gerais de educação nacional e se submeta a (*sic*) autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público (artigo 213, caput, e incisos I e II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)”.⁴⁹⁹

⁴⁹⁶ *Apud* MALISKA, *op. cit.*, p. 177.

⁴⁹⁷ MALISKA, *op. cit.*, 176-179

* O artigo 12 da Lei nº 9.394 de 20/12/1996, estabelece: “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; [...] (BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9394.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2010.)

⁴⁹⁸ MALISKA, *op. cit.*, 181.

⁴⁹⁹ SIFUETES, *op. cit.*, p. 186.

Compreende também aspecto da universalização da educação a garantia de gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais. Essa gratuidade se refere tanto ao ensino fundamental quanto ao médio, sendo que, quanto a este último a gratuidade deverá ser paulatinamente alcançada.

Todos esses princípios na verdade constituem substrato para a universalização da educação, a qual para ser universal deve ser acessível a todos quantos dela necessitarem, respeitando as diferenças sociais, culturais e regionais, para que o educando nela se insira e se situe, sob pena de ser um processo surreal e distante do educando, e por isso impossível de ser realizada por ele e para ele.

Outro aspecto importante consiste na obrigatoriedade do ensino fundamental (modalidade da educação básica)* o qual compreende nove anos de instrução (tendo início aos seis anos de idade). Esse caráter cogente de sua prestação se dirige tanto ao Estado, que deverá fornecê-la aos cidadãos indistintamente, quanto aos particulares, que estarão sujeitos a responsabilização, já que a sociedade deverá lhes submeter a educação de seus filhos.*

A obrigatoriedade sob sua dupla perspectiva almeja atingir a universalização do ensino, pois “[...] 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.”⁵⁰⁰

* O art. 32 da Lei nº 9.394 de 20/12/1996, com a redação atual dada pela Lei nº 11.247 de 06 de fevereiro de 2006, estatui que “O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, [...]” (BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Regula as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9394.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2010.) Observa-se que “O número de anos obrigatórios como direito da população e dever de oferta pública gratuita ampliou-se de quatro para oito pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB n. 5.698, de 1971). Em 1996 houve alteração na denominação de ensino de 1º grau para ensino fundamental e, em fevereiro de 2006, a Lei n. 11.274 ampliou o ensino fundamental de oito para nove anos.” (CAMPOS, Maria Malta; HADDAD, Sérgio. O direito humano à educação escolar pública de qualidade. *In*: _____; GRACIANO, Mariângela. *A educação entre os direitos humanos*. Campinas: Autores Associados; São Paulo: Ação Educativa, 2006, p. 95-125.)

* A responsabilidade do pai ou responsável pela inércia em atendimento de seu dever para com a formação intelectual de seu filho ou outra criança e adolescente sob guarda encontra tipificada no artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990 que dispõe: “Art. 24. A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22.” (BRASIL. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Regula o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 19 mar. 2010.) Também constitui crime previsto no art. 246 do Código Penal, que prevê: “Art. 246. Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.” (BRASIL. Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Regula o Código Penal Brasileiro. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2010.)

⁵⁰⁰ MALISKA, *op. cit.*, p. , 222.

O direito à educação alcança ainda aqueles que não tiveram acesso ao ensino em época própria, devendo, para tanto, ser disponibilizado a todos que estejam em tal situação, de forma compatível com o tempo disponível do educando e ainda, por meio de processos pedagógicos condizentes com essas peculiaridades.

A gratuidade do ensino fundamental constitui outro postulado do direito à educação*. Ela não deve servir de pretexto para a má qualidade da prestação do ensino como serviço, e muito menos para a desvalorização de profissional que nele atua, ao contrário, o apoio técnico, a atualização constante e a remuneração condigna são garantias que devem ser dadas ao educador e aos profissionais que atuam nesse ramo, medidas essas que, por certo, contribuirão para a elevação da qualidade do ensino ministrado.

A gratuidade deve abranger (para implementar a universalidade) além do custo do ensino em si, as demais necessidades conexas com a educação, como o material didático, o transporte, a alimentação, a assistência social para aqueles alunos necessitados (através de bolsa de estudo) aos quais, sua contribuição para a renda familiar, for considerada imprescindível ao sustento familiar, entre outros.

Como bem observa Sifuentes

A gratuidade envolve, na atual Constituição da República Federativa do Brasil, não só o não pagamento de quaisquer aportes (“propinas”, como se diz em Portugal), como também o fornecimento de material escolar, transporte, alimentação e tudo o que for necessário ao estudo (artigo 208, inciso VII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Engloba, até mesmo, atribuição de bolsas de estudos aos estudantes carentes, naqueles locais onde não há escolas públicas (artigo 213, parágrafo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).⁵⁰¹

Jorge Miranda estabelece a exata extensão da responsabilidade estatal pela gratuidade da educação:

[...] (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

* A expressão educação gratuita representa um sofisma, pois nenhum dos serviços prestados pelo Estado constitui em liberalidades, todos são custeadas pelos diversos tributos cobrados compulsivamente dos cidadãos (até mesmos daqueles que não o podem pagar). Portanto, quando se menciona que a educação é gratuita, na verdade se demonstra que ela não seria cobrada diretamente do particular, mas sim de forma indireta por meio dos tributos (alguns deles especificamente destinados à sua implementação), fato esse que decorre a obrigatoriedade de sua prestação com qualidade.

⁵⁰¹ SIFUETES, *op. cit.*, p. 177.

necessidades em quadros qualificados (art. 76, nº 1), 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, privadas e cooperativas – pois o Estado obriga-se constitucionalmente, a apoiá-lo e a realizar uma política de reabilitação e integração dos deficientes.⁵⁰²

Neste contexto, a responsabilidade estatal pela gratuidade no ensino se estende àquelas situações em que a oferta não consegue atender a procura, ou de outra forma, em que o Estado não dispõe de vagas suficientes nos estabelecimentos oficiais para atender a demanda dos cidadãos no fornecimento da educação em seu nível básico, conforme o disposto no § 1º do artigo 213 da Lei Maior, que estabelece que “Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei” (artigo 213), sendo que os recursos mencionados poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, para aqueles que demonstrem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão da sua rede na localidade (§1º do artigo 213 da Constituição brasileira).*

Outra questão relevante relacionada com o princípio da gratuidade do ensino se refere ao comando constitucional de progressiva universalização do ensino médio, constante do inciso II, do artigo 208 da Constituição Federal.

O ensino médio integra a educação básica*, representando sua etapa final, com duração mínima de três anos conforme preceituam os artigos 21 e 35 da Lei nº 9.394/1996 e consiste garantia estatal sua progressiva universalização. A progressividade a que se refere a Lei Maior não está condiciona às 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.”⁵⁰³

O ensino médio é de crucial importância ao desenvolvimento intelectual do educando, pois [...] tem por finalidade a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos

⁵⁰² *Apud* MALISKA, *op. cit.*, p. 208.

* BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

* Cf. disposto no art. 21, da Lei nº 9.394 de 20/12/1996, a educação escolar compõe-se da educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio, sendo que pelo artigo 35 da referida lei, o ensino médio, etapa final da educação básica, terá duração mínima de três anos. (BRASIL. Lei n. 9394, de 20 de dezembro de 1996. Regula as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9394.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2010.)

⁵⁰³ MALISKA, *ob. cit.*, p. 227.

adquiridos no ensino fundamental, de modo a possibilitar o prosseguimento dos estudos pelo acesso à educação superior; [...]”⁵⁰⁴ Por isso há que se refletir sobre a possibilidade de inserção da obrigatoriedade do ensino médio e profissionalizante em nosso sistema educacional, tendo em vista que, se de um lado servirá de instrumento para o educando angariar uma colocação profissional mais especializada e melhor remunerada e assim seguir em sua vida acadêmica, de outro, se presta como instrumento de qualificação profissional e inclusão social em face dos avanços da informatização e robótica nos setores sociais, notadamente no campo profissional.

Por essa diretriz segue Emile Pin (citada por Barcellos), o qual defende que

“[...] a Escola é, sim fator de mobilidade social, dependendo, no entanto, ‘da presença da escola para todos os que desejaram’. Porém, de outro lado, ressalta a necessidade de uma estrutura social que permita o ensino gratuito e profissionalizante, eis que não basta apenas o ensino fundamental, sendo importantíssimo o estudo qualificador de forma que corresponda ‘à procura previsível de empregos [...]’”⁵⁰⁵

Resta tecermos algumas considerações sobre um princípio determinante do direito à educação, consistente na garantia da qualidade do ensino (inciso VII, do artigo 206 da Constituição brasileira), necessário para a concretização do projeto educacional brasileiro.

A educação, para atingir sua finalidade no âmbito pessoal, precisa ser equalizadora de oportunidades, e assim o será se for prestada com qualidade de forma indistinta. Deve proporcionar ao educando uma real e efetiva possibilidade de mobilidade social e de integração na ordem social⁵⁰⁶, não apenas o certificado de conclusão de uma fase de escolaridade.

A respeito da carência de qualidade do ensino brasileiro, Campos expõe alguns dados:

Os resultados do SAEB-1995 mostram que apenas 22% dos alunos da 4ª série, 74% da 8ª série e 87% da 3ª série do ensino médio alcançam um pontuação que corresponde à capacidade de “ler integralmente um texto verbal mais longo, reconhecer efeitos e expressões conseguidos com sinais de pontuação” e somente 21% dos alunos da 4ª série alcançam uma pontuação indicando que dominam “conhecimentos mais consolidados das quatro operações com números inteiros e sabem aplicá-los para resolver problemas simples de uma etapa (Brasil, 1998, p. 33 e p. 42). [...] Os dados do *Programme for International Student Assessment* (Pisa), a partir dos resultados obtidos nas provas de matemática por jovens de 15 anos em 41

⁵⁰⁴ SILVA, *ob. cit.*, p. 794.

⁵⁰⁵ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 55-87.

⁵⁰⁶ CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação como desafio na ordem jurídica. In: LOPES, Eliane Marta Teixeira; FARIA FILHO, Luciano Mendes; VEIGA, Cyntia Greive. *500 anos de educação no Brasil*. Belo Horizonte: Autêntica, 2007, p. 569.

países, em 2000 e em 2003, mostram o Brasil classificado na última posição, no grupo de países que alcançou a menor pontuação, com médias abaixo da média dos países da OCDE. Tiveram resultados próximos aos do Brasil, em 2003, os alunos da Indonésia e da Tunísia.⁵⁰⁷

A mencionada autora pontua o sentido da educação de qualidade nos dias atuais:

[...] a qualidade pode ser entendida de formas muito diferentes conforme o momento histórico, o ambiente cultural, o contexto social, os valores e as crenças dos diversos grupos humanos. [...] há também o reconhecimento de que uma educação de qualidade é um direito de todos, em qualquer parte do mundo. Ou seja, faz parte dos direitos humanos fundamentais, sendo hoje uma condição para o desenvolvimento pleno das pessoas em sociedades cada vez mais complexas e em um mundo cada vez mais interligado.⁵⁰⁸

Atenta a essa carência, a Constituição brasileira prevê (artigo 214, III) a necessidade de estabelecimento de uma avaliação da melhoria da qualidade de ensino, a ser realizada periodicamente em todos os níveis de ensino, como forma de se aferir a qualidade da educação prestada, inclusive aquela ofertada pela iniciativa privada.* Não é só. Outras medidas foram tomadas visando à qualidade do ensino público.

Através da Emenda Constitucional 14/96 foi criado o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – FUNDEF, com uma constituição financeira específica, diferenciada do ensino em geral, bem como o estabelecimento de percentual mínimo de 60% (sessenta por cento) dos 25% aplicáveis necessariamente no ensino, em investimento obrigatório e anual no ensino fundamental.⁵⁰⁹

Estritamente ligados a esse postulado encontram-se os comandos dos incisos V e VIII, ambos do artigo 206 da Constituição brasileira, os quais estabelecem, respectivamente, o dever de valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas, e piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública nos termos da lei federal.

Cumprido ressaltar que a garantia de padrão de qualidade do ensino público é passível de ser exigida judicialmente, com ressalta Maliska:

⁵⁰⁷ CAMPOS, *ob. cit.* p. 95-125.

⁵⁰⁸ CAMPOS, *op. cit.*, p. 95-125.)

* Dispõe a Constituição Federal no Art. 214, III: “A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à: [...] III – melhoria da qualidade do ensino;”. (BRASIL. Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 mar. 2010.)

⁵⁰⁹ LIMA, *op. cit.*, p. 107.

É necessário destacar que o princípio de qualidade do ensino é passível de ser exigido das instituições, constitui uma obrigação jurídica do estabelecimento e, portanto, não cabe ser encarado apenas como uma finalidade do ensino, uma meta a ser atingida. Nesta hipótese, a exigência 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.⁵¹⁰

Desta forma, a Constituição, repisa-se, além de delinear o sentido e alcance do direito à educação como direito fundamental social, traçou de modo claro e exato a própria educação a ser prestada aos cidadãos brasileiros, retirando qualquer nota de discricionariedade nesse terreno, estabelecendo, inclusive dotação orçamentária própria, em termos claros e precisos, vinculada à sua implementação. Não deixando assim qualquer margem de discricionariedade à administração pública e como bem observa Lima abrindo com isso um espaço “[...] para que o cidadão venha a exigir do Estado o cumprimento do dever assumido pelo Contrato Constitucional firmado e para o qual toda a sociedade contribuiu.”⁵¹¹

Trata-se de projeto educacional arrojado e que a ele subjaz, frise-se, o entrelaçamento de razões de ordem antropológicas, éticas e jurídicas, as quais lhe servem de substrato, e, por tais razões não pode admitir que seja corroído por questões tangenciais de cunho ideologicamente contrários aos que foram proclamados pela Constituição de 1988, sob pena de se comprometer um outro projeto idealizado pela sociedade brasileira, o da democracia plena.

⁵¹⁰ MALISKA, *op. cit.*, p. 187.

⁵¹¹ LIMA, *op. cit.*, p. 111.

4. A RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO

Muito já se falou até aqui que os direitos sociais são direitos provenientes de uma concepção social de estado em oposição à visão liberal burguesa de direitos que vislumbrava no Estado um opositor, um agressor aos direitos à liberdade, à propriedade e ao contrato. Para o pensamento liberal, de origem burguesa, todas as diligências convergiam para a limitação do poder, para proteção de seus valores fundamentais, consistentes na vida, na liberdade e na propriedade. Para a defesa desses bens era canalizada toda a força do Estado liberal.⁵¹² O direito, por sua vez, sob a influência liberalista, amparado na formalidade excessiva, aparentemente despolitizado e neutro, na realidade, estava a serviço de instituições com extrema densidade ideológica liberal. Esta ideologia impregnava todo o ordenamento jurídico e, via de consequência, a atuação de todos os agentes jurídicos.

A concepção liberal do Estado, de cunho burguês, foi gradualmente cedendo espaço para uma atuação estatal voltada para a satisfação das necessidades sociais mais básicas, para a viabilização da mobilidade social, buscando com isso atenuar as desigualdades sociais geradas pelas várias décadas de excessiva concentração do capital.

O direito sob a vertente do Estado Social preocupa-se como juridicizar este Estado, “[...] como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos”, visando, principalmente, equalizar liberdade e igualdade, possibilitando a democracia.⁵¹³

Patente é o matiz social que a Constituição de 1988 pretendeu dar ao Estado brasileiro, a qual, já desde os seus primeiros artigos, elenca como objetivos estatais erradicar a pobreza, a marginalização e as desigualdades sociais; construir uma sociedade sob as bases da liberdade da justiça e da solidariedade, ou seja, promover a igualdade sem eliminar a liberdade, ambas imprescindíveis para a concretização da democracia. Procurou a Lei Maior, como tais desígnios, não apenas conceder os direitos sociais, mas, principalmente garanti-los.⁵¹⁴

Por outro lado, essa concepção de Estado reclama uma Constituição onde os direitos não repousem apenas em regras, mas também em princípios informados por valores que a eles

⁵¹² BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 167.

⁵¹³ BONAVIDES, *ob. cit.*, p. 373.

⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 373.

subjazem* , reclama uma separação de poderes relativizada, distinta da visão rígida de divisão que serviu os ideais liberais burgueses. Reivindica, de igual forma, uma vinculação do legislativo, na mesma medida que do Executivo e do Judiciário, por uma atuação voltada para os direitos e princípios fundamentais, isto é, atenta aos problemas de legitimidade e justiça sociais, de forma a reduzir ao máximo as desigualdades e a pobreza.⁵¹⁵

Para alcançar esse desiderato, a educação é uma estratégia de singular importância, conforme o proclamado pela sociedade brasileira, tanto que na Constituição brasileira encontra-se claramente traçado um projeto educacional para fazer frente ao fosso da desigualdade aberto pela indiferença liberal, e, assim como ocorre com a maioria dos direitos (não somente os direitos sociais), demanda ações estatais, as quais reclamam investimentos para a sua concretização.

Muito embora o projeto educacional brasileiro (repisa-se, estratégico para se alcançar os ideais de justiça, inclusão e promoção social almejados pela sociedade brasileira) venha sendo reavivado, já há algum tempo, a doutrina liberal, agora sob uma nova roupagem, difundida como neoliberal pelas altas organizações nacionais e internacionais, com evidente intenção de desrespeito às conquistas sociais já alcançadas e uma inarredável relutância em sua implementação.

Essas posições neoliberais e sua influência nos diversos setores políticos, jurídicos e acadêmicos brasileiros, têm obstaculizado a materialização do projeto social e, mais especificamente, do projeto educacional de matriz constitucional o que representa um retrocesso social perigoso e irreversível, podendo, por sua magnitude, comprometer os objetivos democráticos visados pela sociedade brasileira.

4.1. A CRISE DO ESTADO LIBERAL E A ORIGEM DO ESTADO SOCIAL

O estudo de qualquer modelo estatal envolve, naturalmente, o estudo dos seus fins, pois são estes que vão dar o norte e forma àquele. Esta questão, por muito tempo foi relegada ao plano da insignificância doutrinária* , por se acreditar que o Estado era destituído de finalidade.

* Cf. Konrad Hesse e Hermann Heller, respectivamente “[...] a igualdade é elemento essencial de uma Constituição Aberta [...]”, “é a porta de penetração por onde ‘a realidade social positiva e impregnada de valores diariamente ingressa na normatividade do Estado’.” (*Apud* BONAVIDES, *ibid.*, p. 377).

⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 377.

* Cf. doutrina Bonavides Kelsen considerou que o estudo da finalidade do Estado era destituída de significação e fora do âmbito da Teoria do Estado. (BONAVIDES, *op. cit.*, p. 19.)

Entretanto, essa orientação, de muito já foi superada; nos tempos atuais, o estudo da teleologia do Estado ocupa grande parte do tempo dos estudiosos que refletem sobre a questão estatal, sendo, igualmente, questão recorrente em outras ciências como a sociologia e a filosofia, dada a sua importância para a compreensão da própria sociedade.

O estudo aprofundado da finalidade do Estado remonta da antiguidade com os filósofos Aristóteles, Platão e Cícero, os quais viram no Estado um fim em si mesmo, como ser natural e anímico, anterior ao indivíduo, que tem sua existência em função do Estado e não este em função daquele.⁵¹⁶

O Estado como pessoa coletiva, “[...] cuja ação decorre da vontade humana, possui necessariamente fim ou fins.”⁵¹⁷, previamente traçados em vista de um interesse ou necessidade, portanto, sua construção reflete o nível de consciência alcançado por seus membros, tanto que, os Estados, no decorrer do tempo, evoluem-se com distintas caracterizações,⁵¹⁸ ou, conforme teoriza Heller, “El Estado no es posible sin la actividad, conscientemente dirigida a um fin, de ciertos hombres dentro de él. Los fines establecidos por estos hombres actúan causalmente sobre otros hombres como elementos motivadores de sus voluntades.”⁵¹⁹

Disso se extrai que as diferentes concepções de Estado estão relacionadas com as suas finalidades, as quais irão orientar suas prioridades e ações, sendo que “A construção dos diferentes modelos estatais ocorre no longo de décadas, séculos, e cada um dos Estados edificados reflete o anseio de seu povo no exercício daquelas tarefas.”⁵²⁰

Assim, se pode dizer que com a Revolução Francesa teve início a edificação de um novo modelo estatal, fundamentado em uma ética individualista, “[...] voltada basicamente para a noção de liberdade total que está presente em todos os aspectos da realidade, desde o filosófico até o social, o econômico, o político, o religioso etc.”⁵²¹ Esse modelo, conhecido como liberal e de inspiração burguesa, foi inaugurado, nos diversos Estados ocidentais, no momento de limitação constitucional da autoridade, a partir do momento em que, nesses países foi preconizada a limitação do poder por uma Constituição, sufragada pelo povo ou

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 26.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 22.

⁵¹⁸ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 55-87.

⁵¹⁹ Cf. Heller, O Estado não é possível sem a atividade conscientemente dirigida um fim de alguns dentro dele. Os fins estabelecidos por estes homens atuam causalmente sobre outros homens como elemento motivadores de suas vontades. (HELLER, *ob. cit.*, p. 258.)

⁵²⁰ BARCELLOS, *ob. cit.*, p. 55-87.

⁵²¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 114.

outorgada pelo príncipe.⁵²² Na Europa seu advento remonta à Revolução Francesa de 1789, chegando ao apogeu no século XIX, e sua mitigação teve início com as revoluções do século XX.⁵²³

O Estado liberal firmou suas bases na liberdade e, conseqüentemente, na limitação de todo o poder tendente a tolhê-lo ou suprimi-lo. Sua finalidade é a liberdade individual, ou seja, “[...] o Estado é tanto mais perfeito quanto mais permite e garante a todos o desenvolvimento da liberdade individual”.⁵²⁴ A função precípua deste Estado seria a não interferência na esfera particular da vida individual, de forma que a pessoa, exercendo essa liberdade, possa realizar seu projeto de vida. A respeito, é a lição de Bobbio

Dizer que o Estado tem como fim o desenvolvimento da liberdade individual significa também dizer que o Estado não tem um fim próprio, mas que o seu fim coincide com os fins múltiplos dos indivíduos. Portanto, sua tarefa não é prescrever fins para cada indivíduo, mas atuar de maneira que cada indivíduo possa alcançar livremente, ou seja, numa situação de liberdade externa garantida, os próprios fins. Ele então deve preocupar-se não tanto em estabelecer o que devem fazer os seus cidadãos, mas garantir para cada um uma esfera de liberdade de maneira que, dentro dela, cada um possa, segundo suas próprias capacidades e talento, perseguir os fins que livremente se propõe.⁵²⁵

O Estado liberal burguês através, da economia política, tentou legitimar as desigualdades geradas por essa forma de organização social, atribuindo-as à ordem natural das coisas, cujas leis não poderiam ser alteradas por serem de validade absoluta e universal e, portanto, “[...] perante as quais não teria sentido falar de justiça e injustiça, porque *o que é natural é justo*”.⁵²⁶ (Grifos no original)

A respeito do que afirmou Ihering, sobre a finalidade do Estado, que o fim é o criador de todo o direito,⁵²⁷ no Estado liberal o que ocorre é exatamente isso, promove-se o império do direito, pois é ao direito que o liberalismo confia a tarefa de “[...] limitar, instituir e organizar o Poder, bem como de disciplinar a sua atuação, sempre se resguardando o fundamental: a liberdade, os direitos do homem.”⁵²⁸

No Estado liberal, a liberdade era entendida em seu sentido formal, pois se partia do pressuposto de que os homens (todos em condições de igualdade, pois todos nasciam iguais), necessitavam da liberdade, em toda a sua dimensão, para viver e prosperar de acordo com sua

⁵²² BONAVIDES, *ob. cit.*, p. 75.

⁵²³ *Ibid.*, p. 76.

⁵²⁴ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 132.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 132-133.

⁵²⁶ AVELÃS NUNES, Antonio José. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Lisboa: Caminho S.A., 2003, p. 42.

⁵²⁷ *Apud* BONAVIDES, *op. cit.*, p. 22.

⁵²⁸ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 3-4.

capacidade e mérito, não se admitindo qualquer interferência na livre determinação da natureza humana, sendo o direito o instrumento para se alcançar tal desiderato.

Da regulação pelo clero, experimentada no período medieval, o Estado, na Idade Moderna, passou a ser regulado pelo direito menos pessoal, mas igualmente impregnado da ideologia burguesa.

O Estado jurídico é uma miragem que muito convém à burguesia, uma vez que substitui a ideologia religiosa em decomposição e esconde aos olhos das massas a realidade do domínio da burguesia. A ideologia do Estado jurídico convém ainda mais do que a ideologia religiosa porque ela não reflete completamente a realidade objetiva ainda que se apóie nela. A autoridade com “vontade geral”, como “força do direito” concretiza-se na sociedade burguesa na medida em que esta representa um mercado.⁵²⁹

Nessa ambiência os fins do Estado liberal não lograram o êxito apregoados, pois a liberdade formalmente conferida às massas populares somente serviu aos anseios de uma pequena parcela da população que já dispunha de recursos materiais suficientes para exercer a liberdade, enquanto para grande parte da população, mais carente de bens e recursos materiais, a liberdade de nada lhes serviu, ao contrário, saíram do jugo da nobreza para se submeter ao jugo econômico do mercado, mais voraz e inescrupuloso.

O Estado liberal teve assim suas bases ruídas à medida que o povo se deu conta que a vitória contra as ordens estamentais era uma “[...] conquista do poder político através da camada socialmente privilegiada da mesma, a burguesia proprietária”.⁵³⁰ Se essa constatação, em síntese apertada, foi a mola propulsora da ruína da doutrina liberal, representou também a base para que um novo modelo estatal pudesse surgir. E assim ocorreu, surgindo o Estado Social, também denominado de *Welfare State* ou Estado Providência, em oposição ao Estado Liberal.*

Com raízes na doutrina de Rousseau, difundida em seu Contrato Social, o Estado Social preconiza a outorga do poder ao povo e o redimensionamento entre liberdade e poder, propugnando a união entre as classes para se destruir a classe como conceito de desigualdade.⁵³¹ Também contribuíram para a formação ideológica do Estado Social a doutrina de Marx, a qual pregava a extinção dos privilégios e das desigualdades sociais

⁵²⁹ PACHUKANIS, Evgeni Bronislávovich. *Teoria geral do direito e do marxismo*. Tradução Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988, p. 100.

⁵³⁰ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 74.

* Consoante Azevedo, o Estado Social, também denominado por este de *Welfare State* ou Estado Providência, resulta da transformação gradual de uma concepção liberal a uma forma que adota uma progressiva intervenção na economia, passando, tal modalidade, ter maior definição a partir da Segunda Guerra Mundial. (AZEVEDO, *ob. cit.*, p. 91.)

⁵³¹ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 168-174.

existentes entre classes, por meio de uma revolução que deveria ser levada a cabo pela classe proletária⁵³², a Revolução Russa de 1917 e as Constituições Mexicana de 1917 e Alemã de 1919 (Constituição de Weimar). Todas empreenderam, à época, críticas consistentes ao capitalismo e aos seus excessos, cometidos pela exploração da mão de obra proletária.⁵³³

Tais fatores foram determinantes para que os direitos sociais passassem a ser objeto de proteção internacional, como realmente se deu, através do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966, o qual visava a “[...] proteção das classes ou grupos sociais desfavorecidos, contra a dominação socioeconômica exercida pela minoria rica e poderosa.”⁵³⁴

Diversamente da forma liberal, o Estado Social não é concebido como uma ameaça aos interesses individuais, mas um aliado que visa à proteção de alguns valores fundamentais que abrangem o pleno emprego, a segurança existencial e a conservação da força de trabalho.⁵³⁵ Nessa modalidade estatal, o desatendimento dos direitos sociais básicos são causas de grande desestabilização das Constituições.⁵³⁶

Com efeito, os direitos sociais e a igualdade (esta tomada em seu sentido material) constituem o ponto nuclear do Estado social, ou, melhor dizendo, a medula axiológica da Constituição, o “[...] valor mais alto de todo o sistema constitucional, tornando-se o critério magno e imperativo de interpretação em matéria de direitos sociais.”⁵³⁷ Através dele materializa-se a liberdade como legado clássico, compondo ambos “[...] um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo.”⁵³⁸

Esse modelo encontra-se delineado na Constituição brasileira de 1988, no título VIII, que cuida da ordem social, qualificando-se, o Estado brasileiro como social e democrático de direito*, todavia sua real dimensão não foi ainda concretizada no Brasil, em razão das inúmeras contradições que assolam este país e do atraso social inerente aos países em

⁵³² *Ibid.*, p. 174-176.

⁵³³ AZEVEDO, *op. cit.*, p. 82-83.

⁵³⁴ COMPARATO, *op. cit.*, p. 337.

⁵³⁵ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 380.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 380.

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 374-376.

⁵³⁸ *Ibid.*, p. 376.

* Cf. lição de Sarlet, “Apesar da ausência de norma expressa no direito constitucional pátrio qualificando a nosso República como um Estado Social e Democrático de Direito (o art. 1º *caput*, refere-se apenas os termos democrático e Direito), não restam dúvidas – e nisto parece existir um amplo consenso na doutrina – de que nem por isso o princípio fundamental do Estado social deixou de encontrar guarida em nossa Constituição.” (SARLET, *op. cit.*, p. 62.) Esse também é o posicionamento de Grau (1998), para o qual o texto constitucional não afirma ser o Estado brasileiro um “*Estado de Direito Social*”, “[...] mas a consagração dos *princípios da participação* e da *soberania popular*, associada ao quanto se depreende da interpretação, no *contexto funcional*”, aponta no sentido dele, concluindo o mestre paulista que “A ordem econômica na Constituição de 1988 [...] postula um modelo de *bem-estar*.” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 308-309.)

desenvolvimento, mas principalmente em face da postura liberal remodelada, que aos poucos vem tomando corpo nas altas instituições econômicas e políticas brasileiras, conforme adverte Bonavides:

Não restam dúvidas que em determinados círculos das elites vinculadas a lideranças reacionárias está sendo programada a destruição do Estado social brasileiro. Se isso acontecer será a perda de mais de cinquenta anos de esforços constitucionais para mitigar o quadro de injustiça provocado por uma desigualdade social que assola o mundo e humilha a consciência desta Nação. Mas não acontecerá, se o Estado social for a própria Sociedade brasileira concentrada num pensamento de união e apoio a valores igualitários e humanistas que legitimam a presente Constituição do Brasil.⁵³⁹

Em que pese o momento político pelo qual passava o Estado brasileiro à época da promulgação da Constituição brasileira, a sociedade procurou conjugar os objetivos de redução das desigualdades e promoção dos direitos fundamentais sociais com outros de cunho neoliberais, tentando uma posição de equilíbrio, como bem ressalta Olsen

[...] o Estado previsto na Constituição Federal refletiu os ditames do capitalismo organizado, pois foi instituído um Estado respeitador da autonomia privada, da propriedade e da liberdade individual, mas também um Estado interventor no domínio a partir de princípios como a dignidade da pessoa humana. Sua estrutura orçamentária estaria, de certa forma, atrelada aos fins constitucionalmente estabelecidos, como um reflexo do momento político vivido pelo país.⁵⁴⁰

Essa postura estatal, assumida oficialmente em 1988, denota o anseio de transformação social pela redução das desigualdades sociais e concretização da justiça social, sendo o direito concebido como instrumento dessa mudança, para tanto

[...] o direito veio buscando consonância com esta realidade, não apenas enquanto direito positivo destinado a instrumentalizá-lo, mas também enquanto reflexão sobre a ordem jurídica (Ciência do Direito), modificando conceitos e princípios, atenuando o individualismo, que impregnara suas origens, tendo em vista sua compreensão em perspectiva mais solidária, influenciando na formação dos juristas e na aplicação jurisdicional das regras jurídicas.⁵⁴¹

Essa característica mais se acentua no tocante aos direitos sociais, tidos como “[...] fatores de consecução da justiça social, na medida em que se encontram ligados à obrigação da comunidade para com o fomento ativo da pessoa humana.”⁵⁴²

⁵³⁹ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 371.

⁵⁴⁰ OLSEN, *op. cit.*, p. 176.

⁵⁴¹ AZEVEDO, *op. cit.* p. 93.

⁵⁴² SARLET, *op. cit.*, p. 202.

E é justamente nesse ponto que a teoria neoliberal concentra sua força destrutiva, pois que, para obter um Estado desregulamentado, por isso apático, minimamente interventor (esse mínimo se refere somente àquilo que convém aos interesses econômicos) e suscetível de se promover o crescimento econômico a qualquer preço, os direitos sociais, como estão atualmente preconizados na Constituição brasileira, representam um empecilho. Pelo que subjaz ao projeto neoliberal, uma clara intenção de inviabilizar o projeto social de matriz constitucional, propugnando pela inefetividade dos direitos fundamentais, quando não a redução dos direitos fundamentais constantes do catálogo, impedindo que os direitos sociais sejam efetivados, em completo alvedrio aos ditames constitucionais.

a) A Influência da Teoria Neoliberal ao Estado Brasileiro

O avanço do Estado Social tem sido obstaculizado por uma insurgência da teoria liberal, atualmente conhecida como neoliberal*, que prega a perversidade e a inviabilidade dos direitos sociais e do próprio Estado Social, sob os argumentos de que um avanço para se garantir a igualdade implica, necessariamente, desprezo à liberdade, e que a posição do Estado em garantir os direitos sociais estaria causando uma crise estatal pelos vultosos gastos públicos que essa política gera.⁵⁴³

Presas a esse discurso e visando frear a realização da maior fraternidade e solidariedade, na teoria e prática do direito, ergueu-se a ideologia neoliberal, pretendendo decretar o fim do Estado social.⁵⁴⁴ Suas origens remontam, consoante orientação de Azevedo, da publicação das ideias de Friedrich August Hayek e Milton Friedman⁵⁴⁵. O primeiro rejeita como inimiga da liberdade “[...] <<a ilusão do homem à semelhança de Prometeu, alimentada por uma filosofia de tipo construtivista >>[...]”, para ele “[...]<<a civilização é o resultado de um crescimento espontâneo e não de uma vontade>>[...]”, e somente uma ordem espontânea baseada no mercado asseguraria uma sociedade livre e, por outro lado, “Qualquer propósito

* Segundo leciona Perry Anderson, “O neoliberalismo constitui ‘uma reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e do bem-estar’, por esse modelo “toda e qualquer intervenção estatal, destinada a limitar os mecanismos de mercado, é vista como “ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também política.” (*Apud AZEVEDO, op. cit.*, p. 96-97.)

⁵⁴³ PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 36.

⁵⁴⁴ AZEVEDO, *op. cit.*, p. 96.

⁵⁴⁵ Cf. Azevedo, Friedrich August Hayek foi professor da *London School of Economics* no período de 1931 a 1950 e publicou em 1944 a obra denominada, *O caminho da servidão*, onde expõe suas ideias neoliberais. Já Milton Friedman, doutor pela Universidade de Chicago, conselheiro econômico de Richard Nixon e de Ronald Reagan, homenageado com o prêmio Nobel de Ciências Econômicas de 1976, escreveu em 1962 a obra *Capitalismo e Liberdade*, onde “[...] afirma que o mecanismo do mercado é suficiente para regular a maioria dos problemas econômicos e sociais de nosso tempo. O poder do Estado deve se reduzido ao mínimo e descentralizado, sendo a liberdade da empresa o fundamento da liberdade política.” (*Ibid.*, p. 96-98.) (Grifos do autor)

de intervenção do Estado, mesmo que apenas para corrigir injustiças, é identificado como o *caminho da servidão* [...]”.⁵⁴⁶ Fiedman, em sua obra *Capitalism and Freedom*, aponta para duas situações que ameaçariam a liberdade: a primeira envolveria todos aqueles que fossem assim designados pela administração de serviço de Washington, como foi, por exemplo, “[...] <<a ameaça externa vinda do homem mau do Kremlin [...]” ou, recentemente, Bin Laden (denominada de inimigo externo), a outra ameaça, mais sutil (inimigo interno), seria aquela proveniente dos homens de boas intenções que almejam transformar a sociedade, e par disso, conseguir grandes transformações sociais, “[...] com base na ampliação da esfera de responsabilidade do Estado e no alargamento do seu campo de intervenção.” (seria o inimigo interno).⁵⁴⁷ (Grifos no original)

Essa concepção, na mesma medida que a doutrina liberal, possui como vetores a exclusão social e a negação da política e do próprio direito. Ela trabalhou na sombra, durante as décadas dos anos 50 e 60, sendo que a partir de 1973, com a grande crise do modelo econômico do pós-guerra, caracterizada por profunda recessão, seus ideais neoliberais passaram a prosperar.⁵⁴⁸

Constituem orientações da postura neoliberal, segundo destaca Perry Anderson: a) que as raízes da crise residem no poder excessivo dos sindicatos e no movimento operário, que corroeram “[...] as bases da acumulação capitalista com suas pressões reivindicatórias sobre os salários e sua pressão parasitária para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais”; b) que a estabilidade monetária deveria ser a meta de qualquer governo e, para tanto, seriam necessárias a “[...] disciplina orçamentária e a restauração da taxa ‘natural’ de desemprego, ou seja, a contenção dos gastos com bem-estar e a criação de um exército de reserva de trabalho para quebrar os sindicatos” e c) concessões aos agentes econômicos de redução tributária sobre os rendimentos mais altos e sobre as rendas.⁵⁴⁹

Essa postura foi paulatinamente engendrada nas políticas estatais internacionais, sendo, por outro lado, favorecida pelas sucessivas ondas de transformação tecnológica, pela consequente mutação no processo de produção em escala mundial e pelo desenvolvimento da informática e das técnicas industriais, conforme ressalta José Eduardo Faria.⁵⁵⁰

Todas essas transformações influenciaram “[...] a estrutura jurídica brasileira na década de 90, na qual foi implementada uma série de emendas constitucionais que

⁵⁴⁶ *Apud* AVELÃS NUNES, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁴⁷ *Apud* AVELÃS NUNES, *ibid.*, p. 61.

⁵⁴⁸ AZEVEDO, *op. cit.*, p. 100.

⁵⁴⁹ *Apud* AZEVEDO, *ibid.*, p. 100.

⁵⁵⁰ *Apud* AZEVEDO, *ibid.*, p. 101.

modificaram significativamente a feição do Estado.”, tendo o Brasil passado por um intenso processo de privatização, com a abertura do mercado para a iniciativa empresarial internacional.⁵⁵¹

A fim de legitimar e viabilizar as mudanças estatais e políticas, além da postura de desprezo ao direito⁵⁵², a teoria neoliberal tem defendido mudanças ao ordenamento constitucional com proposta de “[...] desregulamentação de direitos sociais positivados em nível infraconstitucional”⁵⁵³ ou, até mesmo, elaborando mecanismos para promover a inefetividade de ditos direitos, valendo-se para tanto de um discurso econômico, segundo o qual o Estado social dirigido a promover um equilíbrio no desfrute do bem-estar teria gerado um gasto público insustentável, responsável pela denominada crise fiscal do Estado responsável de ter corroído a liberdade e a prosperidade dos indivíduos.⁵⁵⁴

Alerta Pérez Luño que o assalto da doutrina neoliberal aos direitos sociais e seu assédio ao Estado social se dirige ao problema do condicionamento econômico a estes direitos à relação à política estatal dirigida a satisfazê-los, colocando-se o problema através das expressões do *condicionamento fiscal* e da *reserva econômica do possível*, para assim obstar a concretização dos direitos sociais.⁵⁵⁵ (Grifos do autor)

Pérez Luño insurge-se contra essa situação e ressalta a parcialidade desse posicionamento, por entender ser essa visão avessa aos termos éticos ou axiológicos da questão, amparada, simplesmente, no seu cunho econômico. São as palavras do catedrático espanhol:

Hoy el asalto neoliberal a los derechos sociales y su asedio al Estado social se dirime en nombre del condicionamiento económico de los derechos y la política estatal dirigida a satisfacerlos. Se alude así a expresiones tales como la de <<el condicionamiento fiscal>>, o la <<reserva económica de lo posible>>, para negar, supeditar, limitar ou aplazar la satisfacción de los derechos sociales.⁵⁵⁶

Analisando ainda as investidas neoliberais acerca da postura estatal de implementação dos direitos sociais, o mencionado jurista espanhol reflete sobre os dois sofismas em que se baseia a crítica neoliberal. Pelo primeiro sofisma (que ele denomina de

⁵⁵¹ OLSEN, *op. cit.*, p. 180.

⁵⁵² AZEVEDO, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁵³ OLSEN, *op. cit.* p. 181.

⁵⁵⁴ PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 36.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, p. 36.

⁵⁵⁶ Cf. Pérez Luño “Hoje, o ataque neoliberal aos direitos sociais e seu assédio ao Estado social se dirige ao condicionamento econômico de tais direitos e da política estatal, visando satisfazê-los. Se refere assim expressões tais como a de ‘condicionamento fiscal’ ou ‘reserva econômica do possível’, para negar, subordinar, limitar ou adiar a satisfação dos direitos sociais.” (PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 36.) (Tradução livre da autora)

falácia) defendem os neoliberais que só se pode sustentar como direitos aqueles para os quais existem recursos para atendê-los, já o segundo sofisma seria aquele que prega que as leis do mercado são as que devem definir o alcance dos direitos*, através da análise econômica dos pressupostos de cada um deles.⁵⁵⁷ A esse respeito Pérez Luño adverte que os seus defensores se esquecem que as leis do mercado não são leis físicas, intransponíveis, mas são criações humanas e servem para os fins determinados por estes seres, citando ao final Contreras, que arremata: ““El mercado no es um Moloch intocable e inflexible [...] el mercado es una hipóstasis, una abstracción... bajo la que se esconde simplemente una pluralidad de voluntades humanas, voluntades que pueden ser modificadas y que pueden ilegar a acuerdos””.⁵⁵⁸

A ofensiva neoliberal aos direitos sociais, para se legitimar, tem visado a teoria da constituição, pois que “[...] no lugar do dirigismo constitucional voltado para as promessas da modernidade, a normatividade constitucional tem cedido à inevitabilidade dos movimentos econômico-financeiros: a prevalência do econômico sobre o jurídico tem se apresentado sob a forma da incomunicabilidade dos sistemas”, de tal forma que não mais se poderia falar em juridicização do político, ou politização do jurídico.⁵⁵⁹

É nessa ambiência que se revela a reserva do possível, como um argumento utilizado por poderes e/ou entes públicos, os quais, invocando a escassez de recursos públicos para a satisfação de prestações de caráter fundamental e social, negam atendimento aos direitos mais básicos e essenciais do cidadão como é o direito à educação.

4.2 ANÁLISE CRÍTICA DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Já se abordou em linhas anteriores que a grande questão relativa aos direitos sociais, mais especificamente com relação ao direito fundamental social à educação no Brasil, radica em sua efetivação. O projeto educacional esboçado na Constituição brasileira encontra-se devidamente delineado e detalhado quanto ao tipo de educação que a sociedade brasileira

* Percebe-se que se idealizava a criação do chamado Estado Mercado, ou seja, o mercado era quem deveria ditar toda política a ser seguida pelo Estado. Por essa concepção as leis da economia deveriam regular as relações Estatais. O maior defensor desse posicionamento é Philip Bobbitt em sua obra *A guerra e a paz na história moderna: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações*. Tradução Cristina de Assis Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003.)

⁵⁵⁷ PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 37-38.

⁵⁵⁸ "O mercado não é um Moloch intocável e inflexível [...] o mercado é uma hipóstase, uma abstração [...] abaixo do qual se esconde uma pluralidade de vontades humanas, vontades que podem ser alteradas e que podem chegar a acordos". (*Apud* PÉREZ LUÑO, *ibid.*, p. 38.

⁵⁵⁹ OLSEN, *ob. cit.* p. 181.

deseja que seja prestada aos cidadãos brasileiros e quanto a sua fonte de financiamento, determinando de forma clara e pontual as responsabilidades dos diversos entes governamentais por cada uma das fases educacionais.

A proteção conferida ao direito à educação e o alto grau de normatividade que foram conferidos aos preceitos que integram o seu núcleo normativo se justificam diante do quadro social brasileiro e dos relevantes objetivos do Estado brasileiro, não podendo, assim, tais fatores serem subjugados por qualquer outro interesse, ainda que este esteja assente em razões de política econômica e financeira ou se revista de um discurso de boas intenções, fulcrado na necessidade de crescimento econômico.

Assim sendo, qualquer norma, doutrina ou teoria que seja tendente a limitar ou impedir que o projeto educacional constitucional se concretize deve ser analisada com parcimônia e sob a ótica das diretrizes constitucionais, sob pena de se estar retroagindo no campo social, ferindo preceitos constitucionais fundamentais e inviabilizando o exercício da plena cidadania.

a) Origem, Terminologia e Conceituação

Consoante já mencionado acima, o direito à educação, em regra, integra a categoria de direitos sociais prestacionais, carecendo, via de regra, de uma atitude positiva do Estado para a sua realização, ou seja, reclama uma atuação positiva do legislador e do Executivo, no sentido de implementar a prestação que constitui o seu objeto.⁵⁶⁰

O direito à educação, a exemplo dos demais direitos sociais, possui o escopo de equalizar as diferenças sociais e promover uma redistribuição dos bens do capital, do que se destaca a dimensão economicamente relevante de tal direito, o que não é privilégio dos direitos sociais, pois “[...] todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva e, portanto, alguma relevância econômica.”⁵⁶¹

É exatamente relacionada à análise da dimensão econômica dos direitos sociais que se originou a doutrina alemã denominada reserva do possível (*Der Vorbehalt des Möglichen*), a qual procura identificar o fenômeno da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem satisfeitas pelo Estado.⁵⁶²

⁵⁶⁰ SARLET, *ob. cit.* p. 284.

⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 284.

⁵⁶² BARCELLOS, *op. cit.*, p. 236.

Também designada como reserva orçamentária ou limite de orçamento⁵⁶³, essa doutrina se originou de uma jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão que preconizou que a satisfação dos direitos subjetivos a prestações materiais de serviços públicos pelo Estado estaria sujeita à disponibilidade de recursos e que a decisão sobre a disponibilidade estaria afeta ao âmbito da discricionariedade das decisões governamentais na elaboração dos orçamentos públicos.⁵⁶⁴

Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas (*Teilhaberechte*) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo de maneira racional, pode esperar da sociedade”. Essa teoria impossibilita exigência acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender todos os candidatos.⁵⁶⁵

A jurisprudência que deu origem à reserva do possível, remonta de 1970, se refere ao famoso caso do *numerus clausus*,⁵⁶⁶ analisado pela Corte Constitucional Alemã, que dizia respeito ao direito de acesso ao ensino superior. Aquela corte entendeu que “[...] a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” e que “[...] mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar de uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.”⁵⁶⁷

⁵⁶³ SCAFF, Fernando Facuy. In: SARLET, Ingo Wolfgang; Timm, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 149-172.

⁵⁶⁴ KRELL, Andréas J. *Os direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*, p. 52.

⁵⁶⁵ KRELL, *op. cit.*, p. 52.

⁵⁶⁶ Cf. Schwabe, citado por Torres segundo a decisão alemã (BVerfGE 33: 303-333) que deu origem à reserva do possível, “Os direitos a prestações (*Teilhaberecht*) ...não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível (*Vorbehalt de Möglichen*), no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão. Em primeira linha compete ao legislador julgar, pela sua própria responsabilidade, sobre a importância das diversas pretensões da comunidade, para incluí-las no orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral... Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover, a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependente exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada alijada da capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a idéia do Estado Social... Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.” (*Apud* TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-86.)

⁵⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchetiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: _____; Timm, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53.

Até os anos noventa, as incursões da tese da reserva do possível se restringiam aos limites dos direitos sociais prestacionais, por demandarem estas ações do Estado, envolvendo custos. Como bem ressalta Barcellos, pelo fato de não existir um estudo mais aprofundado sobre a reserva do possível, ela funcionou como mote mágico, pois “[...] impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais [...]” sob o argumento recorrente do terror econômico, muitas vezes anunciado pelo poder executivo, colocando, em contrapartida, o judiciário como vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas.⁵⁶⁸

No entanto foi com a publicação da obra *The cost of rights*, de Holmes e Cass Sunstein, em 1999, que a discussão sobre o tema passou ser mais constante no meio jurídico e acadêmico brasileiro. Nesta obra os autores passaram a fazer uma análise econômica dos custos, tanto dos direitos sociais, como dos direitos individuais, no sentido de se demonstrar que o estudo do direito não pode ser feito de forma isolada, ainda mais quando se trata de direitos que apresentam a aplicação de recursos por parte do Estado, e que os direitos sociais não seriam os únicos a ter um custo, também os direitos individuais e políticos o possuem, e todos demandam recursos públicos para a sua satisfação.⁵⁶⁹

A expressão reserva do possível tem sido utilizada na jurisprudência e na doutrina de forma variada o que tem causado uma certa insegurança no seu tratamento, alguns a tratam como princípio, outros como cláusula ou postulado, teoria⁵⁷⁰, outros ainda, como uma condição de realidade.⁵⁷¹

Com bem observa Olsen, não se pode conceber a reserva do possível como um princípio, pois ela “[...] não prescreve um determinado estado de coisas a ser atingido, não corresponde a um mandado de otimização”; ainda que se admita uma ponderação levando-se em conta a reserva do possível, isso não parece ser suficiente para qualificá-la como um princípio, sendo certo também que não se enquadraria na categoria de cláusula ou postulado, pois ela não estaria sujeita ao processo de ponderação, estando assim afastados tais termos para designá-la.⁵⁷²

Olsen leciona que a reserva do possível pode ser compreendida como uma condição de realidade que influencia na aplicação dos direitos fundamentais, e, diante dos argumentos explorados em sua obra, propõe conceituá-la como uma *condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes, atuando como*

⁵⁶⁸ BARCELLOS, *ob. cit.*, p. 237.

⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 238.

⁵⁷⁰ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Verba Júrís*: anuário da pós-graduação em direito, João Pessoa, n. 4, 2005, p. 79-104.

⁵⁷¹ OLSEN, *op. cit.*, p. 199-200.

⁵⁷² *Ibid.*, p. 200.

“[...] elemento externo, que pode reduzir, ou até eliminar o acesso dos titulares de um dado direito fundamental social ao bem juridicamente protegido [...]”, não sendo absoluta, estando sua aplicação sujeita a um padrão de razoabilidade e proporcionalidade.⁵⁷³ (Grifos da autora)

Essa conceituação traz um importante subsídio para a análise da natureza da expressão reserva do possível, partindo-se de sua origem já abordada neste tópico como um *tópos* oriundo da jurisprudência da Corte Constitucional alemã⁵⁷⁴, representando um elemento extrajurídico⁵⁷⁵ uma restrição à concretização dos direitos fundamentais sociais, mais precisamente ao direito fundamental social à educação de matriz constitucional. Pelo sentido que lhe foi conferido pela Corte alienígena, infere-se que de acordo com a reserva do possível “[...] não se pode falar em obrigação de prestar algo que não se mantenha dentro dos limites do razoável”.⁵⁷⁶

A reserva do possível é definida também como uma teoria segundo a qual “[...] a concretização dos direitos individuais de segunda geração – direitos à prestação estatal – deve ser realizada desde que presentes dois requisitos: a) razoabilidade do direito pleiteado; e b) a existência de possibilidades financeiras e orçamentárias do poder público.”⁵⁷⁷

Em outras palavras, a reserva do possível consiste no argumento utilizado pelo poder público quando alega inexistência de recursos para a implementação de determinado direito, geralmente, consistente em direitos prestacionais sociais, como saúde, educação, moradia, assistência social, etc, como por exemplo, quando o Estado se omite em dar proteção adequada a adolescentes infratores em unidade especializada (obrigação esta constante do artigo 227, § 1º da Constituição Brasileira de 1988), em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, deixando formular e executar políticas públicas de valores que a própria

⁵⁷³ *Ibid.*, p. 212-213.

⁵⁷⁴ KRELL, *op. cit.*, p. 52.

⁵⁷⁵ QUEIROZ, Ari Ferreira; OLIVEIRA, Vitor França Dias. A reserva do possível como parâmetro de sindicância dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*. V. 33, n 1, p. 47-66, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/viewPDFInterstitial/9799/6691>>. Acesso em: 30 jul 2010.

⁵⁷⁶ *Ibid.*, p. 47-66.

⁵⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Ação Civil Pública. Direito Administrativo. Educação Prioridade. Omissão no Repasse de Verbas Públicas. Decreto Estadual. Ilegalidade. Extrapolação do Poder Regulamentar. Art. 2º e 65 da Lei Estadual nº 10.576/95. Decumprimento do Art. 212 da Constituição Federal. Situação em que não pode ser invocada a Teoria da Reserva do Possível.. Apelação Cível nº 70023233547. Apelante Estado do Rio Grande do Sul e Apelado Ministério Público. Relator Desembargador Miguel Ângelo da Silva. Segunda Câmara Cível. 03 de abril de 2009. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/portal/versoa_impressao/impressao.php>. Acesso em: 30 jul. 2010.

Constituição define como de absoluta prioridade,⁵⁷⁸ alegando inexistência de orçamento para tal atendimento, invocando assim a reserva do possível. Ou, ainda a título de ilustração, quando o município, instado a se manifestar sobre a alegada inexistência de vagas no ensino fundamental, invoca em sua defesa, a inexistência de destinação orçamentária (reserva do possível) para a complementação do fornecimento das vagas faltantes ao atendimento desse direito.

Com efeito, a inserção da reserva do possível no ordenamento jurídico deve ser analisada cuidadosamente, pois trata-se, na sua origem, de um posicionamento jurisprudencial firmado num país com realidades social e econômica distintas da brasileira e numa conjuntura histórica e jurídica particular, que devem ser avaliadas e comparadas, para se posicionar sobre sua aplicação ou não nas lides nacionais.

b) A Importação de uma Teoria – Breve Análise Comparativa

A reserva do possível, como já mencionado, foi originalmente conhecida através da jurisprudência do Tribunal Federal Alemão, que apreciou um caso envolvendo uma discussão sobre direitos a prestações positivas postuladas em face do Estado, conhecido como o famoso caso do *numerus clausus*, já mencionado em linhas anteriores.

Trata-se de uma teoria alienígena que foi invocada no contexto do pós guerra (segunda guerra mundial), em que a procura de vagas para se cursar o ensino superior dobrou, sem que as universidades alemãs tivessem condições de suportar a referida demanda.*

Analisando o contexto social e jurídico em que o Tribunal Federal Alemão acolheu a arguição da reserva do possível, destaca Olsen que

[...] o Estado Alemão estava fazendo ou tinha feito tudo que estava ao seu alcance a fim de tornar o ensino superior acessível. Exigir mais, para o fim de satisfação

⁵⁷⁸ Conforme ilustra o desembargador relator Miguel Ângelo da Silva ao apreciar recurso de Apelação Cível nº 70023233547. (*Ibid.*, Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/portal/verso_impresao/impresao.php>). Acesso em: 30 jul. 2010.)

* Cf. relata Olsen, “Em dois processos envolvendo o acesso de cidadãos ao curso de medicina nas Universidades de Hamburgo e Munique, as Cortes Administrativas solicitaram uma decisão da Corte Constitucional Federal a respeito da compatibilidade entre certas regras legais estaduais que restringiam esse acesso (*numerus clausus*), e a Lei Fundamental. No lapso de tempo havido entre 1952 e 1967, o número de estudantes nas universidades científicas da RFA praticamente dobrara; o número de primeiro-anistas passou de 25.000 para 51.000. O desenvolvimento das universidades, as esferas governamentais teriam de disponibilizar mais de 7,7 bilhões de marcos, valores irrealizáveis, se considerada a situação alemã do pós-guerra. Por conta disso, nos anos 60, cada vez mais escolas recorreram ao auxílio da regra do *numerus clausus*, existente desde os anos imediatos ao pós guerra. O número de vagas para o ensino superior era limitado, e de fato não poderia atender a toda a população. Faltava, todavia, a base constitucional para esta regra. O recurso ao Tribunal Constitucional buscou solucionar este problema.” (OLSEN, *op. cit.*, p. 215.)

individual de cada cidadão, obrigando o Estado a negligenciar outros programas sociais, ou mesmo comprometer suas políticas públicas, não se mostrava razoável. A questão, entretanto, não parece ter sido financeira, enquanto escassez absoluta de recursos, mas sim dizia respeito à razoabilidade com a que a alocação destes recursos poderia ser demandada. Mesmo que o Estado dispusesse destes recursos, segundo a reserva do possível instituída pelo tribunal alemão, não se poderia impor a ele uma obrigação que fugisse aos limites do razoável, tendo em vista os fins eleitos como relevantes pela Lei Fundamental.⁵⁷⁹

O Tribunal Federal alemão, até os dias de hoje, quando aplica a reserva do possível pauta-se pelo “[...] parâmetro de razoabilidade em relação à exigência de prestações a serem cumpridas pelo Estado, [...]”*, levando em conta o que se pode realmente realizar e o que efetivamente precisa ser garantido em termos de direitos fundamentais com fulcro na norma constitucional.⁵⁸⁰

Os tribunais brasileiros, diversamente da Corte Alemã, aplicam a reserva do possível alegando escassez de recursos, ora fática, ora jurídica, ou seja, ao importá-la transmudaram sua substância, ou seja, da original preocupação com a “[...] proporcionalidade e a razoabilidade (aquilo que razoavelmente se pode exigir) deu lugar a questão da disponibilidade de recursos e para o custo dos direitos.”⁵⁸¹

⁵⁷⁹ *Ibid.*, p. 220.

* Cf. ilustração de Olsen, a respeito do sentido que até os dias de hoje o Tribunal Federal alemão confere à reserva do possível, em suas decisões, para tanto, a mencionada autora colaciona um julgado da Corte alemã que relacionado ao benefício previdenciário de seguridade social criado pela *Lei Federal de Indenização às Vítimas de Atos Violentos*, na Alemanha de 2004: “No caso específico, a vítima de atos violentos morava com a companheira e seu filho – o autor da ação de atos violentos – por ele sustentado, embora não tivesse nenhum parentesco. Segundo o § 1º, inc. I, alínea “I”, da referida lei, são beneficiários da indenização a vítima, seu cônjuge, os filhos órfãos e demais descendentes. Dentre estes filhos, enquadravam-se não só os havidos com o cônjuge, ou por ele adotados, mas também ‘*peçoas com as quais o legitimado é ligado por laço similar ou familiar e de longa duração, e em cuja habitação haja acolhido*’. Uma emenda de 1989 restringiu este conceito legal, afirmando que referido benefício não se aplicaria ao ‘filho adotivo’ se este ainda mantivesse contato com os pais biológicos. Neste caso, em virtude do falecimento do companheiro da mãe em um atentado em Hamburgo, o menor requereu perante o Judiciário o benefício em questão. Diante deste quadro, o autor interpôs o recurso constitucional alegando a inconstitucionalidade da emenda, por violar a proibição da retroatividade. O Tribunal Constitucional Federal manifestou-se pela improcedência do recurso, com base na reserva do possível: *A promoção da família por parte do Estado está sujeita à reserva do possível; no sentido daquilo que pode ser razoavelmente exigido da sociedade, por parte do indivíduo, quando ele decide ter filhos. Além desse ponto, pode o Estado considerar necessidades diferenciais, neste âmbito (BVerGE 43, 108, <121>). A partir destes fundamentos, surge um maior espaço para o modo de distribuição dos encargos familiares. bb) Este espaço foi expressamente delimitado pelo legislador. Em favor do autor, pode-se mencionar que o companheiro de sua mãe tenha sido predominantemente sustentado pelo Estado; e eles não poderiam contar com a continuidade desta prestação. Sua situação não era diversa daquela, de uma família monoparental. Por causa disso, a mãe pôde perceber auxílio-infância. Para sua educação, havia à disposição o auxílio-educação. Não se pode considerar que o legislador estava prevendo um benefício adicional. Aqui também é preciso considerar que crianças na situação do autor têm direito à prestação alimentar de ambos os pais, ou dos avós, quando um dos pais falecer antes. A concessão de uma pensão de órfão sobrevivente ao autor lhe outorgaria um benefício que os filhos legítimos de um falecido não teriam.*” (*Ibid.*, p. 220-221.) (Grifos no original)

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p. 220.

⁵⁸¹ *Ibid.*, p. 222.

Analisando a exegese distinta atribuída à reserva do possível nos tribunais alemães e brasileiros, reforça-se a advertência segundo a qual a utilização de institutos estrangeiros, teorias ou entendimentos jurisprudenciais alienígenas deve ser vista com reserva, à medida que

As regras obrigatórias do direito, que cada povo adota, formam o seu direito positivo. O direito positivo, por atender às necessidades peculiares de cada coletividade constituída em Nação e Estado, por exteriorizar uma particular conceituação, ou um modo particular de aplicação da justiça, é eminentemente nacional.⁵⁸²

Isso se justifica, pois as instituições jurídico-constitucionais de um determinado Estado se conjugam com suas ideias, ideais e necessidades, num determinado contexto histórico, sendo impossível, conforme averba Agesta e Dantas, “[...] transportar-se um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos.”⁵⁸³

O direito não pode ser compreendido isolado da realidade social em que se deve aplicar, “Um idêntico conjunto de normas posto em diferentes países exhibe, irrefutavelmente diferentes modos de ser interpretado e de ser cumprido, porque tais normas levam consigo valores e conceitos susceptíveis de refração e não se reduzem a esquemas formais.”⁵⁸⁴ Todavia, há alguns setores jurídicos mais sensíveis à influência dos fatores sociais, como é o Direito Constitucional, mais suscetível aos condicionamentos culturais, religiosos, políticos, econômicos presentes ou latentes no país.⁵⁸⁵ Como bem adverte Miranda, “Muitos esquemas constitucionais, perfeitos em certo Estado, ao serem transplantados para outro Estado revelam-se profundamente inadequados, por o novo meio social e cultural não estar preparado para os receber e exigir soluções bastante diversas.”⁵⁸⁶

Krell alerta que uma investigação em sede de direito constitucional comparado requer além da utilização dos aportes da ciência política da origem da teoria objeto de exame, igualmente, uma reflexão, pela Sociologia do Direito, do “[...] real funcionamento e efeito das instituições jurídicas – como os Direitos Fundamentais – nos diferentes ambientes sociais, as quais de longe, podem parecer muito semelhantes.”⁵⁸⁷

⁵⁸² RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 97.

⁵⁸³ KRELL, *op. cit.*, p. 41.

⁵⁸⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 121.

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 121-122.

⁵⁸⁶ *Ibid.*, p. 122.

⁵⁸⁷ KRELL, *op. cit.*, p. 42.

Para se importar um entendimento doutrinário ou jurisprudencial ou mesmo um instituto jurídico de uma ordem para outra há que se ter em conta, além do aparato jurídico que o circunda, o que se pretende acolher e o momento social, cultural e histórico pelo qual estão passando os Estados em questão.

Portanto, é irreal a crença de que se possa transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra sem se levar em conta os condicionamentos sócio-culturais e econômico-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos,⁵⁸⁸ pois “[...] os mesmos textos e procedimentos jurídicos são capazes de causar efeitos completamente diferentes, quando utilizados em sociedades desenvolvidas (centrais) como a alemã, ou numa periférica como a brasileira.”⁵⁸⁹ Pontua Hobsbawm que “A democracia, os valores ocidentais e os direitos humanos não são produtos tecnológicos de importação, cujos benefícios óbvios desde o início que são adotados de uma mesma maneira por todos os que têm condições de usá-los, como uma pacífica bicicleta o um mortífero AK 47, ou serviços técnicos [...]”⁵⁹⁰

Assim, a reserva do possível alemã, cunhada sobre a razoabilidade com que a alocação de recursos pode ser demandada⁵⁹¹, transformou-se num instrumento de limitação de efetividade dos direitos sociais, pois sustenta-se na escassez de recursos como negativa para as prestações de cunho social, pois a sua aplicação no direito brasileiro vem sendo invocado sem qualquer apreço à realidade brasileira, completamente diversa da alemã, pervertendo a finalidade original do instituto.

Outrossim, merece análise a questão da discricionariedade para a dotação dos recursos necessários à satisfação dos direitos fundamentais sociais, a qual, no Brasil, está adstrita à satisfação destes direitos, conforme enfatiza Olsen:

Vale lembrar que na Alemanha os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional são uma decorrência do princípio do Estado Social, e não se encontram expressamente positivados no texto da Lei Fundamental. Não é o que ocorre com a Constituição Federal do Brasil, que previu expressamente estes direitos como direitos fundamentais, e inclusive instituiu normas que balizam a alocação dos recursos necessários à implementação das prestações correspondentes.⁵⁹²

Por tais razões, o acolhimento da reserva do possível de origem alemã em nosso ordenamento jurídico deve ser visto com reserva, pois o Brasil possui realidades social e

⁵⁸⁸ DANTAS, Ivo. *O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 76.

⁵⁸⁹ KRELL, *op. cit.*, p. 42.

⁵⁹⁰ HOBBSAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

⁵⁹¹ OLSEN, *op. cit.*, p. 221-222.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 224.

cultural muito distintas da alemã, ou mesmo de outros países da comunidade europeia que também adotam a referida doutrina, notadamente se considerar o contexto e o delineamento jurídico que a Corte alemã atribuiu à mencionada teoria.

Esse antagonismo aumenta de proporções se se analisar a educação aqui prestada. Na Alemanha, o caso do *numerus clausus* se referiu à negativa de se prestar o ensino superior quando o Estado Alemão já havia feito tudo o que podia para aumentar as vagas para o acesso ao curso de medicina. No Brasil, a reserva do possível é invocada, na maioria das vezes, com a finalidade de se obstar o acesso à educação fundamental e outros direitos essenciais à vida e à sobrevivência humana, sob o argumento de escassez de recursos. Realidades estas diametralmente opostas, implicando assim, restrição ilegítima aos direitos fundamentais.

c) As Restrições aos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível

Retoma-se aqui, mesmo que brevemente, parte da discussão dogmática sobre os direitos fundamentais sociais, mais especificamente para o direito à educação, pela especificidade que o estudo guarda com a natureza e o alcance da reserva do possível. Por tal razão, houve-se por bem tratá-lo neste capítulo, muito embora esteja relacionado à dogmática jurídica dos direitos fundamentais.

A análise das decisões judiciais acerca dos direitos fundamentais denota que todo direito fundamental possui um âmbito de proteção, ou seja, um campo de incidência normativa ou suporte fático, estando ao menos em princípio, sujeito a intervenções neste âmbito de proteção,⁵⁹³ pois “[...] a relevância prática dos direitos fundamentais está estreitamente vinculada à ocorrência de uma restrição, ou seja, de uma intervenção em seu âmbito de proteção, de tal sorte que ‘estudar os direitos fundamentais significa principalmente estudar suas limitações’.”⁵⁹⁴

No Brasil, diversamente do que ocorre em outros países como Alemanha, Portugal e Espanha, não há uma abordagem expressa acerca das restrições e limites aos direitos fundamentais, com exceção do que ocorre com o regime de reservas de lei e da proibição da abolição dos conteúdos protegidos contra a reforma constitucional, cujas hipóteses encontram-se delineadas no texto constitucional (artigo 60, § 4º).⁵⁹⁵

Por tal razão, torna-se, necessária, principalmente no que diz respeito ao caso brasileiro, a compreensão exata do âmbito de proteção do direito fundamental em tela (no

⁵⁹³ SARLET, *op. cit.*, p. 386.

⁵⁹⁴ *Apud* SARLET, *ibid.*, p. 386.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 386.

caso o direito à educação), seus pressupostos fáticos constantes da norma jurídica, ou mais precisamente, do bem jurídico protegido⁵⁹⁶, para efeito de se examinar se a reserva do possível apresenta-se como uma potencial limitação ao direito à educação, nos moldes delineados na Constituição brasileira.

Portanto, o exame da doutrina das restrições aos direitos fundamentais deve, necessariamente, envolver a compreensão acerca do campo de proteção do direito fundamental examinado e das especificidades do direito, ou direitos, albergados com a referida norma. Pontual é lição de Canotilho, a esse respeito:

Só se deve falar-se de restrição de direitos, liberdades e garantias depois de conhecermos o *âmbito de proteção* das normas constitucionais consagradoras desses direitos. A primeira tarefa metódica deve consistir, por conseguinte, na análise da estrutura de uma norma constitucional concretamente garantidora de direitos. Pretende-se determinar quais os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção – **âmbito de proteção da norma** – e verificar se os bens jurídicos protegidos por uma norma constitucional consagradora de um direito, liberdade e garantia sofrem de qualquer restrição imediatamente estabelecida pela própria constituição - restituição constitucional expressa – ou se a constituição *autoriza* a lei a restringir esse âmbito de proteção – *reserva de lei restritiva*.⁵⁹⁷ (grifos no original)

Mas o que se entende por restrições e limites aos direitos fundamentais? Em quais hipóteses isso ocorre e qual sua abrangência, já que no constitucionalismo brasileiro não há uma previsão expressa nesse sentido?

Novais distingue limites e restrições aos direitos fundamentais. Enquanto aqueles “[...] constituem o fundamento constitucional, expresso ou implícito, de legitimação de uma actuação restritiva dos poderes constituídos no domínio dos direitos fundamentais”, estes são

as acções dos poderes constituídos que, com base nos limites constitucionais dos direitos fundamentais, incidem restritivamente sobre o conteúdo objectivo de protecção da norma de direito fundamental e que, a serem tidas como legítimas, dão origem a uma nova delimitação do conteúdo do direito, a novos limites e a uma nova norma de direito fundamental.⁵⁹⁸

Canotilho, analisando a questão das restrições aos direitos fundamentais, distingue três modalidades de restrições: as restrições constitucionais imediatas; os limites ou restrições estabelecidas em lei; e os limites constitucionais não escritos ou restrições não expressamente autorizadas pela Constituição.⁵⁹⁹ As primeiras (restrições imediatas), estariam positivadas pelas próprias normas constitucionais; as segundas (as restrições estabelecidas em lei) se

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 387.

⁵⁹⁷ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1.275.

⁵⁹⁸ NOVAIS, *op. cit.*, p. 278.

⁵⁹⁹ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1.276-1.277.

verificariam quando o próprio direito ou garantia constitucional admite expressamente as restrições, neste caso designadas como reservas de lei e, finalmente, as terceiras (limites imanentes), seriam os limites constitucionais não escritos ou restrições não expressamente autorizadas pela Constituição.⁶⁰⁰

No caso dos limites imanentes, adverte Canotilho que “[...] não existe uma *norma* (constitucional ou legal) de restrição, e, por isso, a doutrina tem procurado a sua justificação de outras formas”. Esta categoria de limite se justificaria por existirem limites originários ou primitivos que se imporiam a todos os direitos; limites constituídos por direitos dos outros; limites imanentes da ordem social e limites eticamente imanentes.”⁶⁰¹

Adverte o jurista português que essa posição, além de ter reconhecimento problemático, apresenta sérias reticências, pois que a reconhecer razões de ordem sociais, éticas ou provenientes de direitos dos outros, colocar-se-iam, novamente, os direitos fundamentais sob a limitação do legislador, invertendo-se a ordem constitucional, estando os direitos fundamentais subjugados à lei, contrariando expressamente a força normativa da constituição que reclama exatamente o inverso, que as leis estejam adstritas aos direitos fundamentais.⁶⁰²

Novais coloca a questão referindo-se à teoria externa, teoria interna e modelo combinado de normas jusfundamentais. Pelo primeiro modelo (teoria externa), as restrições aos direitos fundamentais se referem apenas àquelas apostas pela própria Constituição ou através de lei ordinária que atue fundada nas chamadas cláusulas de reserva.⁶⁰³ Esse modelo inspirado no chamado pensamento clássico de intervenção e limites, também designado de teoria externa dos limites, “[...] parte de um dualismo conceptual assente na distinção entre direito fundamental e limites do direito fundamental.” E, por serem os limites e as restrições construídos de fora do conteúdo do direito fundamental, em si, são denominados de teoria externa.⁶⁰⁴

Para essa teoria, a relação entre direito e restrição “[...] é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos.”⁶⁰⁵

A teoria interna preconiza que “[...] tudo o que existe é o direito fundamental imaneamente limitado por força da sua necessária compatibilização e consequente

⁶⁰⁰ *Ibid.*, p. 1.276-1.277.

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 1.279-1.280.

⁶⁰² *Ibid.*, p. 1.280.

⁶⁰³ NOVAIS, *op. cit.*, p. 299-300.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 301.

⁶⁰⁵ ALEXY, *op. cit.*, p. 277.

compreensão pelos outros bens de valor constitucional igual ou superior”,⁶⁰⁶ o que significa que, por essa teoria, o direito já nasce com seus limites.⁶⁰⁷ Segundo essa teoria, não existem as duas coisas, o direito com sua restrição, e sim apenas uma, o direito com um determinado conteúdo.⁶⁰⁸ O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite, o que significa dizer que dúvidas sobre os limites aos direitos fundamentais se referem a dúvidas sobre o seu conteúdo.⁶⁰⁹

A censura que se faz a essa teoria é que, em se aceitando que os direitos fundamentais possuam limites imanentes, os poderes constituídos, ao aplicarem a norma de direito fundamental, podem, na verdade, alterar o conteúdo desses direitos sob pretexto de se estar revelando os seus limites imanentes, numa atividade conformadora, subtraindo-se ao controle constitucional que pode subsumir-se na existência de autorização constitucional para redução do conteúdo do direito, a reserva de lei e a proporcionalidade.⁶¹⁰

Por derradeiro, há que se mencionar o modelo combinado, resultante da adaptação feita por Alexy à teoria externa⁶¹¹, a qual, partindo do reconhecimento do duplo caráter das normas de direitos fundamentais (normas/*princípio* e normas/*regra*), defende que as normas jurídicas, ou *regras* ou *princípios* apresentam uma dupla natureza, o que significa que mesmo se apresentando numa “[...] estrutura típica de *regras*, poderem ser *construídas* de modo a agregar os dois níveis – de *regras* e de *princípios* – quando na sua formulação se faz incluir uma cláusula de limites orientada a *princípios* ou a ponderações”.⁶¹² (Grifos no original)

Novais (2003) entende que o modelo combinado de Alexy se distingue das teorias interna e externa, pois “[...] coloca-se numa perspectiva qualitativamente distinta, ou seja, ao invés de elaborar sobre a natureza dos próprios direitos fundamentais, faz decorrer sua concepção de limites de uma elaboração sobre a natureza dos próprios direitos fundamentais ou, mais rigorosamente, das normas de direitos fundamentais.”⁶¹³

A teoria externa adaptada à teoria dos princípios* tem ganhado adesões de vários doutrinadores por se mostrar mais apta a esclarecer as questões decorrentes da colisão entre

⁶⁰⁶ NOVAIS, *op. cit.*, p. 314.

⁶⁰⁷ SARLET, *op. cit.*, p. 388.

⁶⁰⁸ ALEXY, *op. cit.*, p. 277.

⁶⁰⁹ *Ibid.*, p. 277-278.

⁶¹⁰ OLSEN, *op. cit.*, p. 123.

⁶¹¹ *Ibid.*, p. 126.

⁶¹² NOVAIS, *op. cit.*, p. 322-335.

⁶¹³ *Ibid.*, p. 322.

* Esse posicionamento é comungado por Jorge Reis Novais (*As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, p. 360-361); Ingo Wolfgang Sarlet (*A eficácia dos Direitos Fundamentais...*, p. 389); Ana Carolina Lopes Olsen (*Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*, p. 127), dentre outros.

direitos fundamentais⁶¹⁴, pois “Se os direitos fundamentais sociais, em grande parte dos casos, criam posições jurídicas *prima facie*, de modo que estão sujeitos à ponderação de bens, princípios e valores, a fim de identificação de direitos definitivos, é porque seu âmbito normativo mostra-se maleável e sujeito a restrições.”⁶¹⁵

Todavia, a atividade restritiva dos direitos fundamentais deve ser, de perto, analisada, sob pena de se descaracterizar o conteúdo dos direitos fundamentais sociais, mesmo porque consoante observam Canotilho e Vital Moreira, “[...] em se tratando de direitos a prestações [como é o direito à educação], não há restrições, mas mera concretização insuficiente da norma, omissão do poder público que não cumpre, ou não cumpre integralmente, a obrigação constitucional.” Por esse entendimento, haveria restrição “[...] somente quando determinado âmbito de proteção já estivesse definido na Constituição, ou na lei ordinária, e fosse então atingido, reduzido pelos poderes públicos.”⁶¹⁶

Com efeito, os autores em comento somente concebem restrição como ação que reduz a atuação da norma que retira bens jurídicos do alcance do titular e, neste caso, a possibilidade de restrição estaria vinculada ao princípio da vedação de retrocesso, o que implica proibição de o Estado intervir em posições jurídicas conquistadas pelos titulares destes direitos fundamentais.⁶¹⁷

Nesta senda, há que se considerar também que os limites (ou restrições) aos direitos fundamentais sociais também estão suscetíveis de limites. As limitações somente serão justificadas se a autoridade estatal, por um lado, observar as regras formais relativas à competência, hierarquia, procedimento e forma adotadas pela autoridade estatal (compatibilidade formal), e se, de outro, à vista dos princípios e valores subjacentes à norma jurídica (como dignidade humana, igualdade e liberdade), observou as fronteiras relativas ao núcleo essencial do direito objeto de proteção normativa (compatibilidade material).⁶¹⁸

Esses limites às restrições, apesar de não serem expressamente previstos no texto constitucional pátrio, são abordados pela doutrina e jurisprudência brasileira sob a inspiração dos direitos alemão e português. Dentre esses limites citam-se a proporcionalidade, a razoabilidade e a garantia do núcleo essencial.⁶¹⁹

A proporcionalidade e a razoabilidade serão objetos de estudo específico quando se analisar a questão da interpretação do direito à educação em face da reserva do possível. No

⁶¹⁴ SARLET, *op. cit.*, p. 389.

⁶¹⁵ OLSEN, *op. cit.*, p. 126.

⁶¹⁶ *Apud* OLSEN, *ibid.*, p. 146.

⁶¹⁷ *Apud* OLSEN, *ibid.*, p. 146-147.

⁶¹⁸ SARLET, *op. cit.*, p. 395.

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 395.

entanto, a garantia do núcleo essencial será aqui abordada (de forma sintética) tendo em vista a necessidade de se esclarecer se o direito fundamental social à educação está sujeito a restrições e, sendo positiva essa afirmação, em que medida pode se dar essa restrição ou limite.

d) A garantia do núcleo essencial do direito à educação

Já se mencionou que as restrições aos direitos fundamentais, quando admitidas, não se verificam de forma indiscriminada, sendo também, e principalmente, objeto de limitação que pode se realizar num processo de sopesamento dos direitos fundamentais conflitantes, de acordo com critérios de proporcionalidade e razoabilidade, tendo em conta a proteção do núcleo essencial dos direitos envolvidos.

A garantia do núcleo essencial constitui uma “[...] parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental.”⁶²⁰ Isso significa que existem conteúdos mínimos invioláveis atinentes aos direitos fundamentais que não estão no campo da disponibilidade dos poderes estatais.⁶²¹

Essa garantia encontra-se prevista na Lei Fundamental Alemã (artigo 19, § 2º), na Constituição Portuguesa de 1976 (artigo 18, III),⁶²² na Constituição Espanhola (artigo 53, nº 1), todavia no ordenamento jurídico brasileiro não encontra previsão constitucional*, não obstante, seja invocada pelo Superior Tribunal Federal, como instrumento de interpretação das limitações materiais ao poder constituinte de reforma, elencadas no artigo 60, § 4º da Constituição Federal.⁶²³

A proteção ao núcleo essencial não se confunde com o conteúdo da dignidade humana dos direitos fundamentais, bem como com a garantia do mínimo existencial, embora não esteja descartada a possibilidade de uma relação entre tais figuras.

É preciso enfatizar que a garantia do conteúdo (ou núcleo) essencial não equivale, pelo menos não necessariamente, a uma salvaguarda de um conteúdo mínimo, em outras palavras, com bem averba Ingácio Villaverde Menéndez, a qualificação do conteúdo protegida em face das restrições se dá precipuamente não pelo fato de ser

⁶²⁰ *Ibid.*, p. 402.

⁶²¹ *Ibid.*, p. 402.

⁶²² OLSEN, *op. cit.*, p. 149.

* Cf. Stumm “A falta de previsão textual da proteção do núcleo essencial não significa que ela não vigore no sistema jurídico brasileiro. Ao contrário, ela se faz presente como um reflexo da supremacia da Constituição e do significado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional nos países de constituição rígidas”. (STUMM, Raquel Denize. O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 141-142.)

⁶²³ SARLET, *op. cit.*, p. 402.

um conteúdo mínimo, mas sim, pela circunstância de que está imune à ação do poder público, e, portanto, segue à disposição do titular do direito.⁶²⁴

Semelhante é o posicionamento de Andrade, que apesar de concordar com um espaço de liberdade do legislador relativamente à norma constitucional, afasta a interferência no núcleo essencial normativo do direito fundamental:

Em qualquer das hipóteses, deve entender-se que as garantias institucionais se referem ao *complexo-normativo* na sua *essência* e não à realidade social em si, de modo que, como veremos adiante, é com esse alcance que vinculam o legislador, admitindo um espaço, maior ou menor, de liberdade de conformação legal, mas proibindo-lhe sempre a *destruição*, bem como a *descharacterização* ou a *desfiguração (do núcleo essencial)*.⁶²⁵ (Grifos no original)

O estudo do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para duas teorias que procuram fixar seu alcance: a teoria absoluta e a relativa*. Quanto ao caráter relativo ou absoluto do núcleo essencial do direito fundamental, vale mencionar, a teor do que sustenta Silva (2006), que embora a própria ideia de um conteúdo essencial leve intuitivamente à crença de que ele só pode ser absoluto e com contornos bem definidos,⁶²⁶ a teoria relativista vem angariando adeptos, pois segundo o posicionamento destes “[...] a definição do que é essencial e, portanto, a ser protegido, depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto”, o que significa, por esse entendimento, que “[...] o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo e pode variar de situação para situação, dependendo dos direitos envolvidos em cada caso.”⁶²⁷

Com efeito, no ordenamento constitucional brasileiro, diversamente do alemão do qual se originou a teoria da garantia do núcleo essencial⁶²⁸, existe, pela Constituição brasileira

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 404.

⁶²⁵ ANDRADE, *op. cit.*, p. 141.

* Cf. Olsen “A teoria relativa prega que o núcleo essencial de um direito fundamental é aquele resultante de uma ponderação pela proporcionalidade. Este preceito da proporcionalidade deve ser compreendido como proibição do excesso, na hipótese dos direitos fundamentais de defesa, e proibição da proteção insuficiente, no caso dos direitos fundamentais a prestações.” São adeptos desta teoria Robert Alexy, Martin Borowski e a própria Ana Carolina Lopes Olsen. A teoria absoluta “[...] defende a existência de um núcleo intangível do direito fundamental, que não pode, em hipótese alguma, ser atingido – ainda que pelo preceito da proporcionalidade.” Se aliam a essa corrente, entre outros, José Carlo Vieira de Andrade, Jorge Miranda, Suzana de Toledo Barros. (OLSEN, *ob. cit.*, p. 150-154).

⁶²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 4, p. 23-51.

⁶²⁷ SILVA, *ob. cit.*, p. 23-51.

⁶²⁸ Cf. Olsen “[...] a garantia do núcleo essencial surgiu na Alemanha, à época da Constituição de Weimar, como uma forma de proteção dos direitos fundamentais em face da atividade restritiva dos legisladores que estavam praticamente a aniquilar estes direitos quando da edição de suas leis “conformadoras”. Não havia previsão constitucional de controle de constitucionalidade destas leis, de modo que a doutrina procurou identificar meios de proteção dos direitos fundamentais e para tanto erigiu a teoria do núcleo essencial.” (OLSEN, *op. cit.*, p. 156.)

de 1988, um sistema de controle de constitucionalidade, alcançando os direitos fundamentais o patamar de cláusulas pétreas, protegidas até pelo poder de reforma da Constituição.⁶²⁹

Assim sendo, qualquer investida em se restringir ou limitar algum direito fundamental social deve estar assente na Constituição, e ainda assim, deve onerar o legislador, o administrador ou o juiz, na necessidade de uma argumentação⁶³⁰ supletiva a esse respeito, sempre que sua intervenção atingir, de qualquer forma, o conteúdo mais essencial do direito previsto na norma⁶³¹, não se olvidando da intangibilidade do mínimo ético o qual deve, necessariamente, ser respeitado.

Retomando a conceituação da reserva do possível como restrição relativa aos direitos fundamentais*, Sarlet adverte que não lhe parece correto afirmar que a reserva do possível constitua um limite integrante do direito fundamental social, de forma geral também designado de limite imanente. Para o catedrático gaúcho, a reserva do possível mais se coaduna como uma espécie de limite jurídico ou fático, podendo também se subsumir em uma garantia dos direitos fundamentais quando ocorrer, por exemplo, a colisão com outro direito fundamental.⁶³²

Silva defende que a tese da restringibilidade de todos os direitos fundamentais, diversamente do que possa parecer, viabilizaria uma maior proteção aos direitos fundamentais, pois ela imporia ao legislador, ao juiz e ao administrador um ônus argumentativo. Adverte o autor que a diminuição da proteção aos direitos fundamentais ocorreria nas teorias restritivas que preconizam “[...] limites imanentes, conteúdos absolutos, especificidade, outras formas de restrição ao suporte fático dos direitos fundamentais”, como, no seu entender ocorre com a reserva do possível, pois nestas modalidades “[...] a restrição ocorre de forma disfarçada, com base em uma exclusão *a priori* de condutas, estados e posições jurídicas de qualquer proteção.”⁶³³ (grifos no original)

Muito embora ter assim fixado seu entendimento, entende Silva que “Nos casos de direitos fundamentais garantidos por normas ditas de eficácia plena [conforme ocorre com o direito fundamental social à educação, diante, dentre outros, do reforço constante do art. 5º, § 1º da Constituição brasileira], o conteúdo essencial do direito é idêntico ao conteúdo total [...]”, pois, nesses casos “[...] o que se defende é uma impossibilidade de qualquer restrição

⁶²⁹ *Ibid.*, p. 156.

⁶³⁰ SILVA, *op. cit.*, p. 23-51.

⁶³¹ *Ibid.*, p. 23-51.

* Repita-se que Olsen propõe uma conceituação da reserva do possível como sendo uma restrição relativa aos direitos fundamentais sociais, sujeita a um padrão de razoabilidade e proporcionalidade (OLSEN, *op. cit.*, p. 213.)

⁶³² SARLET, *op. cit.* p. 288.

⁶³³ SILVA, *op. cit.*, p. 23-51.

[...]”, o que corresponde a um “[...] núcleo não apenas absoluto, mas que ocupa todo o âmbito de proteção do direito.”⁶³⁴

Ademais, a compreensão de um núcleo fundamental de direitos humanos econômicos, sociais e culturais envolve, necessariamente, a ideia extensiva de progressividade e nunca uma interpretação limitativa ao reconhecimento de novos direitos humanos econômicos, sociais e culturais⁶³⁵, diante da proibição de retrocesso social expressamente prevista no Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais.

Extraí-se dessa norma internacional que o núcleo essencial dos direitos fundamentais está protegido contra medidas ou atos dos poderes públicos que visem o retrocesso da situação alcançada, vale dizer, a proibição de retrocesso visa a proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais contra ingerências estatais, conforme se assinalou acima, mesmo que esse não corresponda ao mínimo existencial.⁶³⁶

O núcleo essencial normativo dos direitos fundamentais representa aquilo que lhe dá vida, e por ser vital deve estar protegido contra as investidas tendentes a destruí-lo ou mesmo alterá-lo, inclusive em face do poder constituinte reformador, por constituir cláusula pétrea.

No tocante ao direito à educação, compreende-se como seu núcleo as disposições constantes do artigo 208, caput, incisos e parágrafos, pois essas garantias se mostram como essenciais ao direito à educação preconizado pela sociedade brasileira. Por tal razão são consideradas vitais e robustecidas pela garantia da progressividade em sua efetivação, por outro lado, blindadas contra investidas administrativas ou legislativas tendentes a reduzir seu conteúdo.

e) A proibição de Retrocesso Social

Relacionada ao estudo das restrições aos direitos fundamentais sociais e à proteção ao núcleo essencial normativo de tais direitos é a questão da proibição de retrocesso social.

A proibição de retrocesso social (também conhecida como não reversibilidade, não regressividade*), implica, conforme tem manifestado o Tribunal Constitucional Português,

⁶³⁴ SILVA, *op. cit.*, p. 23-51.

⁶³⁵ LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 103.

⁶³⁶ SARLET, *op. cit.*, p. 455.

* Queiroz (2006) utiliza a expressão não *reversibilidade social*. (QUEIROZ, *op. cit.*, p. 101), Sarlet, se refere à questão ora como *cláusula de proibição de retrocesso* ora como *princípio da proibição de retrocesso*, mencionando também sobre a utilização das expressões *não-reversibilidade ou regressividade*. (SARLET, *op. cit.*, p. 433-456.) (Grifos do autor)

que “[...] uma vez consagradas legalmente as ‘prestações sociais’ (v.g. assistência social), o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativa ou compensações.”⁶³⁷

A vedação de retrocesso, numa visão geral, decorre do disposto no artigo 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, o qual preconiza que os Estados-partes deverão assegurar o pleno exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais, até o máximo dos recursos disponíveis. Este comando constitui em obrigação de implementar *incontinenti* os mencionados direitos, ou seja, no mais breve período de tempo⁶³⁸, e igualmente a chamada cláusula de proibição de retrocesso social, a qual veda aos Estados retroceder no campo de sua implementação, isso significa que, “[...] a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, proíbe o retrocesso ou redução de políticas públicas voltadas à garantia de tais direitos.”⁶³⁹

O nosso ordenamento jurídico não prevê expressamente a cláusula de proibição de retrocesso social, sendo tal tema pouco explorado na doutrina e jurisprudência nacionais.⁶⁴⁰ Não obstante, a tendência doutrinária brasileira se coaduna com o reconhecimento da proibição de retrocesso social no tocante aos direitos sociais. Nesse sentido se posicionam Luís Roberto Barroso, José Vicente dos Santos Mendonça, Felipe Derbli, Ingo Wolfgang Sarlet, dentre outros.

Barroso, citado por Sarlet, defende que a vedação de retrocesso encontra-se consagrada no ordenamento constitucional brasileiro como um princípio implícito, o que significa que “[...] se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.”⁶⁴¹

Tal entendimento se coaduna com o posicionamento de José Vicente dos Santos, para quem “[...] é consequência natural que se proíba ao legislador frustrar a efetividade e a

⁶³⁷ QUEIROZ, *op. cit.*, p. 102.

* Art. 2º Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômicos e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. (COMPARATO, *op. cit.*, p. 343.)

⁶³⁸ LIMA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 103.

⁶³⁹ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 180-181.

⁶⁴⁰ DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do princípio de proibição e o retrocesso social no direito brasileiro. *In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2008, p. 343-382.)

⁶⁴¹ *Apud SARLET, op. cit.*, p. 445.

eficácia já alcançadas pela Constituição mediante a revogação de lei que regulamente suas disposições.”⁶⁴²

Segundo Sarlet, a ordem jurídica brasileira já consagrou a ideia de proibição de retrocesso em alguma de suas dimensões, e estaria assim relacionada à noção de segurança jurídica, considerada como expressão inarredável do Estado de Direito, constituindo assim como um “[...] subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”.⁶⁴³ Para ele, a exemplo de Barroso, acima citado, a proibição de retrocesso consiste num

[...] princípio constitucional implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica), quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.⁶⁴⁴

A proibição de retrocesso social estaria assim vinculada, segundo o doutrinador gaúcho, à proteção aos direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, às demais limitações constitucionais de atos retroativos, às garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais e à proteção contra a ação do poder constituinte reformador⁶⁴⁵, relacionando-se, igualmente, com a proteção ao âmbito da dignidade humana, razão pela qual força reconhecer que não apenas medidas retroativas podem representar prejuízo aos direitos sociais, mas igualmente medidas prospectivas⁶⁴⁶ podem violar o grau de concretização já obtido.⁶⁴⁷

Com efeito, não prospera a posição segundo a qual a proibição de retrocesso estaria ferindo a liberdade de conformação do legislador, pois que na verdade essa liberdade sempre esteve adstrita à dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais, à medida que todo o processo legislativo deve se sujeitar ao conteúdo dos direitos fundamentais sociais. Por outro lado, “[...] em se admitindo uma ausência de vinculação mínima do legislador [...] ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos sociais e as imposições constitucionais em matéria de justiça social, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição.”⁶⁴⁸

⁶⁴² *Apud* DERBLI, *op. cit.*, p. 355.

⁶⁴³ SARLET, *op. cit.*, p. 433.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 450.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 435.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 436.

⁶⁴⁷ QUEIROZ, *op. cit.*, p. 102.

⁶⁴⁸ SARLET, *op. cit.*, p. 444.

No entanto, importa indagar juntamente com Sarlet, “[...] até que ponto pode o legislador infraconstitucional (assim como os demais órgãos estatais, quando for o caso) voltar atrás no que diz com a implementação dos direitos fundamentais sociais, assim como dos objetivos estabelecidos pelo Constituinte [...]”?

Enfatiza Sarlet que ao legislador como ao poder público está vedado, uma vez concretizado determinado direito social no plano infraconstitucional, agir de forma a retroceder ou mesmo relativizar, de forma a afetar o núcleo essencial legislativo de determinado direito social, vez que esse encontra-se diretamente ligado ao princípio da dignidade humana, vetor fundamental, para se definir o que constitui o mínimo existencial,⁶⁴⁹ conceito esse que não está restrito à sobrevivência fisiológica e psíquica,⁶⁵⁰ suplantando a “[...] noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais.”⁶⁵¹

Assim, à guisa de ilustração,⁶⁵² não poderia o legislador ordinário, diante da proibição de retrocesso social e em face do disposto na Lei nº 11.274 de 06/02/2006 (deu nova redação aos artigos 29, 30, 32 e 87 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996), que alterou de oito para nove anos a duração do ensino fundamental e estabeleceu a obrigatoriedade da matrícula das crianças a partir dos seis anos de idade, retroceder ao que era antes, ou seja, retornar a oito anos a abrangência do ensino fundamental e desconsiderar a idade inicial obrigatória de ingresso no ensino fundamental para seis anos. Eis que tal direito, em sintonia com o direito à educação preconizado pela Constituição, já se incorporou ao patrimônio jurídico dos cidadãos brasileiros, além do que tal direito constitui corolário da dignidade da pessoa humana, integra o núcleo normativo essencial do direito à educação (diz respeito ao ensino fundamental), estando também relacionado ao mínimo existencial.

4.3 ANÁLISE DOS ELEMENTOS INTEGRANTES DA RESERVA DO POSSÍVEL - CUSTO DO DIREITO E ESCASSEZ DE RECURSOS

Como se expôs, a reserva do possível é sempre invocada quando o Estado é acionado para realizar a prestação de um direito ou de um serviço correlato a um direito (não necessariamente social), o qual não foi prestado pelo Estado ou o foi parcialmente, e este se

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 452.

⁶⁵⁰ QUEIROZ, *op. cit.*, p. 114.

⁶⁵¹ SARLET, *op. cit.* p. 452.

⁶⁵² Cf. pontual Krell (2002) a doutrina brasileira, salvo algumas exceções, não se aprofundou no exame da tese da proibição de retrocesso, não havendo decisão judicial que tivesse declarado inconstitucional uma lei ou um ato que diminuiu uma prestação social. (KRELL, *op. cit.*, p. 40.)

defende invocando a não possibilidade de satisfazer a pleiteada prestação por inexistência de recursos disponíveis.

Repisa-se que tanto os direitos de defesa quanto os direitos a prestações apresentam um custo para serem implementados, todavia, quanto aos direitos sociais a prestações, como é o caso do direito à educação,

seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.⁶⁵³

A relevância econômica da discussão em torno do custo dos direitos não deve ser desprezada, também não pode ser relegada ao esquecimento, já que o direito não pode e não deve ser analisado isoladamente de outras ciências, pois as condições fáticas, sociais, políticas e jurídicas compõem a realidade da qual a norma de direito deverá ser abstraída.

Com efeito, a crise da efetividade dos direitos fundamentais (não somente dos direitos sociais) está diretamente relacionada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais e às escolhas realizadas pelos poderes públicos decorrentes de sua competência administrativa ou legislativa (como ocorre com o Poder Legislativo).⁶⁵⁴

Canotilho coloca o problema da efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro da reserva do possível e aponta a sua dependência dos recursos econômicos. Por esse entendimento, “[...] a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais”,⁶⁵⁵ já que a escassez de recursos públicos levaria à impossibilidade econômica de efetivação de determinado direito, seja ele de defesa ou de prestação, pois “[...] por depender de recursos escassos, os direitos demandam ou implicam em escolhas disjuntivas de natureza financeira.”⁶⁵⁶

Oportuna é a menção à tese defendida por Cass Sunstein e Stephen Holmes, *The cost of rights*, segundo a qual todos os direitos possuem um custo, e isso ocorre tanto com os

⁶⁵³ SARLET, *op. cit.*, p. 285.

⁶⁵⁴ SARLET; FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 11-53.

⁶⁵⁵ *Apud* KRELL, *ob. cit.*, p. 51.

⁶⁵⁶ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 80.

direitos de liberdade (direitos civis e políticos) com os direitos sociais (direito à educação, direito à saúde, direito à moradia etc.).⁶⁵⁷

Os autores em comento teorizam que todos os direitos (direta ou indiretamente) estariam adstritos a uma dimensão econômica que os viabilizaria, trazendo à tona a discussão de escassez de recursos, à medida que *levar os direitos a sério é levar a escassez a sério*, vale dizer, “[...] diante da escassez dos recursos necessários a tornar os direitos efetivos, eles perdem o significado, não passam de promessas feitas no papel.” Segundo eles “[...] ‘*nada que custe dinheiro pode ser absoluto*’ [...]”, condição esta que se estenderia aos direitos fundamentais. Propõem assim, a partir de suas argumentações, um novo conceito de direito subjetivo na qual a dimensão do custo fosse considerada.⁶⁵⁸ (Grifo no original)

Neste contexto, Sunstein e Holmes, pelo crivo de Olsen (2008), sustentam que os bens são escassos, e por tal razão não seria possível que todos os direitos fossem realizados uniformemente para todos, do que se depreende que “[...] realizar direitos implica necessariamente realizar escolhas de alocação de recursos, de modo que alguns direitos serão atendidos, enquanto que outros não.”⁶⁵⁹

Desta forma, Sunstein e Holmes, citados por Olsen, refletem acerca da influência da dimensão econômica sobre a jurídica, na efetivação dos direitos fundamentais:

Não só a influência, mas, em verdade, a prevalência, na medida em que segundo as idéias até aqui apresentadas, não existem direitos se não houver meios (econômicos) para torná-los efetivos. A questão da escassez de recursos deixa de ser um elemento externo dos direitos, que pode comprometer sua efetividade, para ser considerada como elemento intrínseco. A questão econômica foi trazida para o próprio âmbito da existência dos direitos – sem recursos, eles deixam de existir.⁶⁶⁰

Neste cenário sob o apanágio neoliberal, a reserva do possível se apresenta como condição de realidade a sujeitar o âmbito normativo do direito fundamental social. A esse respeito teoriza Olsen:

A reserva do possível diria respeito justamente à apreciação desta escassez como condição de possibilidade de reconhecimento do direito: se for possível deduzir a viabilidade prática do âmbito normativo do direito, então se pode falar em direito subjetivo exigível do Estado; se não for possível fazê-lo, a pretensão não estaria dentro do âmbito normativo, e por tal razão, não gozaria de proteção jurídica.⁶⁶¹

⁶⁵⁷ LOPES, José Reinaldo Lima. Em torno da reserve do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; Timm, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 173-193.

⁶⁵⁸ *Apud* OLSEN, *op. cit.*, p. 187.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 187.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 187.

⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 188.

A reserva do possível, diretamente ligada ao problema da escassez, seria uma condição de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influenciaria a aplicação e a efetivação do direito. Sendo o direito um fenômeno prescritivo da realidade fática, ele não pode prescrever o impossível, sob pena de subjugar o texto constitucional à força dos fatos, tornando a Constituição uma mera *folha de papel* como advertia Lassale.⁶⁶² (Grifos da autora)

Sérgio Fernando Moro, sem descartar a possibilidade de avaliação judicial da opção legislativa no tocante aos direitos sociais, preconiza a vinculação do direito a uma reserva de consistência, para efeito de sua concretização.

Para concretização de determinadas normas constitucionais, especialmente daquelas que veiculam direitos a prestações materiais, cumprirá especial cautela ao julgador. O juiz não pode desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para tanto. Doutro lado, o atendimento de determinada pretensão a prestações materiais pode esvaziar outras. Nessas hipóteses, pode-se falar no limite da "reserva do possível" como especial faceta da reserva de consistência.⁶⁶³

No entanto, essa condição de realidade não deve subjugar a força normativa da norma constitucional instituidora do direito à educação, pois a Constituição (como é a lei em sentido amplo), não deve ser concebida apenas no plano da realidade (ôntica), mas também no plano deontológico, do dever-ser, refletindo os constitutivos sociais e políticos que a circundam.

A Constituição não figura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. [...] A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.⁶⁶⁴

A noção de escassez é uma noção artificial, resultante da construção humana, visto que não há como satisfazer simultaneamente em níveis ótimos todas as necessidades e desejos, ainda mais se se considerar que, atualmente, certas necessidades são criadas através de um estímulo externo por um processo de marketing e publicidade, os quais aumentam o rol de necessidades humanas.⁶⁶⁵

⁶⁶² *Ibid.*, p. 201-202.

⁶⁶³ MORO, Sergio Fernando. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=98>>. Acesso em: 21 fev. 2010.

⁶⁶⁴ HESSE, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁶⁵ OLSEN, *op. cit.*, p. 213.

A escolha a ser realizada muitas vezes envolve uma escolha dramática⁶⁶⁶, isso se dá porque “[...] decidir investir os recursos existentes em determinadas áreas significa ao mesmo tempo, deixar de atender outras necessidades [...]”; trata-se de tarefa complexa, pois “[...] exige o estabelecimento de prioridades e de critérios de escolha caso a caso, que poderão variar no tempo e no espaço, de acordo com as necessidades sociais mais prementes [...]”⁶⁶⁷. No entanto, no Brasil, apesar de existirem as escolhas trágicas, a discussão reside na questão das escolhas constitucionais, quando se depara com investimentos menos urgentes, como, por exemplo, emprestar dinheiro a clubes de futebol, gastos com auxílio-paletó, dentre outros. Tais atitudes demonstram a ausência de valorização à dignidade da pessoa humana, além de desviarem-se dos objetivos constitucionais.⁶⁶⁸

Há que se ter em conta que, consoante destaca Messala, “O gasto constitucional de recursos públicos gera benefícios incomensuráveis a toda nação, cite-se, como exemplo, a reportagem do jornal O Estado de São Paulo que ao descrever os benefícios que o programa renda mínima pode gerar elucidou que a cada ano médio de ensino da população, tem-se um crescimento no PIB de 20%; [...]”⁶⁶⁹.

Ademais, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, a Convenção sobre os Direitos das Crianças* e o Pacto de São José da Costa Rica*,⁶⁷⁰

⁶⁶⁶ AMARAL, *op. cit.*, p. 83.

⁶⁶⁷ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 239.

⁶⁶⁸ MESSALA, Helio. Constituição orçamentária: instrumento de mudança social. Revista de Direito Social. Porto Alegre, n. 13, p. 63-66.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 65.

* O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, artigo 2º que dispõe sobre a adoção de medidas até o máximo de seus recursos disponíveis, já foi citado nesse trabalho em linhas anteriores.

* A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, em seu artigo 4º dispõe que “Os Estados Membros tomarão todas as medidas apropriadas, administrativas, legislativas e outras, para a implementação dos direitos reconhecidos nesta Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Membros tomarão tais medidas no alcance máximo de seus recursos disponíveis e, quando necessário, no âmbito da cooperação internacional.” (ONU. Convenção sobre os Direitos da Criança. Adotada pela Resolução nº L 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crianca/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

* A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 26, estabelece a respeito do desenvolvimento progressivo, que os “Os Estados Membros comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.” (ONU. Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto. Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organizacao-dos-Estados-Americanos/convencao-americana-de-direitos-humanos-1969-pacto-de-san-jose-da-costa-rica.html>>. Acesso em: 04 abr. 2010.

⁶⁷⁰ BARCELLOS, *ob. cit.* p. 243.

expressamente, dispõem que para a implementação de tais direitos os Estados-partes devem se valer até o máximo dos recursos disponíveis ou na medida dos recursos disponíveis.

Interpretando o significado e o alcance dessas expressões, cunhadas pela comunidade internacional, Campos (2002) ressalta:

Son varios tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional que al referirse a los derechos económicos, sociales y culturales aluden a los *recursos disponibles* cuando obligan a maximizar la progresividad de los derechos. As veces dicen: “*hasta el máximo* de los recursos disponibles”, o “*en medida* de los recursos disponibles”, pero más allá de la literalidad de las expresiones es muy claro que las normas internacionales que las emplean nos están señalando siempre una *obligación* de los Estados-parte para adoptar medidas y providencias que utilicen los recursos disponibles hasta *el máximo posible*.

Que significa este “máximo”? Que la *promoción progresiva* de los derechos que demandan recursos e inversiones (por ejemplo, en establecimientos educacionales y de salud, en la infraestructura de los organismos de la seguridad social, en las políticas habitacionales y alimentarias, etcétera) debe llevarse a cabo *obligatoriamente* destinado a ese fin todo lo más que se pueda. Y qué es “todo lo más que se pueda”?

Es equivalente al máximo disponible, que para tanto buen interprete quiere decir que el Estado no cuenta con una amplia discrecionalidad política para fijar el *quantum* de recursos a criterio de sua voluntad benévola, sino que – a la inversa – está obligado a hacer una evaluación objetiva y no arbitraria mediante la cual, al distribuir los ingresos y los gastos de la hacienda pública, confiera prioridad a la atención de los derechos sociales.⁶⁷¹

O escopo dos documentos internacionais mencionados é claro: existe a obrigatoriedade de o Estado brasileiro ter que aplicar até o máximo dos recursos disponíveis prioritariamente na efetivação dos direitos fundamentais, dentre eles na educação. Mas não é só isso. O que exceder, após o investimento nas prerrogativas fundamentais, também deve ser destinado ao cumprimento das “[...] opções políticas que a deliberação democrática apurar em

⁶⁷¹ “Vários tratados internacionais de direitos humanos a nível constitucional ao se referir aos direitos econômicos, sociais e culturais aludem aos recursos disponíveis, quando forçado a maximizar a progressividade dos direitos. Algumas vezes costuma dizer: *no máximo* dos recursos disponíveis” ou “*na medida* dos recursos disponíveis, mas para além da literalidade da expressão é muito claro que as normas internacionais que as empregam estão apontando sempre uma *obrigação* dos Estados-partes a tomar as medidas providências que utilizem os recursos disponíveis para o máximo possível. Que significa este “máximo”? Que a *realização progressiva* dos direitos que demandam de recursos e investimentos (por exemplo, educação e saúde, na infra-estrutura dos organismos de seguridade social, nos alimentos e as políticas de habitacionais e alimentares, etc) devem apresentar um comportamento *obrigatoriamente* destinado a esse fim, no máximo que puderem. E o que significa “tudo o que mais puderem”? É equivalente ao máximo disponível, o que para todo bom intérprete significa que o Estado não conta com uma ampla discricionariedade política para fixar o *quantum* de recursos a critério de sua vontade benevolente, mas – o inverso – está obrigado a fazer uma avaliação objetiva e não de forma arbitrária pela qual, ao distribuir as receitas e despesas das finanças públicas, deverá dar prioridade ao atendimento dos direitos sociais.” (CAMPOS, Germán J. Bidart. La Constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino). Cuestiones Constitucionales, n. 006. Disponível em: <<http://www.fnd.pucminas.br/Publicacoes/O%20FUTURO%20DOS%20DIREITOS%20HUMANOS.doc>>. Acesso em: 22 fev. 2010.) (Grifos no original) (Tradução livre da autora)

cada momento.”⁶⁷² as quais no Estado Democrático direito, como o é o Brasil, devem ser dirigidas à implementação das diretrizes fixadas na Constituição.⁶⁷³

No entanto, retomando a discussão sobre a relação entre a escassez de recursos e a reserva do possível, há que se considerar que ela abrange a reflexão tanto da disponibilidade efetiva dos recursos como na possibilidade jurídica de sua disposição, ou ainda, que a reserva do possível deve ser analisada, conforme propõe Sarlet (2009), por uma tríplice dimensão que abrange

[...] a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.⁶⁷⁴

As dimensões apresentadas por Sarlet destacam a importância de se delimitarem duas situações distintas que envolvem a análise da reserva do possível, a da inexistência (ou insuficiência) fática de recursos para a efetivação do direito fundamental social à educação e a indisponibilidade jurídica de recursos, não se olvidando que a problemática colocada pela reserva do possível envolve diversos aspectos, os quais não se resumem ao problema da disponibilidade de recursos materiais.⁶⁷⁵

a) A Inexistência ou Insuficiência Fática de Recursos e Indisponibilidade Jurídica de Recursos

Os problemas econômicos no Brasil durante muito tempo foram confiados aos cuidados de órgãos técnicos no âmbito do Executivo, de onde originaram os projetos, programas, planos plurianuais, formando, com o tempo, o que se denomina de tecnocracia, que, de certa forma, substituíram os “[...] políticos tradicionais (assembléias parlamentares), sem pôr fim aos defeitos que eram atribuídos à classe política (corrupção, ineficácia, incapacidade de previsão, dificuldade de formular políticas desvantajosas para os interesses do *establishment*).”⁶⁷⁶ Tais mecanismos colocavam em dúvida o caráter técnico das escolhas e a sua motivação, revelando o problema segundo o qual “Uma vez fixados os fins, surgiam

⁶⁷² BARCELLOS, *op. cit.*, p. 242.

⁶⁷³ FERREIRA FILHO, *op. cit.*, p. 66.

⁶⁷⁴ SARLET, *op. cit.*, p. 287.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p. 287.

⁶⁷⁶ LOPES, *op. cit.*, p. 173-193.

problemas técnicos de cumprimento de metas e programas, mas o que realmente determinava a escassez em uma área ou outra era justamente a hierarquia do plano ou das grandes escolhas”, evidenciando que a “[...] *escassez pode ser real, mas é dependente de escolhas humanas, não só de condições dadas.*”⁶⁷⁷ (grifo nosso)

Diante da existência limitada de recursos imperativa se faz a adoção de escolhas. Para tanto, necessária a alocação de recursos que envolve decisões a respeito de quanto disponibilizar e a quem atender,⁶⁷⁸ lembrando que o norte destas escolhas é fornecido pelos objetivos e princípios constitucionais, em outras palavras, pela Constituição que exige “[...] alocação de verbas em consonância com seus objetivos, [...]”.⁶⁷⁹

A questão de investimento social no Brasil está vinculada à Constituição, ou mais especificamente, aos direitos fundamentais, disso se extrai que os recursos públicos deverão ser aplicados em consonância às prioridades eleitas pelo legislador constituinte, constante dos objetivos fundamentais, notadamente, a promoção e a preservação da dignidade da pessoa humana.⁶⁸⁰ Logo, “[...] as prioridades em matéria de gastos públicos são aquelas fixadas pela Constituição, de modo que também a ponta da despesa, que encerra o ciclo da atividade financeira, esteja submetida à norma constitucional.”⁶⁸¹

A respeito da propugnada vinculação dos direitos fundamentais à disponibilidade orçamentária, ressalva Sarlet, em análise ao posicionamento de Gomes Canotilho:

[...] a assim designada reserva do possível “não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica”. Importa, portanto, que se tenha sempre em mente que quem “governa” – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre são limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais.⁶⁸²

Portanto, antes de se falar na inexistência de recursos para o atendimento dos direitos fundamentais sociais, há que se investigar se a atividade orçamentária do Estado, tanto na arrecadação quanto na realização das despesas, está de conformidade com as prioridades

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 173-193.

⁶⁷⁸ AMARAL, *op. cit.*, p. 80-149.

⁶⁷⁹ MESSALA, *op. cit.*, p. 66.

⁶⁸⁰ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 241.

⁶⁸¹ *Ibid.*, p. 241.

⁶⁸² SARLET; FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 11-53.

constitucionais, ou seja, se a análise econômica não está se sobrepujando à reflexão ética ou jurídica, conforme preconizado pela teoria neoliberal.⁶⁸³

Não se ignora que a concretização do direito à educação esteja relacionada às possibilidades orçamentárias do Estado, todavia se faz necessário aferir com certeza as situações em que há impossibilidade real de recursos daquelas ações administrativas tendentes a criar uma situação que simule essa impossibilidade, visando frustrar os ideais constitucionais.

A respeito é o magistério do Ministro Celso de Melo em voto exarado no julgamento do agravo regimental interposto no recurso extraordinário, sob nº 410.715-5, junto ao Superior Tribunal Federal:

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômica financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, informativo/STF nº 345/2004).

[...] a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.⁶⁸⁴

Ademais, as decisões alocativas realizadas pelo Estado brasileiro não são discricionárias, elas estão sujeitas aos objetivos e direitos fundamentais preconizados constitucionalmente. Sua destinação nas ordens de quanto disponibilizar e a quem atender,⁶⁸⁵ deve guardar consonância com as diretrizes constitucionais fixadas. Diversamente do que pode parecer, a intenção do constituinte não foi a de engessar as opções governamentais em matéria de destinação de recursos, mas garantir que os direitos fundamentais tivessem um

⁶⁸³ OLSEN, *op. cit.*, p. 209.

⁶⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação Infantil. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410715. Agravante Município de Santo André e Agravado João Guilherme de Souza Assis. Relator Ministro Celso de Mello. 22 de novembro de 2006. <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 mar. 2008.

⁶⁸⁵ AMARAL, *op. cit.*, p. 148.

mínimo de garantia e de efetividade, pois as escolhas realizadas revelam o escopo e a natureza da política estatal e, em última análise, a feição do Estado.

Há que se aferir se existe realmente a escassez de recursos, não devendo ser esta tomada como um dado de verdade irrefutável, pois ela não é necessariamente natural, consoante já se expôs em linhas acima. Com efeito, a teor do que sustenta Olsen, “A reserva do possível surge como um excelente escudo contra a efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas, como os direitos sociais, pois nada poderia ser feito, ainda que houvesse ‘vontade política’, face a escassez de recursos”.⁶⁸⁶

Essa é a conclusão a que chegou Olsen, ao realizar um estudo comparativo entre a decisão do Tribunal Federal da Alemanha, que difundiu a discussão a respeito da reserva do possível e alguns julgados coletados dos tribunais brasileiros:

Verifica-se que na jurisprudência brasileira, a reserva do possível passou a significar a reserva do financeiramente possível, ou seja, a existência de valores disponíveis nos cofres públicos e com previsão orçamentária para serem gastos precisamente pelo fim determinado em juízo, ou seja, a realização do direito fundamental social. Nesse sentido, chama a atenção a artificialidade desta escassez, na medida em que ela é, na maior parte dos casos, uma escassez decorrente da escolha feita pelos poderes públicos.⁶⁸⁷

Cumprе esclarecer que a lei orçamentária é que define a possibilidade ou impossibilidade econômica de se implementar determinado direito, “A impossibilidade orçamentária, ou a impossibilidade jurídica, não existem como fatos da natureza”, ambos são fatos institucionais, os quais “Por meio das dotações orçamentárias surgem, crescem, desaparecem.”⁶⁸⁸

É certo que ninguém está obrigado ao impossível, mas qualificar algo como impossível é sempre um processo local e concreto, ou seja, é sempre particular, disso resultando a “[...] importância de se pensar nos critérios que podem ser utilizados, antes e nas impossibilidades concretas e singulares.”⁶⁸⁹ A rigor, “A reserva do possível não pode ser acatada quando o Executivo e Legislativo manipulam de tal forma o orçamento a criá-la de forma artificial ou, melhor, de criá-la, quando observadas as outras condições, ela não existiria.”⁶⁹⁰

⁶⁸⁶ OLSEN, *op. cit.*, p. 209.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 244.

⁶⁸⁸ LOPES, *op. cit.*, p. 173-193.

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 173-193.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 173-193.

A questão orçamentária para a efetivação do direito à educação deve ser analisada com acuidade e cautela, impondo ao poder público, em face do disposto no artigo 5º, § 1º da Constituição brasileira, o ônus de comprovar a falta real de recursos indispensáveis à satisfação do mencionado direito e a eficiente aplicação dos recursos existentes⁶⁹¹, ou seja, implica levar a sério o gasto público, o que não se trata de uma atividade totalmente discricionária da administração pública, assim como não o é a atividade legislativa de destinação de recursos para a satisfação das necessidades sociais. Ambas estão vinculadas à concretização do direito à educação delineado constitucionalmente, e via de consequência, ao controle jurisdicional.

b) O Paradigma Constitucional e a Destinação Orçamentária em Educação

A Constituição brasileira traz em seu bojo uma série de normas de cunho financeiro e tributário, especificando uma série de diretrizes, programas e fins, de caráter nitidamente dirigentes⁶⁹², tendentes a orientar a atuação estatal no sentido de se delimitar as competências orçamentárias dos entes públicos, especificando as respectivas receitas e despesas.*

Essa sistemática encontra-se interligada com os demais valores e princípios constitucionais como um todo indissociável, jungidos para a realização dos princípios humanistas e democráticos, plasmados na Lei Maior, e por outros princípios próprios da atividade financeira estatal.

⁶⁹¹ SARLET; FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 11-53.

⁶⁹² GRAU, *op. cit.*, p. 195.

* Canotilho esboçando o alcance do sentido da constituição dirigente em face do preceito de aplicabilidade imediata constante de algumas constituições, inclusive a brasileira, ressalta que “[...] a Constituição se impõe como lei mesmo no âmbito dos direitos fundamentais, que, desta forma, não podem ser rebaixados a simples declarações ou normas programáticas ou até a simples fórmulas de oportunidade política. Todavia a expressa afirmação da vinculatividade não significava nem significa que as normas consagradoras de direitos fundamentais excluam a necessidade de uma maior densificação operada sobretudo através da lei.” Sublinha o catedrático lusitano que “A força normativa da Constituição traduz na vinculação, como direito superior, de todos os órgãos e titulares dos poderes públicos.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 2001, p. XVI.). Muito embora tenha Canotilho, após cunhar o posicionamento supra transcrito, ter modificado seu entendimento, em certos aspectos, sua nova posição “[...] parece não se adequar à situação sócio-política-econômica vivida pelo Brasil, de modo que a nova teoria não pode ser simplesmente ‘importada’ sem a devida cautela.” (OLSEN, *op. cit.*, p. 252), mesmo porque se tratam de realidades distintas mais ajustável ao seu antigo posicionamento, pois o Brasil se insere no rol daqueles países de modernidade tardia, distintos daqueles que integram a União Europeia, ao qual o Estado português se aliou. Portanto “[...] as alternativas fornecidas pela crítica à Constituição Dirigente no Brasil, como a redução do papel determinante de políticas pela Constituição, e sua configuração a mero instrumento regulatório de governo, (a volta ao Estado mínimo), não se mostram viáveis para a satisfação dos princípios traçados pelo próprio constituinte, bem como para a realização dos objetivos que a Constituição elegeu.” (*Ibid.*, p. 256.)

A Constituição brasileira elenca uma série de preceitos relacionados à destinação de recursos e sua distribuição aos diversos entes federativos, dentro do que a doutrina denominou de constituição orçamentária, subsistema da Constituição financeira.⁶⁹³

Dentro dessa assim denominada perspectiva orçamentária constitucional, o legislador constituinte foi claro e preciso quanto à determinação da destinação de recursos para a educação, além de demonstrar uma singular cautela na vinculação de recursos financeiros destinados a efetivar o direito à educação de matriz constitucional.⁶⁹⁴

Cumpre elucidar, preliminarmente, a teor de Barcellos:

[...] o oferecimento do ensino obrigatório não está limitado ou vinculado ao investimento do percentual constitucional mínimo em educação. Explica-se melhor. Ainda que os recursos correspondentes aos percentuais mínimos fixados pela Constituição tenham sido efetivamente aplicados, se persistir o oferecimento irregular ou a falta do ensino obrigatório, tal circunstância continua a acarretar a responsabilidade da autoridade competente.⁶⁹⁵

Consta da Constituição (artigo 212), a determinação para que a União aplique, anualmente, nunca menos de dezoito por cento; e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, pelo menos vinte e cinco por cento da receita resultante de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Criou-se, a partir da Emenda Constitucional 14/1996, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental (FUNDEF) e a Valorização dos Profissionais da Educação (§ 1º do artigo 5º da Emenda Constitucional 14/1996, o qual deu nova redação ao artigo 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), determinando que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinassem pelo menos 15% dos recursos advindos de impostos próprios e de transferências de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, dispondo que tais recursos deveriam, em cada ente federativo, ser distribuídos proporcionalmente ao número de alunos nas respectivas redes de ensino fundamental (§ 2º do artigo 5º da Emenda Constitucional 14/1996, que deu nova redação ao artigo 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Dispôs ainda a mencionada emenda que, nos dez primeiros anos da sua promulgação, pelo menos sessenta por cento dos recursos fossem destinados ao desenvolvimento do ensino fundamental, visando a assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração

⁶⁹³ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*. Vol. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 1.

⁶⁹⁴ TAVARES, *op. cit.*, p. 781.

⁶⁹⁵ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 176.

condigna do magistério (artigo 5º, da Emenda Constitucional 14/1996).⁶⁹⁶ Estabeleceu-se também a obrigação da União em aplicar, na erradicação do analfabetismo, pelo menos trinta por cento dos recursos previstos no artigo 212⁶⁹⁷ (§ 6º do artigo 5º da Emenda Constitucional 14/2006).

A Emenda Constitucional 53/2006, além de transformar o fundo criado pelo § 1º do artigo 5º da Emenda Constitucional 14/1996 (FUNDEF) para Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica – FUNDEB – alterando a redação do § 1º do artigo 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias –, revogou os §§ 6º e 7º do referido artigo 60, inseridos pela Emenda 14/1996.⁶⁹⁸

Comparando-se as mudanças perpetradas por ambas as ementas, percebe-se nas palavras de Sifuentes (2009) uma significativa

[...] preocupação normativa em relação ao detalhamento dos mecanismos eminentemente operacionais, com o intuito de restringir o campo discricionário da Administração Pública em relação aos recursos destinados à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à condigna remuneração dos trabalhadores da educação.⁶⁹⁹

A Constituição brasileira ainda priorizou o ensino fundamental (§ 3º do artigo 212), ao dispor que a distribuição dos recursos públicos visaria, prevalentemente, o atendimento das necessidades do ensino obrigatório, o que foi novamente reforçado com a Emenda Constitucional 53/2006 (inciso II, acrescentado ao artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias pela Emenda Constitucional 53/2006), que também determinou que os recursos destinados deveriam ser distribuídos de forma proporcional ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica.

Destarte, o inciso III do artigo 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, prevê, de acordo com as diretrizes traçadas pelo artigo 208 da Constituição brasileira, na regulamentação da organização para a futura lei do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação, a diferença de valores por aluno, considerando cada etapa de ensino, os valores limites de comprometimento da receita em cada uma das etapas, suas modalidades, bem como o tão esperado piso salarial ao profissional da educação⁷⁰⁰ (alíneas de *a* a *e*, inciso III do artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

⁶⁹⁶ SIFUENTES, *op. cit.*, p. 270.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, p. 270.

⁶⁹⁸ *Ibid.*, p. 271.

⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 272.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, p. 273.

A Constituição brasileira ainda estabeleceu que os municípios deverão atuar de forma prioritária no ensino fundamental e na educação infantil, e os Estados e o Distrito Federal, no ensino fundamental e médio (respectivamente §§ 2º e 3º, do artigo 211).

Vedou-se a utilização dos recursos provenientes do salário educação para fins de complementação da União aos recursos do Fundo (inciso V, do artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), liberando esses recursos para a utilização em outros programas relacionados à implementação da educação básica.⁷⁰¹

E ainda, considerando os valores estabelecidos a título de vinculação mínima devida pela União, determinou a responsabilização do ente público competente em caso de sua não observância (inciso XI, do artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Ademais, a Constituição visou a desvinculação aos recursos decorrentes do (atual) FUNDEB dos programas suplementares de alimentação e assistência à saúde, os quais serão financiados com contribuições provenientes de outros recursos orçamentários (artigo 212, § 4º), visando, com isso, maior disponibilização dos recursos para serem aplicados no ensino, propriamente dito e em sua melhoria.

Quanto à qualidade na prestação da educação a Constituição brasileira garante um padrão de qualidade (artigo 206), buscando materializar esse preceito na determinação de que até dez por cento da complementação da União, prevista no inciso V, do artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, poderá ser distribuída para programas destinados para a melhoria da qualidade da educação, observadas as garantias do artigo 208 da Constituição (inciso VI, artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Houve também a preocupação da definição do padrão de qualidade no ensino. Enquanto a norma do § 4º do artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (alterada pela Emenda Constitucional 14/1996), relegava ao “[...] Governo Federal a estipulação de um valor, por aluno, que traduzisse o ‘correspondente a um padrão mínimo de qualidade de ensino’”, a atual norma do § 1º do artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios é que deverão assegurar, *no financiamento da educação básica*, a melhoria da qualidade de ensino, de forma a garantir padrão mínimo de qualidade.⁷⁰² (grifos da autora)

Portanto, a destinação orçamentária constitucional afeta à educação encontra-se traçada, incumbindo aos entes federais e respectivos administradores o cumprimento do

⁷⁰¹ *Ibid.*, p. 275.

⁷⁰² *Ibid.*, p. 277.

repassa dos percentuais corretos, sob pena de responsabilização administrativa, civil e criminal pela sonegação ou desvio dos recursos.

No entanto, essas disposições não eximem de controvérsias a relação cidadão/sociedade e Estado, pois mesmo com todo prospecto constitucional sobre os recursos públicos, distribuição e vinculação muitos conflitos advêm, ora da não destinação correta de recursos, ora, da destinação insuficiente dos recursos em face dos problemas enfrentados, da não implementação de políticas públicas na área educacional, a não distribuição adequada, ou mesmo o não cumprimento dos comandos constitucionais relativos à implementação das garantias de universalidade, qualidade e da progressiva expansão do ensino obrigatório, de modo a abranger as demais etapas.

Com efeito, as garantias fundamentais de plena aplicabilidade, eficácia e, conseqüentemente, da justiciabilidade do direito à educação impelem o poder judiciário a assumir uma posição mais ativa e criativa para a proteção de tal direito, de conformidade com a dicção constitucional.

4.4 A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

Os direitos sociais para serem efetivos pressupõem sua exigibilidade junto ao Estado, ou seja, requerem ser acionáveis judicialmente, pois de nada adiantaria a positivação da proteção de um direito se a essa garantia não correspondesse o direito de reclamar judicialmente a sua não concretização. Tanto é assim, que o sistema constitucional brasileiro, ao enunciar o rol de direitos fundamentais, expressamente os qualifica como de aplicação imediata (§ 1º, art. 5º). Aplicar o direito é torná-lo efetivo⁷⁰³, ou seja, concretizá-lo no plano social, humanizá-lo.

A jurisdição, por óbvio, situa-se no ponto de convergência da mudança paradigmática, antes restrita às funções de controle, pela nova sistemática não a abandona, mas dedica-se, igualmente, à implementação dos direitos fundamentais, notadamente, os direitos sociais prestacionais, como é o direito à educação, quando os poderes legislativo e executivo deixam de cumprir suas funções constitucionalmente previstas.

A teor do que teoriza Tércio Ferraz Jr

⁷⁰³ GRAU, *op. cit.*, p. 313.

[...] a referida “desneutralização” do Terceiro Poder significa que o “juiz é chamado a exercer uma função sócio-terapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade (*dura lex sed lex*). (...) A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Social.”⁷⁰⁴

Exsurge dessa sistemática, que a atividade jurisdicional deve voltar-se para o cumprimento dos objetivos Constitucionais de concretização dos direitos e garantias fundamentais, o que significa estar mais aberto e atento aos reclames dos cidadãos na concretização dos direitos e garantias estatuídos no Catálogo Constitucional, e, como uma via de mão dupla, conforme menciona Streck, capacitado a “[...] controlar a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos e exigir a implementação de políticas sociais eficientes [...]” de forma a garantir que as decisões da Administração Pública não se distanciem da “[...] ‘programaticidade principiológica’ da constituição.”⁷⁰⁵

Justiciabilidade compreende a “[...] possibilidade de o titular do direito reclamar perante um juiz ou tribunal o cumprimento das obrigações que derivam desse direito.”⁷⁰⁶ A ideia da não acionabilidade dos direitos sociais, conforme denota Piovesan (2009), possui teor ideológico e não científico e decorre de uma pré-compreensão equivocada de que uma classe de direitos (os civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e proteção, enquanto outra classe (os direitos econômicos, sociais e culturais) não são dignos de qualquer reconhecimento.⁷⁰⁷

A justiciabilidade dos direitos sociais é um fenômeno jurídico relativamente novo no direito brasileiro. Esse fenômeno remonta, principalmente, da ordem constitucional instalada com a Constituição brasileira de 1988 e, como consequência dessa nova temática, das decisões judiciais que determinaram a entrega de medicamentos para os portadores do vírus HIV*.⁷⁰⁸

⁷⁰⁴ *Apud* KRELL, *op. cit.*, p. 94.

⁷⁰⁵ *Apud* KRELL, *ibid.*, p. 97.

⁷⁰⁶ QUEIROZ, *op. cit.*, p. 148.

⁷⁰⁷ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 182-183.

* Cf. ilustra Souza Neto “Cf. STF, AGRRE 271286/RS, Relator Min. Celso de Mello, DJU 24.11.2000: ‘O caráter programático da regra inscrita no Art. 196 da Carta Política, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.’ [...]” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. *In*: _____; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2008, p. 515-551.)

⁷⁰⁸ *Ibid.*, p. 515.

A justiciabilidade dos direitos sociais no ordenamento brasileiro é expressa e pode ser aferida por várias normas e princípios que estabelecem claramente a possibilidade de o Poder Judiciário apreciar demandas pleiteando prestações de caráter social. Neste sentido é a garantia da inafastabilidade do controle judicial (artigo 5º da Constituição brasileira), que compreende para além da submissão à lei (princípio da legalidade), também a sujeição à jurisdição, sendo corolário do Estado de direito a “[...] universalidade da tutela jurídica e o amplo acesso ao Poder judiciário [...]”, garantido pela Constituição em seu artigo 5º, XXXV.⁷⁰⁹ Mas não é só isso.

A Constituição brasileira prevê uma série de remédios constitucionais que são destinados a viabilizar a atuação jurisdicional no campo dos direitos sociais de modo a concretizá-los, por exemplo, o controle da constitucionalidade por omissões estatais através do mandado de injunção e a ADIN por omissão, arguição de descumprimento de preceito fundamental, mandados de segurança (coletivo e individual), ação civil pública, ação popular, além de constar expressamente no texto constitucional que os direitos fundamentais (inclusive os sociais) possuem a prerrogativa de aplicabilidade imediata constante do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal.

Não obstante as garantias supra mencionadas, a questão da efetividade do direito à educação no Brasil ainda se apresenta como uma questão difícil de ser solucionada, apesar do seu amplo reconhecimento em diversos documentos internacionais e nacionais de proteção dos direitos humanos*.

Dentre os obstáculos apontados por parte da doutrina à justiciabilidade de tal direito podem-se mencionar algumas interpretações que negam ao direito à educação a natureza jurídica e as condições de sua acionabilidade judicial; o fato de a determinação do conteúdo específico de tal direito exigir a elaboração e implementação de políticas públicas, o que reclama o concurso dos poderes Executivo e Legislativo⁷¹⁰ e que sua sindicalidade, como direito à prestação por parte do Estado, estaria sujeita, à reserva do possível, por demandar a alocação de recursos públicos para a sua efetivação.⁷¹¹

⁷⁰⁹ BARCELOS, *op. cit.*, p. 149.

* São exemplos o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Protocolo de San Salvador, a Constituição Federal, a Lei de Diretrizes Básicas da Educação Nacional (LDB), o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Plano Nacional de Educação. (DUARTE, Clarice Seixas. Reflexões sobre a justiciabilidade do direito à educação no Brasil. *In*: HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela (orgs.). A educação entre os direitos humanos. Campinas: Autores Associados, 2006, p. 127-153.)

⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 127-153.

⁷¹¹ QUIRINO, Carolina de Castro. Os direitos fundamentais sociais e a revisão judicial das escolhas orçamentárias. *In*: FOLMANN, Melissa; ANNONI, Danielle (cords.). *Direitos humanos: os 60 anos da Declaração Universal da ONU*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 55-80.

No entanto, a questão que se pretende enfrentar quanto ao direito à educação, mesmo porque trata-se de uma questão recorrente na doutrina e jurisprudência brasileiras e de outros países periféricos, é analisar quem possui a legitimidade para definir o que seria possível no âmbito das prestações sociais atinentes ao direito fundamental social à educação.⁷¹²

a) Justiciabilidade do Direito à Educação e Reserva do Possível

Situando a discussão sobre a justiciabilidade do direito à educação, mesmo diante desse arsenal normativo apontando para a plena acionabilidade dos direitos sociais, consoante acima tratado, e ainda diante do núcleo normativo constitucional sobre o direito à educação, algumas situações ainda despertam dúvidas e críticas quanto à acionabilidade do direito à educação, e por estarem entrelaçadas ao estudo aqui desenvolvido merecem ser abordadas, mesmo que de forma superficial. Dentre elas, citam-se a forma como se consubstanciam algumas normas relativas ao direito à educação de matriz constitucional; o fato de que, em alguns aspectos, tal direito depende de realização de políticas públicas para implementação do direito^{*}; e a invocação estatal da reserva do possível como condição de sindicabilidade de tal direito, o que envolve uma reflexão sobre o ativismo judicial, o princípio da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa; no entanto, estas últimas serão objeto de discussão mais detalhada em tópico próprio.

Em que pese toda a discussão travada sobre a judicialidade dos direitos fundamentais sociais que irá se desenvolver, cumpre destacar que o acesso ao ensino obrigatório (fundamental) constitui direito subjetivo público, isso significa que o direito à educação, em sua modalidade fundamental.

⁷¹² KRELL, Andreas Joaquim. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 41.

^{*} As duas primeiras dificuldades apontadas foram abordadas tendo como referencial a investigação proposta por Clarice Seixas Duarte em sua obra já mencionada neste trabalho. Além desses dois entraves que podem afetar à justiciabilidade do direito à educação Duarte também acrescenta proteção diferenciada ao ensino fundamental regular. Adverte a mencionada autora que a proteção diferenciada atribuída ao direito à educação na vertente do ensino fundamental regular, como direito público subjetivo (§ 1º do artigo 208 da Constituição brasileira) a par de representar um “[...] extraordinário avanço em termos de proteção ao direito ao ensino obrigatório ao prever, em seu parágrafo 2º, a responsabilidade da autoridade competente pelo seu não oferecimento ou oferta irregular [...]” pode anular ou enfraquecer as garantias gerais previstas em nosso ordenamento jurídico. (DUARTE, *op. cit.*, p. 127-153.). No entanto, comunga-se do posicionamento segundo o qual esse receio não tem razão de ser, pois a intenção do legislador constituinte foi a de reforçar a acionabilidade do direito à educação de forma a excetuá-lo de qualquer dúvida a respeito, isso não quer dizer que os demais direitos relacionados à educação não tenham (como direitos fundamentais que também são) a característica da acionabilidade, mas que essa, no tocante ao direito ao ensino fundamental, o constituinte, não quis sujeitá-la a qualquer interpretação diversa. (SIFUENTES, *op. cit.*, p. 74.)

[...] independe de políticas públicas, de opções gerais, de programas totais de educação. Estes são também de responsabilidade do Estado. Mas o mesmo Estado não pode invocar esses seus deveres para eximir-se da obrigação de prestar, individualmente, quando solicitado, inclusive judicialmente, o devido acesso à educação fundamental, que é obrigatória [...].⁷¹³

O reforço conferido ao direito à educação em sua vertente de ensino fundamental se justifica pelo fato que sua prestação está umbilicalmente ligada à dignidade humana e ao mínimo existencial⁷¹⁴. Sua exequibilidade é, portanto, patente, tanto que se encontra consignado na Constituição brasileira que a não oferta do ensino fundamental obrigatório importa em responsabilização da autoridade competente.

Retomando a reflexão sobre as críticas relativas a alguns vieses sobre a exigibilidade judicial do direito à educação, ressalta-se que as normas constitucionais, pela sua natureza, são dotadas de força normativa e aptas, na maioria das vezes, a produzir efeitos concretos independentemente de regramento ulterior.⁷¹⁵ Essa qualidade se estende aos direitos sociais, conforme já defendido neste trabalho, todavia essa posição é infirmada por alguns doutrinadores sob a influência de ordenamentos constitucionais alienígenas que conferem tratamento jurídico diferenciado aos direitos, liberdades e garantias em detrimento dos direitos econômicos, sociais e culturais.*

No sistema constitucional brasileiro, entretanto, essa diferenciação não impera, os direitos civis e políticos possuem o mesmo regime de proteção que os direitos econômicos sociais e culturais, tanto pelo caráter de complementaridade e indivisibilidade com que os qualificam os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, seja pelo comando constitucional brasileiro que os equiparou em sua essencialidade, ao situá-los no âmbito dos direitos fundamentais (constante do capítulo II, do Título II que cuida dos direitos e garantias fundamentais), ou ainda, pelo princípio de aplicabilidade imediata constante do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, notadamente pela potencial possibilidade de aplicação a tais direitos, de uma argumentação jusfundamental.*

⁷¹³ TAVARES, *op. cit.*, p. 771-788.

⁷¹⁴ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 267.).

⁷¹⁵ BARROSO, *op. cit.*, p. 139.

* Cf. explica Sifuentes, “[...] na concepção da Lei Fundamental alemã, conforme esclarece Konrad Hesse, os direitos sociais não podem amparar pretensões imediatas do cidadão, nem ser postulados judicialmente. Isso por considerar, o autor, que tais direitos quase nada se diferenciam das ‘determinações de objetivos estatais’ (normas constitucionais que determinam obrigatoriamente tarefas e direções da atuação estatal) que não são auto-aplicáveis, devendo ser acolhidas pelo legislador.” (SIFUENTES, *op. cit.*, p. 214.)

* Cf. posicionamento de Alceu Mauricio Jr. (MAURICIO JUNIOR, Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 44.)

Conforme salienta Grau, se aplicar o direito é torná-lo efetivo, portanto, “Dizer que um direito é imediatamente aplicável [a teor da Constituição brasileira] é afirmar que o preceito no qual está inscrito é auto-suficiente”, (sic) e não reclama “[...] qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consume a sua efetividade.”⁷¹⁶

Nesta senda, muito embora algumas normas do núcleo normativo do direito à educação tenham sido enunciadas na Constituição brasileira como princípios, algumas veiculando princípios genéricos e abstratos, outras com conteúdo mais delimitado, todas são normas jurídicas e apresentam potencial capacidade de vinculação dos atores sociais, pois enunciam um dever-ser e se referem a duas espécies de normas, constantes do arcabouço constitucional. Neste sentido é a lição de Duarte:

De fato, tanto as normas que enunciam princípios genéricos e abstratos, como aqueles previstos no artigo 205 da Constituição Federal (“igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”, liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; o pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas), como as regras, cujo conteúdo é de fácil delimitação (“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”), são jurídicas, pois ambas dizem “o que deve ser”. Trata-se de uma distinção, segundo Robert Alexy (1997, p. 83), entre duas espécies do mesmo gênero.⁷¹⁷

Necessário ressaltar que “[...] o alto grau de abstração de muitos dos princípios que veiculam direitos sociais constitui uma característica dessa espécie de norma jurídica [...]” e essa peculiaridade não é apta a diminuir “[...] as possibilidades de sua efetivação, apenas exige novos métodos de interpretação judicial para sua aplicação [...]”, pelo fato de serem mandamentos de otimização, não valendo o caráter do tudo ou nada, mas a realização de algo na maior medida possível.⁷¹⁸

Quanto a uma possível indeterminação do objeto, também usada como argumento para se negar a plena aplicabilidade das normas de direitos sociais, o que não é privilégio desta categoria de direitos*, mas nem por isso, eles deixam de ser um dos direitos fundamentais.

⁷¹⁶ GRAU, *op. cit.*, p. 313.

⁷¹⁷ DUARTE, *op. cit.*, p. 127-153.

⁷¹⁸ *Ibid.*, p. 127-153.

* Cf. ilustra Duarte uma certa indeterminação do objeto também ocorre com muitas liberdades individuais, por exemplo, com o direito à intimidade, declarado no artigo 5º, X da Constituição brasileira. Nesta regra não há consignada o exato alcance do que seja intimidade, todavia para se chegar ao seu sentido, necessário se faz uma atividade hermenêutica, mais acurada, para delinear o seu objeto. (*Ibid.*, p. 127-153.)

Outra observação que se faz à exequibilidade do direito à educação reside no argumento de que tal direito necessita de políticas públicas para sua concretização. A dificuldade que se apresenta à justiciabilidade, neste caso, reside basicamente em dois argumentos, o primeiro consistente na dificuldade em se predicar tais categoriais como direitos subjetivos, pois dependeriam da atuação dos demais poderes para a sua concretização; o segundo, consistiria na impossibilidade de se imputar sanção aos que o violam, no caso de inexecução dos planos e políticas públicas a ele relativos.⁷¹⁹

O primeiro argumento já foi enfrentado neste trabalho, quando se defendeu que os direitos sociais não podem ser concebidos como direitos exercitáveis apenas coletivamente, pois sua titularidade está relacionada com a natureza do objeto do direito em cada caso⁷²⁰, ou seja, à pessoa individualmente considerada, a qual é seu titular por preferência, cuja dignidade é pessoal, portanto, individual. Os direitos sociais foram assim designados, ou por serem, em sua maioria, direitos a prestações estatais visando o alcance da justiça social, ou porque estão diretamente ligados à garantia de tutela de uma determinada classe social, “[...] no mais das vezes marcada por níveis de manifesta assimetria – e desequilíbrio – de poder econômico e social.”⁷²¹

Adverte Sarlet que negar a subjetividade dos direitos sociais sob o argumento que estes não apresentariam titularidade individual, não podendo ser acionados individualmente, seria uma estratégia para impedir ou limitar

a assim chamada judicialização das políticas públicas e dos direitos sociais, restringindo o controle e intervenção judicial a demandas coletivas ou o controle estrito (concentrado e abstrato) de normas que veiculam políticas públicas ou concretizam deveres em matéria social.⁷²²

De outra sorte, consoante lição de Duarte

Ora, se o Estado social está todo voltado para a concretização dos direitos sociais por meio da implementação de políticas públicas, negar a possibilidade de constrangimento judicial do Estado a executar o que deve fere todo o espírito da Constituição e compromete sua efetividade.[...] Trata-se de uma lesão de direito extremamente grave, que afeta a integridade do sistema e, como tal, deve ser levada ao Judiciário, órgão incumbido de apreciá-las, conforme dispõe o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.⁷²³

⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 127-153.

⁷²⁰ SARLET, *op. cit.*, p. 214.

⁷²¹ *Ibid.*, p. 218.

⁷²² *Ibid.*, p. 216.

⁷²³ DUARTE, *op. cit.*, p. 127-153.

Outro argumento no qual se amparam aqueles que negam a justiciabilidade do direito à educação, diz respeito ao fato de que, em sendo o direito social veiculado por uma norma sem sanção específica, isso impossibilitaria a sua acionabilidade.

A esse respeito explica Duarte que o fato de uma norma não conter em seu enunciado uma sanção não lhe retira a natureza normativa, isto é, a natureza jurídica de uma norma não decorre de ela apresentar uma sanção, mas pelo fato de estar conectada ao ordenamento jurídico como um todo:

O fato de uma norma jurídica não ter uma sanção específica como garantia de seu cumprimento repercute sobre sua eficácia, mas não retira sua natureza jurídica. O posicionamento em sentido contrário é fruto, na prática, da confusão entre os direitos e os instrumentos jurídicos existentes para a sua proteção. [...] direitos e garantias são dois elementos que não se confundem, embora sejam complementares. O direito é o principal; a garantia é apenas um acessório, um elemento acional em relação ao primeiro. Diferentemente dos direitos, que podem ser declarados pelo poder público, as garantias jurídicas devem ser construídas pelo Estado.⁷²⁴

A constituição elenca uma série de garantias para a proteção dos direitos à educação, como a ação civil pública, ação popular, mandado de segurança e mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental, por exemplo. Tais instrumentos podem ser utilizados quando em discussão a exigibilidade de políticas públicas para a implementação do direito à educação. No entanto, nossos Tribunais têm encarado com parcimônia sua intervenção em questões que envolvem certo grau de decisão política.

Muito embora parte da doutrina resista a uma atuação mais ativista do Poder Judiciário, alegando, para tanto, “[...] prejuízo severo causado à democracia pela atuação de juízes que, sem legitimação democrática direta, estariam autorizados a invalidar os atos praticados pelos demais poderes constituídos, dotados de representação democrática.”⁷²⁵, os Tribunais brasileiros têm, de forma tímida, assumido uma postura mais ativista quanto à apreciação de questões relacionadas a decisões políticas do legislativo e do executivo, fruto da abstração dos princípios e valores preconizados pelo Estado de índole social.

Mauro Capelletti defende uma atuação mais ativa e criativa dos juízes na aplicação do direito, promovendo uma investigação das causas e efeitos da atuação jurisdicional criativa, em sua obra **Juízes Legisladores?**: (grifos no original)

⁷²⁴ DUARTE, *op. cit.*, p. 127-153.

⁷²⁵ OLSEN, *op. cit.*, p. 271.

[...] a criatividade jurisprudencial intensificou-se como resposta a uma série de fatores, dentre os quais destaca: a) a “revolta contra o formalismo”, após a II Guerra Mundial; b) a necessidade de agigantamento do Judiciário enquanto terceiro poder capaz de controlar o Legislativo e o Executivo, que haviam se tornado imensamente potentes especialmente com o advento do Estado de Bem-Estar Social; c) a criação da legislação social, e a necessidade de que o Judiciário implementasse o cumprimento às obrigações prestacionais nela previstas (“*justiça administrativa*”) não podendo tão-somente exercer a função de garantidor dos direitos individuais frente ao Estado; d) a posição do judiciário como defensor dos indivíduos desprovidos de acesso às manobras políticas necessárias à influência nas políticas, em virtude do complexo aparato burocrático que passou a cercar o Executivo e o Legislativo.⁷²⁶

O posicionamento do Ministro Celso de Mello, no voto exarado no Agravo Regimental interposto no Recurso Extraordinário sob nº 410.715-5, apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (considerado um avanço na atuação jurisdicional e na importância atribuída ao direito à educação) foi no sentido de se reconhecer o direito ao atendimento de criança em creche e o direito de acesso à pré-escola, mesmo em se tratando de direito passível de ser concretizado por intermédio de políticas públicas:

O objetivo perseguido pelo legislador constituinte, em tema de educação infantil, especialmente se reconhecido que a Lei Fundamental da República delineou, nessa matéria, um nítido programa a ser implementado mediante adoção de políticas públicas conseqüentes e responsáveis – notadamente aquelas que visem a fazer cessar, em favor da infância carente, a injusta situação de exclusão social e de desigual acesso às oportunidades de atendimento em creche e pré-escola -, traduz meta cuja não-realização qualificar-se-á como uma censurável situação de *inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público*.⁷²⁷ (Grifos nossos)

A temática social instaurada com a Constituição brasileira de 1988 compreende que as tarefas de formulação das políticas públicas, no Estado social de direito, não são afetas somente ao governo e à administração, mas por estarem intimamente relacionadas com os objetivos e direitos fundamentais, essas escolhas realizadas pelos vários centros de decisão estatal devem passar pelo crivo da apreciação judiciária.⁷²⁸ Mesmo porque, “[...] num Estado Democrático de Direito, é o Poder Judiciário o intérprete maior e final das normas jurídicas e ‘titular da competência de aplicá-las aos casos controvertidos’.”⁷²⁹

⁷²⁶ *Ibid.*, p. 279.

⁷²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação Infantil. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410715. Agravante Município de Santo André e Agravado João Guilherme de Souza Assis. Relator Ministro Celso de Mello. 22 de novembro de 2006. <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 mar. 2008.

⁷²⁸ KRELL, *op. cit.*, p. 25-60.

⁷²⁹ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 196.

Constitui igualmente argumento de objeção à justiciabilidade do direito à educação a reserva do possível, resultando que alguns autores negam “[...] de maneira categórica a competência dos juízes (‘não legitimados pelo voto’) a dispor sobre medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários”.⁷³⁰

Isso se explica porque as demandas sobre a concretização do direito à educação muitas vezes envolvem uma discussão sobre os recursos, o que implica a avaliação jurisdicional das opções orçamentárias e da legislação relativa aos gastos públicos em geral.⁷³¹

A teor do que leciona Canotilho, parece equivocado um posicionamento jurídico que sujeita a realização de um direito fundamental social à contingência de cofres governamentais, pois “Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.”⁷³²

Consoante salienta Barbosa, não se está aqui defendendo que o Poder Judiciário intervenha nas opções políticas e orçamentárias, uma vez que compete ao Executivo e ao legislativo dispor sobre políticas públicas, “[...] o que se defende é que – na inércia destes poderes – é legítimo que o Judiciário atue quando chamado, principalmente quando se tratar de controle difuso, em que os próprios destinatários dos direitos vão reivindicar que os mesmos sejam realizados.”⁷³³

Nesse contexto, a averiguação sobre a existência ou não de recursos para se realizar direitos fundamentais sociais e a reflexão sobre a legitimidade da jurisdição constitucional devem ser analisadas sob o crivo Constitucional⁷³⁴, pois não se deve olvidar

[...] que quem “governa” – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais.⁷³⁵

Um dos opositores a essa corrente que defende uma atuação mais performática do Poder Judiciário é Gustavo Amaral, que nega veementemente a possibilidade de decisões alocativas de recursos pelo Poder Judiciário. Para ele, as decisões alocativas de recursos devem ser pautadas pela necessidade – necessidade de atender uns no lugar de outros, sendo

⁷³⁰ *Ibid.*, p. 185.

⁷³¹ SARLET, *ob. cit.*, p. 359.

⁷³² CANOTILHO, *op. cit.*, p. 481.

⁷³³ BARBOSA, *op. cit.*, p. 186.

⁷³⁴ OLSEN, *op. cit.*, p. 282

⁷³⁵ SARLET, *op. cit.*, p. 359.

que o Judiciário não estaria suficientemente aparelhado para influir nestas escolhas, pois elas estariam afetas ao Legislativo e ao Executivo, através da elaboração da lei orçamentária e da realização de políticas públicas.⁷³⁶

Além de questões de essência, há empecilhos funcionais que não recomendam a atuação destacada do Judiciário. Todo modo de funcionar da judicatura, a iniciativa por provocação, o impulso oficial, a linearidade do procedimento e as regras de preclusão não constituem procedimentos apropriados para lidar com a dinâmica das decisões alocativas. Tais decisões são sempre mutáveis em função da evolução dos fatos, do conhecimento que deles se tenha e da percepção daí advinda.[...] No que diz respeito às pretensões positivas, cabe ao Judiciário o controle do discurso, o controle das condutas adotadas por aqueles que ocupam função executiva ou legislativa. Não cabe ao magistrado fazer a mediação fato-norma, seja pela subsunção ou pela concreção. Cabe-lhes, isso sim, projetar o conteúdo de pretensão contrastando o teor dessa pretensão com a realidade fática, verificar se há violação potencial. Havendo a violação potencial, cabe ao magistrado, então questionar as razões dadas pelo Estado para suas escolhas, fazendo a ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não a escolha estatal.⁷³⁷

No entanto, esse posicionamento não se identifica com os postulados Constitucionais que expressamente estabelecem a dignidade da pessoa humana como valor fundante do Estado brasileiro, de sorte que, mesmo o poder discricionário conferido à Administração Pública deve ser exercido dentro dos ditames constitucionais⁷³⁸, e imantado pelos valores do Estado social.

Com efeito, as questões atinentes ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação de políticas públicas, sua execução e também a afetação de recursos para sua realização não estão relegadas somente ao governo e à administração, tais atividades como todas as demais exercidas pelo Estado, estão adstritas às normas constitucionais, estas concebidas, principalmente como uma ordem de valores.*

Portanto, o direito à educação como direito social possui plena justiciabilidade, sendo que deve ser invocado, até mesmo diante de questões envolvendo opções políticas. Isso implica a possibilidade de

⁷³⁶ OLSEN, *op. cit.*, p. 286-287.

⁷³⁷ AMARAL, *op. cit.*, p. 206-208.

⁷³⁸ OLSEN, *op. cit.*, p. 291.

* Cf. teoriza Clève, citado por Krell, o juiz deve “[...] ter um compromisso com a justiça normativamente inscrita na Constituição Federal. E isso é perfeitamente possível no Brasil, já que aqui, ao contrário de outros países, todos os juizes exercem jurisdição constitucional. É imprescindível que o juiz com o apoio de disciplinas como a filosofia, a sociologia e a história jurídicas, desenvolva uma visão global do direito, de sua estrutura e de seus problemas, para poder entender a dimensão axiológica que preside, na atualidade, todo o sistema jurídico e especialmente o texto da Constituição.” (*apud* KRELL, *op. cit.*, p. 77-83.)

[...] sempre que pautado por dados da realidade, o juiz demandado a tornar efetivo um direito fundamental social, poderia obrigar o Estado a adotar condutas necessárias. [...] se o Estado alegar a reserva do possível como restrição ao direito em questão, caberá ao Judiciário avaliar qual a natureza desta “impossibilidade fática” na realização do direito. Em sendo ela absoluta, não poderá o Judiciário efetivamente obrigar o impossível. Mas em se tratando de impossibilidade relativa, fruto de uma escolha praticada pelo poder político, poderá o juiz exercer um controle de constitucionalidade desta decisão política, e inclusive invalidá-la na medida em que contrarie as normas constitucionais.⁷³⁹

Apesar da justiciabilidade do direito à educação, como direito social, ser aferida constitucionalmente, ela não pode estar alijada da análise dos demais princípios constitucionais que informam a organização estatal e a atividade administrativa sob pena de se constituir em uma garantia inoperante. Como já se deu o norte em linhas anteriores, a jurisdição, sob o crivo da temática constitucional, reclama uma releitura desses princípios, de forma que o Estado conduza suas ações visando à concretização dos direitos e garantias fundamentais, sem se distanciar de seus objetivos democráticos.

b) A Justiciabilidade do Direito à Educação em face dos Princípios da Divisão de Poderes da Discricionariedade Administrativa

Um dos principais entraves que o Poder Judiciário enfrenta para conhecer questões envolvendo o destino de verbas públicas na implementação dos direitos fundamentais sociais, como é o direito à educação, se refere ao princípio da divisão dos poderes, e, via de consequência, da discricionariedade administrativa.

Argumenta-se que o poder judiciário, pela clássica teoria da divisão do poder estatal, não poderia adentrar na esfera de atuação de outro poder, sob pena de quebra do próprio princípio da separação de poderes estatuído pela Constituição brasileira (artigo 2º), da conspurcação do princípio democrático e pela invasão das competências dos demais poderes em agir, em determinados casos, blindados pelo poder discricionário que confere ao estado a prerrogativa de decisão sobre a conveniência, oportunidade (motivo) e conteúdo (objeto) de determinado ato.

Barcellos (2002), discorrendo sobre a separação dos poderes e sobre o princípio majoritário, enumera alguns argumentos que são colocados como obstáculos à possibilidade de o poder judiciário conhecer e deferir prestações positivas a serem custeadas pelo poder público:

⁷³⁹ OLSEN, *op. cit.*, p. 290.

i) o Judiciário estaria invadindo competência do Legislativo, rompendo o equilíbrio que deve haver entre os Poderes; ii) apenas o Executivo e o Legislativo gozariam de legitimidade democrática para fixar políticas públicas, destinar recursos etc., atributo que não caberia ao Judiciário, (iii) a decisão sobre onde investir e que bens materiais oferecer seria eminentemente política, já que há recursos limitados e o espaço do Judiciário é jurídico e não político; (iv) o Judiciário não teria condições de avaliar o impacto de suas decisões sobre a estrutura do Estado como um todo, mesmo porque não teria capacitação técnica para fazê-lo, dispondo de uma perspectiva apenas casuística e não global dos problemas etc.⁷⁴⁰

Ocorre que, para ser breve, a doutrina da divisão dos poderes, em sua concepção moderna, originou-se na necessidade experimentada pela sociedade de se opor aos regimes monárquicos absolutistas, de forma a evitar a concentração e o exercício arbitrário do poder e garantir direitos individuais em face da tirania estatal⁷⁴¹, ou seja, de limitação do poder pelo próprio poder.⁷⁴²

A formulação original da separação dos poderes esteve relacionada à ideia de que o poder concentrado e sem controle tende a ser exercido de forma abusiva⁷⁴³, sendo necessário, portanto, sua divisão.

O princípio da separação de poderes é de importância fundamental para a organização do Estado, possuindo natureza instrumental, mas não é um valor em si mesmo.⁷⁴⁴ Diferentemente do que possa parecer, a doutrina de Montesquieu não pregava a separação dos poderes, mas o equilíbrio entre os três poderes distintos.⁷⁴⁵ Essa constatação foi expressa por Canotilho:

Hoje tende a considerar-se que a teoria da separação dos poderes engendrou um *mito*. Consistiria este mito na atribuição a Montesquieu de um modelo teórico reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados: [...] Foi demonstrado por Eisenmann que esta teoria nunca existiu em Montesquieu [...] Além disso, mais do que separação, do que verdadeiramente se tratava era de combinação de poderes [...].⁷⁴⁶

No tempo em que originou a doutrina contemporânea da divisão de poderes, sua necessidade deveu-se ao limite do poder monárquico sobre o destino dos súditos, nos dias atuais faz-se necessária uma releitura de seu fundamento, posto que sob o manto do Estado

⁷⁴⁰ BARCELLHOS, *op. cit.*, p. 208.

⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 211.

⁷⁴² HAGER, Marcelo. O Estado de direito brasileiro e a quebra do princípio da tripartição dos poderes. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, 50, p. 108-114.

⁷⁴³ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 211.

⁷⁴⁴ *Ibid.*, p. 215.

⁷⁴⁵ GRAU, Eros. *Direito posto e direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 173.

⁷⁴⁶ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 114-115.

providência se reclama a atuação dos poderes para que se concretizem os direitos e garantias fundamentais.

Como bem denota J. S. Mill, citado por Mauricio Jr., a divisão dos poderes hoje em dia visa a assegurar as liberdades individuais, não em relação a um monarca absoluto, mas, “[...] na mesma medida, em face do absolutismo majoritário de uma democracia, pois ‘também um domínio da maioria que não esteja limitado pelos direitos de liberdade pode converter-se em tirania’.”⁷⁴⁷

Necessário, portanto, na atualidade, uma revisão da inflexibilidade do princípio da separação dos poderes, pois como está sendo exercido atualmente, nos moldes que foi idealizado pelo pensamento liberal do século XVIII, “[...] está produzindo, com sua grande força simbólica, um *efeito paralisante* às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal.”⁷⁴⁸ (Grifos no original)

Não se deve perder de vista que para a concepção liberal de separação de poderes a neutralização do poder judiciário era uma estratégia importante para a realização do estado de direito burguês,⁷⁴⁹ no entanto, o Estado brasileiro reclama uma realidade oposta, mantendo-se a independência entre os três poderes de forma que a cada um seja garantido o controle constitucional dos demais.⁷⁵⁰

Uma das teses a que se apegua a doutrina contrária à concepção mais plástica da separação dos poderes ampara-se no argumento de que as decisões judiciais tendentes à revisão dos atos legislativos e executivos sobre a aplicação de recursos estariam ferindo a competência dos poderes envolvidos. No entanto, esse argumento apresenta, no mínimo, uma falha evidente.

É certo que ao judiciário compete a jurisdição que constitui um poder-dever* de dizer o direito no caso concreto, o que corresponde ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, consubstanciada no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal. Com efeito, onde a

⁷⁴⁷ MAURICIO JUNIOR, *op. cit.*, p. 148.

⁷⁴⁸ KRELL, *op. cit.*, p. 88.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 89.

⁷⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 100.

* Cf. lição de Coutinho (2003), jurisdição é poder. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel da Jurisdição constitucional na realização do Estado Social. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba: Academia de Direito Constitucional, 2003, n. 3.). Segundo Féder (2007), “Se a lei autoriza a prática do ato para cada circunstância, o exercício desse ato passa a ser um dever do governante.” (FÉDER, João. *Estado sem poder*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 74.)

Constituição afirma uma competência, abstrai-se um dever, assim “[...] se a Constituição assinala deveres a um determinado órgão, implicitamente lhe confere os poderes para realizá-los.”⁷⁵¹

Portanto, o que o exercício da competência jurisdicional proporciona não é propriamente um agir com invasão de competências de outros Poderes, mas exatamente uma atividade de controle a um agir (ou não agir) contrário ao Direito. Como os órgãos da soberania também estão submetidos ao Direito – esta é a própria consequência de um Estado de Direito – não existe ilegitimidade *a priori* do Judiciário em exercer o controle sobre a atividade dos demais Poderes.⁷⁵²

O princípio da separação de poderes não constitui um “[...] dogma intertemporal ou um esquema constitucional rígido, mas um princípio organizatório fundamental, e, desta forma, deve ser visto como um princípio histórico, em contato com uma ordem constitucional concreta, articulando-se com os demais princípios constitucionais, [...]”⁷⁵³

Desta forma, as ações estatais devem pautar-se para a realização dos princípios e objetivos fundamentais, traduzindo-se em medidas concretas, as quais constituem um dever do Estado. Segundo assevera Mancuso, citado por Krell

[...] não há fundamento técnico-jurídico ou argumentação logicamente sustentável que dê respaldo a uma pretensa assimilação entre as políticas públicas e aos atos exclusivamente políticos ou puramente discricionários. Dada a indisponibilidade do interesse público, torna-se pequena a margem de efetiva discricção nos atos e condutas da Administração Pública (“liberdade vigiada”).⁷⁵⁴

Por outro lado, a discricionariedade administrativa como consequência lógica do princípio da separação de poderes⁷⁵⁵ não pode ser compreendida como liberdade de conformação do legislador, em caráter absoluto, notadamente pelo fato de que esse poder tem sido, frequentemente, utilizado como pretexto para inúmeros abusos e desvios por parte da administração pública.⁷⁵⁶

Conforme destaca Tércio Sampaio Ferraz Júnior, citado por Grau a discricionariedade administrativa guarda suas raízes na doutrina do direito administrativo liberal, pois sem a liberdade conferida pela discricionariedade, a administração não teria

⁷⁵¹ MAURICIO JUNIOR, *op. cit.*, p. 156.

⁷⁵² *Ibid.*, p. 157.

⁷⁵³ *Ibid.*, p. 149.

⁷⁵⁴ *Apud* KRELL, *op. cit.*, p. 91.

⁷⁵⁵ BARBOSA, *op. cit.*, p. 119.

⁷⁵⁶ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e Reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008 p. 70.

podido funcionar tolhida pela concepção rígida da legalidade, funcionando como uma válvula do Estado de concepção burguesa, tendente a instrumentar sua atuação estatal.⁷⁵⁷

A discricionariedade administrativa, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, compreende

[...] a ‘margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.’⁷⁵⁸

A discricionariedade*, como princípio que rege a atividade administrativa, não é absoluta, tem suas atividades informadas pelo princípio da legalidade, mesmo porque a regra que informa a atividade administrativa é a da estrita legalidade. Significa, portanto, que

[...] uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada; trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. [...] Por outro lado, o poder discricionário sujeita-se não só às normas específicas para cada situação, mas uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo.⁷⁵⁹

A liberdade conferida pela discricionariedade não é uma liberdade ilimitada, ela está adstrita ao próprio sentido que deve nortear toda a atividade estatal, a saber, a persecução dos objetivos constitucionais e garantias constitucionais, sujeita não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram o atendimento do interesse público referente à competência que lhe foi conferida.⁷⁶⁰

Em linhas gerais, esse foi o entendimento proferido pelo Ministro Celso de Mello, no Agravo Regimental, interposto em Recurso Extraordinário sob nº 410.715-5, colocado à apreciação ao Supremo Tribunal Federal, em que o Ministério Público do Estado de São Paulo requisitava o atendimento de criança em creche e em pré-escola, assegurado pela Constituição Federal:

⁷⁵⁷ Apud GRAU, *op. cit.*, p. 144.

⁷⁵⁸ Apud GRAU, *Ibid.*, p. 144.

* Cf. Medauar, “[...] diferentes expressões são utilizadas para designar a matéria: *poder discricionário*, *atividade discricionária*, *discricionariedade*. Se considerado, de modo rigoroso, o sentido desses vocábulos, o *poder discricionário* seria a atribuição legal de decidir com possibilidade de escolha; *atividade discricionária* refere-se ao exercício de funções com utilização do poder discricionário, enquanto *discricionariedade* é a própria possibilidade de escolha.” (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 131.) (Grifos no original)

⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 133.

⁷⁶⁰ *Ibid.*, p. 133.

Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a educação infantil – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 208, IV) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município (CF, art. 211, § 2º), disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, ou, ainda, com apoio em “argumentos de natureza política e econômica”.

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios – que atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Carta Política, e que representa fator de limitação da discricionariedade político administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV) não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social, mesmo porque, tal como adverte a doutrina, a liberdade de conformação do Estado, em tema de implementação de direitos assegurados pelo próprio texto constitucional, está vinculada ao postulado da supremacia da Constituição.⁷⁶¹

Extrai-se desse atualíssimo posicionamento que a atuação dos entes estatais, no que toca o direito à educação, deve pautar-se pelos preceitos constitucionais, mesmo que para isso seja necessária uma reformulação nas funções dos diversos poderes, ou na forma de se conceber essas funções, como bem expressa Sarlet

[...] assume caráter emergencial uma crescente conscientização por parte do órgão do Poder Judiciário, que *não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais*, mas ao fazê-lo haverão de obrar com a máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, seja quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva e/ou retrocessiva de algum direito social, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos poderes.⁷⁶² (Grifos no original)

A concretização do direito à educação pode envolver, em alguns casos, a aplicação de recursos financeiros para a sua implementação, o que envolve uma análise das opções administrativas e até legislativas quanto à destinação de recursos.

A apreciação, pelo Judiciário, de situações que se relacionam à concretização do direito à educação e o argumento da reserva do possível (o que envolve escolhas e ações

⁷⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação Infantil. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410715. Agravante Município de Santo André e Agravado João Guilherme de Souza Assis. Relator Ministro Celso de Mello. 22 de novembro de 2006. <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisar/Jurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 mar. 2008.

⁷⁶² SARLET, *op. cit.*, p. 355.

estatais) reclamam uma profunda e cuidadosa análise dos motivos determinantes que levaram o ente estatal em sua eleição, requerendo, portanto, uma atividade de sopesamento de todas as circunstâncias envolvidas no caso concreto e à luz dos princípios de raízes constitucionais, como forma de expressão da justiça e de respeito ao princípio democrático.

c) Parâmetros de Ponderação - Razoabilidade e Proporcionalidade

Como se destacou neste trabalho, a concretização do direito à educação, como grande parte dos direitos sociais prestacionais, podem ser cerceados (em alguns de seus aspectos) por razões relativas à falta de recursos para sua implementação, pelo fato de as prestações estatais para o financiamento dos direitos envolverem escolhas administrativas ou legislativas.

A restrição a tal direito pode dar-se por inúmeras causas como, por exemplo, falta de vaga na rede pública, inexistência de escola naquela localidade, falta de material escolar, falta de merenda (ou sua má qualidade), inexistência de transporte, baixa qualidade do ensino ministrado, falta de vaga para o acesso ao ensino médio, ou ainda, má distribuição dos recursos educacionais nas leis orçamentárias, insuficiência dos recursos existentes para o atendimento da demanda em educação, negativa de alguns dos entes federativos de efetivar os recursos previstos constitucionalmente, etc.

Todos esses casos, para serem enfrentados, envolvem a análise de questões correlatas como a questão relativa à separação de poderes, discricionariedade administrativa, eficiência dos gastos públicos e escolhas políticas, o que significa que, “[...] os critérios para essas escolhas não podem ser extraídos facilmente do texto ou do sistema”, cabendo lugar a ponderação como “[...] *técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais* [...]”.⁷⁶³ (Grifos no original)

Como ressalta Novais

[...] a especificidade das restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição deriva, basicamente, da inexistência de referências constitucionais explícitas sobre a forma como resolver as colisões entre esses direitos fundamentais e outros bens igualmente dignos de proteção. [...] Nesse sentido, a ponderação de bens constitui a chave da solução do nosso problema, mas essa conclusão só estará devidamente fundamentada na medida em que puder ser demonstrada a adequação da metodologia da ponderação de bens às exigências do

⁷⁶³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 34-35.

controle da atuação estatal restritiva de direitos fundamentais nos quadros do Estado um Estado de Direito.⁷⁶⁴

Tendo em vista que a reserva do possível representa um limite fático e jurídico aos direitos fundamentais a prestações⁷⁶⁵, “[...] ela deverá ser ponderada tal como elemento em conflito com o princípio que determina, *prima facie*, ao Estado o cumprimento de determinada prestação.”⁷⁶⁶ Vale dizer, a divergência existente entre o direito à educação a ser prestado e a inexistência ou insuficiência de recursos para atendê-lo devem ser manejados pela ponderação entre os direitos e interesses em questão.

Esclarece-se que a ponderação tem lugar em todo o processo de interpretação, não se referindo a uma técnica específica de solução de conflitos normativos*, não obstante aqui se empregar o sentido que lhe concedeu Barroso que a consagra como

[...] uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas. A estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores e normas.⁷⁶⁷

Barroso descreve a ponderação como um processo que se desenvolve em três etapas: na primeira “[...] cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas.” A segunda etapa compreende o exame dos “[...] fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos.” É na terceira e última etapa, dedicada à decisão, que a ponderação toma contornos mais definidos, distinguindo-se da tradicional subsunção. Nesta etapa procede-se ao exame dos grupos de normas envolvidos e a repercussão dos fatos, de forma a estabelecer os pesos a serem atribuídos a cada um desses elementos, fase em que o intérprete se valerá dos princípios da *proporcionalidade* e/ou *razoabilidade* como importante meio para se chegar a uma decisão⁷⁶⁸. (Grifos do autor)

⁷⁶⁴ NOVAIS, *op. cit.*, p. 639.

⁷⁶⁵ SARLET, *op. cit.*, p. 288.

⁷⁶⁶ OLSEN, *op. cit.*, p. 299.

* Cf. Barcellos “O termo ponderação não é privativo do Direito. Em sentido geral, ele significa avaliar todas as vantagens relacionadas com determinada situação, de modo que toda decisão humana minimamente racional envolve algum tipo de ponderação, [...]” (BARCELLOS, *op. cit.*, p. 296), muito embora essa técnica não seja objeto de estudo mais profundo neste tópico, ela traz subsídios para a abordagem aqui desenvolvida.

⁷⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 360.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 360-362.

Neste sentido é a lição de Barroso:

[...] nessa fase dedicada à decisão, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos e disputa e, portanto, o grupo de normas que devem preponderar no caso. Em seguida, é preciso ainda decidir quão intensamente esse grupo de normas – e a solução por ele indicada – deve prevalecer em detrimento dos demais, isto é: sendo possível graduar a intensidade da solução escolhida, cabe ainda decidir qual deve ser o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada. Todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio instrumental da *proporcionalidade* ou *razoabilidade* [...].⁷⁶⁹ (grifos no original)

Pela doutrina de Barroso, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (embora ele os empregue como sendo um só), são instrumentos que servem à ponderação quando se envolve a análise de casos difíceis.

A razoabilidade e a proporcionalidade, dada a sua importância para o ordenamento jurídico como um todo, constituem princípios gerais do direito⁷⁷⁰ e, como tais, “[...] *adquirem um significado apenas quando considerados em conjunto com o restante do sistema jurídico: daí a necessidade de se pressupô-lo como uma totalidade*”, servindo como um *topos* hermenêutico.⁷⁷¹ (Grifos no original)

Barroso identifica o princípio da razoabilidade* com a ideia de justiça, ou seja, ele seria um “[...] parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça.” Por esse entendimento, a razoabilidade conecta-se com aquilo que seria *razoável*, supondo equilíbrio, moderação e harmonia, sendo que sua aplicação ensejaria “[...] a verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins.”⁷⁷² (Grifo do autor)

⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 361-362.

⁷⁷⁰ Cf. BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 78.

⁷⁷¹ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, p. 104.

* Cf. Braga “[...] o matiz da razoabilidade é *substantive due process of law* desenvolvido na jurisprudência norte-americana [...]”, decorre do devido processo legal substantivo, inicialmente aplicada no direito administrativo foi aos poucos sendo estendida para o direito constitucional. O fundamento de tal princípio no ordenamento jurídico brasileiro, segundo a autora em comento, residiria no artigo 5º da Constituição brasileira, por tal razão, considerado cláusula pétrea inatingível por “[...] qualquer tentativa de usurpação constitucional, nos termos do art. 60, § 4º, CR/88.” A razoabilidade envolve o aspecto da racionalidade mais próxima às circunstâncias pessoais, possibilitando “[...] a verificação da adequação e necessidade entre os motivos e os fins, [...]” (BRAGA, *op. cit.*, p. 182-184.)

⁷⁷² BARROSO, *op. cit.*, p. 226-230.

Inserese, portanto, dentro da análise da razoabilidade da medida empregada, uma reflexão sobre questões relacionadas aos “[...] princípios da moralidade e eficiência [*], que devem direcionar a atuação da administração pública em geral, [...]”, pois é “[...] através do dever de boa administração que são ligados de forma íntima à eficiência, à moralidade e à razoabilidade.”⁷⁷³ já que tais vetores de atuação administrativa “[...] assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais.”⁷⁷⁴

[...] qual é, então, a relação ente eficiência e razoabilidade? Moreira Neto entende que o ato ineficiente viola o princípio da razoabilidade, pois tal atuação igualaria a “boa administração” à “má administração”. [...] melhor é o raciocínio que pode ser extraído da doutrina de Bandeira de Mello, para quem a necessária atuação ótima implica mais que uma atuação razoável, uma atuação proporcional. Assim, é possível compreender que um ato pode ser *razoável*, porém *ineficiente*, embora *sempre que seja eficiente, será razoável*.⁷⁷⁵ (Grifos do autor)

Fácil concluir que o princípio da eficiência ultrapassa os limites da razoabilidade, na medida em que implica uma maior exigência, pois decorre do cumprimento do princípio da finalidade, o qual impõe não somente uma atuação estatal suficiente (razoável/racional), mas também ótima (a melhor possível).⁷⁷⁶

Com efeito, Braga distingue a racionalidade, e em sentido estrito, a razoabilidade e a proporcionalidade:

- 1) **Racionalidade** (corresponde à adequação e à necessidade presentes nos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade) – atinente à lógica;
- 2) **Razoabilidade em sentido estrito** – critério mais subjetivo do que a proporcionalidade *stricto sensu*, pois leva em consideração o senso comum o “bom senso” do intérprete em face das circunstâncias fáticas;
- 3) **Proporcionalidade em sentido estrito** – juízo crítico pelo qual o intérprete, diante das circunstâncias jurídicas envolvidas no caso, avalia o equilíbrio global entre os custos e os benefícios das medidas de restrições impostas.⁷⁷⁷ (Grifos no original)

* Segundo assevera Menegale, a administração visa “[...] à realização prática de fins do Estado, no prover a suas próprias necessidades e às da coletividade, que o Estado representa. Para isso, tem que ordenar os meios de que dispõe e utilizá-los convenientemente.” (*Apud* GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 90.). Averba Bahena (2004), que “[...] a administração pública do Estado contemporâneo, juntamente com o processo de globalização, com forte tendência privatizadora, aliada à corrupção endêmica, exige dos agentes públicos uma postura mais eficiente e célere na entrega da tutela administrativa transpassando a legalidade, sem dela se descurar e aportando no cais da moralidade.” (BAHENA, Kele Cristiane Diogo. *O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela lei de improbidade*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 101.)

⁷⁷³ GABARDO, *op. cit.*, p. 133.

⁷⁷⁴ SARLET; FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 11-53.

⁷⁷⁵ GABARDO, *op. cit.*, p. 134-135.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 135.

⁷⁷⁷ BRAGA, *op. cit.*, p. 74.

Para a autora em comento, a razoabilidade implica avaliação de racionalidade, podendo ser tomada como “[...] critério de controle dos atos estatais (diretriz normativa), como medida deste controle (critério interpretativo).”⁷⁷⁸ Esse princípio assume dimensão subjetiva, à medida que se orienta por aquilo que é razoável, “[...] conforme a razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponde ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar.”⁷⁷⁹

O Princípio da proporcionalidade*, por sua vez, compreende “[...] uma apta, necessária e proporcional (em sentido estrito) relação entre meio e fim.” Relaciona-se com a “[...] ideia de justiça adequada, de propriedade das vias empregadas para a busca da finalidade.”⁷⁸⁰

Conforme averba Bonavides, em sentido amplo, o princípio da proporcionalidade “[...] é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem quanto os que padecem o poder”, e numa visão menos ampla, ela se “[...] caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.”⁷⁸¹

A vinculação do princípio da proporcionalidade ao direito constitucional se dá através dos direitos fundamentais,⁷⁸² por ele “[...] o agente público, ao implementar as medidas constitucionalmente previstas, ultrapassar ou limitar, em demasia, o núcleo dos princípios constitucionais *magnos*, deve o Poder Judiciário, colocar a dita medida dentro dos lindes da proporcionalidade.”⁷⁸³

O princípio da proporcionalidade no tocante aos direitos sociais prestacionais, enseja não somente uma proibição de excesso das atividades administrativas lesivas aos direitos e garantias fundamentais, mas, principalmente, uma proibição de insuficiência*, ou proibição de

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 74.

⁷⁷⁹ BARROSO, *op. cit.*, p. 231.

* Cf. Braga o princípio da proporcionalidade tem suas origens fixadas nas decisões do Tribunal Constitucional Alemão. A sua utilização foi inicialmente verificada no direito penal, tendo se alastrado pelo direito administrativo e alcançado o direito constitucional. O fundamento da proporcionalidade seria o Estado de Direito, ou mesmo a lógica dos princípios, o que implica numa maior irradiação a todo o ordenamento jurídico, pois segundo Canotilho e Moreira, seria um princípio político-constitucional. Esse princípio também estaria amparado pela proteção dirigida às cláusulas pétreas, constantes do artigo 60, § 4º da Constituição brasileira, não podendo ser, portanto, objeto de alteração, nem por emenda constitucional. (BRAGA, *op. cit.*, p. 183.)

⁷⁸⁰ *Ibid.*, p. 98.

⁷⁸¹ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 393.

⁷⁸² *Ibid.*, p. 395.

⁷⁸³ BRAGA, *op. cit.*, p. 100.

* Cf. Canaris os direitos fundamentais constituem em *imperativos de tutela*, que compreende a proibição de proteção aos direitos fundamentais abaixo de um mínimo estabelecido constitucionalmente, ou seja, em

proteção insuficiente, na medida que “[...] a Constituição não permitiria que se descesse abaixo de um certo nível de proteção estatal [...]” a ser identificável em cada caso concreto.⁷⁸⁴

A obrigatoriedade prestacional do Estado em relação ao direito à educação é patente, tendo em vista que a Constituição expressamente determinou, no artigo 205, que a educação é direito de todos e dever do Estado, e como direito fundamental que é, o Estado está adstrito à sua implementação, sendo que as ações estatais tendentes à realização de tal direito estão vinculadas ao projeto educacional de matriz constitucional e sujeitas à avaliação pelo órgão judicial, caso sua atuação não seja condizente com os preceitos constitucionais.

Conforme observa Olsen, a Constituição traça, em linhas gerais, a extensão e a profundidade que devem ser conferidas ao direito à educação, todavia sem detalhar de forma específica quais as condutas que deverão ser adotadas para esse fim, o que demonstra a obrigatoriedade em se realizar a prestação e a proibição de inércia estatal:

Assim, ao determinar ao Estado o cumprimento de uma tarefa, a Constituição admite – em razão da eventual estrutura principiológica da norma correspondente, apontando um fim a ser atingido sem especificar, de antemão, quais as condutas específicas a serem adotadas – que a prestação material seja realizada em diversos graus. O que não pode admitir, por certo, é a omissão inconstitucional, ou a prestação insuficiente, ou seja, aquela incapaz de atingir o mínimo que se poderia esperar da ação do Estado naquele dado caso concreto.⁷⁸⁵

Pela sua importância, a proporcionalidade tem transcendido o objetivo de sua aplicação pela proteção que confere aos direitos individuais e coletivos, havendo uma “[...] tendência dos juízes constitucionais em fazer dela uma técnica de ponderação* específica a fim de limitar a extensão das restrições aos direitos e liberdades.”⁷⁸⁶

Com efeito, o princípio da proporcionalidade se apresenta em elementos ou subprincípios (também denominados, doutrinariamente, de aspectos, dimensões, princípios parciais, requisitos⁷⁸⁷), os quais podem ser extraídos de um julgado do Tribunal Constitucional Federal Alemão, num caso envolvendo a armazenagem do petróleo:

expressão adotada pelo Tribunal Federal alemão, *proibição de déficit* (CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 58-60.) (Grifos no original)

⁷⁸⁴ OLSEN, *op. cit.*, p. 299.

⁷⁸⁵ OLSEN, *op. cit.*, p. 300.

* Ana Carolina Olsen, em sua obra já citada diversas vezes nesse trabalho, aborda a proporcionalidade como um técnica de ponderação, neste sentido averba que “A proporcionalidade em sentido estrito corresponde, o caso da proibição da insuficiência assim como na proibição do excesso, à regra de ponderação.” (*Ibid.*, p. 304.)

⁷⁸⁶ BRAGA, *op. cit.*, p. 108.

⁷⁸⁷ *Ibid.*, p. 109.

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível ao direito fundamental.⁷⁸⁸

Desse julgado se extraem três subprincípios da proporcionalidade: “[...] adequação (*Geeignetheit*) ou conformidade – correspondência entre o meio e finalidade; exigibilidade (*Erförderlichkeit*) ou necessidade – escolha do meio mais suave; e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit im engeren sinne*) – as vantagens da medida devem superar o sacrifícios.”⁷⁸⁹

Entende Braga, como meio adequado, aquele que é apropriado para a obtenção do fim desejado, apontando para a relação de causalidade entre a medida adotada e a finalidade da norma, visando assim avaliar a idoneidade da medida, vale dizer, “[...] uma causalidade real e racional entre o meio e o fim.”⁷⁹⁰ Esse subprincípio (adequação/conformidade) se aproxima à razoabilidade, pois que a “[...] exigência de conformação ou adequação dos meios aos fins [...]”, já estava presente na construção norte americana do princípio da razoabilidade.⁷⁹¹

O subprincípio da necessidade ou exigibilidade, também conhecido como princípio da menor ingerência possível, preconiza que “[...] Para que seja necessária uma medida, ela deve ser considerada indispensável à conservação de um direito ou princípio concorrente ou colidente”, ou seja, “[...] se ela pode ser substituída por outra menos gravosa e identicamente eficaz.”⁷⁹²

Braga expõe que ao Judiciário cabe a avaliação sobre a adequação e necessidade da medida tomada pelo poder público, sem que isso implique afronta ao princípio da separação dos poderes:

Para que não se questione a interferência do Poder Judiciário no controle dos referidos aspectos fáticos da proporcionalidade dos atos estatais (adequação e exigibilidade) – sob o pálio de suposta ofensa à Separação dos Poderes –, o juiz poderá avaliar se a medida escolhida é apta e necessária à obtenção do fim, afastando-a em caso contrário, e deixar ao legislador/administrador a escolha acerca de qual, entre os meios subjacentes, o mais adequado ou exigível. Assim, pode o julgador afastar, no caso concreto, a restrição inadequadamente imposta ao indivíduo.⁷⁹³

⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. 110.

⁷⁸⁹ BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 110.

⁷⁹⁰ *Ibid.*, p. 111-112.

⁷⁹¹ BARROSO, *op. cit.*, p. 233.

⁷⁹² BRAGA, *op. cit.*, p. 113.

⁷⁹³ *Ibid.*, 2009, p. 114.

A proporcionalidade em sentido estrito refere-se à correlação entre o ônus imposto e o benefício trazido, ou ainda, nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho, citado por Barroso (2009), a medida será proporcional “[...] se as vantagens que trará superarem as desvantagens.”⁷⁹⁴

Esse princípio se reporta a uma ponderação sobre o custo-benefício de uma medida restritiva, preconizando o máximo de benefício com o mínimo de sacrifício, ou ainda, que “[...] o meio utilizado deve estar em razoável equilíbrio com o fim perseguido. Devem ser, portanto, equilibrados os valores e bens em jogo, de forma que **a precedência de um direito, em relação a outro, se justifique pelo seu maior benefício.**”⁷⁹⁵ (Grifos no original)

Braga coloca a questão do sopesamento em termos de restrição dos direitos fundamentais, exemplificando acerca do raciocínio a ser realizado:

Sopese-se a intensidade da restrição com a importância da realização de outro direito fundamental colidente. A proporcionalidade em sentido estrito reclama, portanto, que o peso desta efetivação seja superior ao dos limites impostos. Poder-se-ia assim representá-la: sendo **M1** o meio adequado e necessário à concretização do direito **D1** (*sic*), é possível que imponha ônus a outro direito **D2**. Nesse caso, deve-se ponderar as vantagens obtidas por de (*sic*) **D1** e a excessiva carga imposta a **D2**.⁷⁹⁶ (Grifos no original)

Destaca-se que mesmo em se tratando de sopesamento, para a solução de casos difíceis, o que envolve um certo grau de subjetivismo do intérprete e aplicador das normas jurídicas, a decisão a ser proferida deverá guardar o máximo de racionalidade, propiciando que seus destinatários compreendam claramente o raciocínio adotado pelo julgador, quais os passos por ele trilhados para chegar à decisão final, de forma a permitir a visualização e a identificação da proporcionalidade em seus três elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁷⁹⁷

Como alerta Olsen, “Se o Estado usar a reserva do possível, enquanto escassez de recursos, como justificativa para diminuir uma prestação que antes já era garantida e prestada, esta reserva se transforma em restrição, devendo ser condicionada pela proporcionalidade”, isso ocorre pelo fato de que, no entendimento da autora, “No lugar da vedação do excesso

⁷⁹⁴ BARROSO, *op. cit.*, p. 235.

⁷⁹⁵ BRAGA, *op. cit.*, p. 115.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. 115.

⁷⁹⁷ OLSEN, *op. cit.*, p. 304.

tem-se a vedação da insuficiência, pois a prestação antes fornecida não pode ser restringida a ponto de verificar-se sua extinção.⁷⁹⁸

Aduz Sarlet, a respeito das consequências práticas decorrentes do duplo caráter do princípio da proporcionalidade:

[...] os responsáveis pela proteção e implementação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da equação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade – no que diz com a relação ente os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outros(s) – no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito.⁷⁹⁹

A escassez de recursos ou a não alocação (ou alocação insuficiente) alegada pelo poder estatal como argumento para não implementação do direito à educação deve ser analisada sob a luz da proporcionalidade, pois, como já se destacou, ela se aplica em duas vertentes, uma de aspecto negativo, tendente a limitar a atuação estatal no que se refere à proteção da liberdade individual do cidadão, outra de aspecto positivo, pois requer a intervenção estatal na consecução das finalidades vinculadas à concretização da dignidade da pessoa humana e dos objetivos caracterizadores do Estado social.⁸⁰⁰

Nesse contexto, ao analisar a reserva do possível é necessário uma investigação profunda sobre os aspectos do direito à educação a ser atingido, e a conduta estatal que reflete a escassez de recursos ou inexistência/insuficiência em sua alocação, para se verificar se aquilo que está sendo exigido passa pelo crivo da razoabilidade e da proporcionalidade.⁸⁰¹

A reserva do possível em si, enquanto condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes, dificilmente pode ser ponderada em si. Torna-se imperioso investigar quais os bens jurídicos que ela visa proteger, e confrontá-los ao bem jurídico albergado pela norma de direito fundamental social. Neste sentido, a omissão do Estado não pode ser considerada simplesmente proporcional ou desproporcional. A análise de proporcionalidade deve se dirigir à conduta estatal que afastou os recursos necessários à realização daquele direito fundamental, bem como à conduta praticada com o objetivo de fornecer a prestação material em questão.⁸⁰²

⁷⁹⁸ OLSEN, *op. cit.*, p. 305.

⁷⁹⁹ SARLET, *op. cit.*, p.358.

⁸⁰⁰ BRAGA, *op. cit.*, p. 143-144.

⁸⁰¹ OLSEN, *op. cit.*, p. 300.

⁸⁰² *Ibid.*, p. 307.

Com relação ao direito à educação e em sendo este confrontado com a alegada escassez de recursos, esgotamento das dotações destinadas à sua implementação, ou conforme ilustra Olsen, “Uma prestação estatal relacionada à efetividade do direito fundamental à educação, como uma escola pública em mau estado de conservação, com estrutura física deficitária, sem professores previamente qualificados e insatisfeitos, pois têm seus salários atrasados, e sem controle do conteúdo que está sendo ministrado, mostra-se evidentemente insuficiente.”⁸⁰³

Insta nesse caso averiguar se todos os recursos previstos constitucionalmente foram devidamente destinados para atender a educação, e prosseguindo na ilustração de Olsen, em se cogitando da aplicação de recursos na construção de praças e em jardinagem de bairros nobres, é patente que a aplicação dos recursos nestas últimas ações não estaria direcionada para a realização do direito fundamental mais premente para aquela população, à medida que

[...] o ajardinamento e a construção de praças se deram às custas do direito à educação de pessoas mais carentes, e também não foi estritamente proporcional, já que os moradores da cidade não perderão sua dignidade se não dispuserem de praças e ajardinamento público, mas por certo a verão comprometida se não forem devidamente instruídos a ponto de poderem votar conscientemente, ou escolher uma profissão.⁸⁰⁴

Ainda sob a ilustração de Olsen, em análise de aspectos envolvendo, de certa forma, o direito à educação, seria

[...] proporcional, no sentido da proibição da insuficiência, se exigir do Estado que destine recursos públicos (ainda que escassos para a melhoria do sistema educacional, com a reforma das salas de aula e a qualificação dos professores, no lugar de promover, por exemplo, a construção de um auditório municipal para sediar espetáculos? Trata-se de hipótese em que estão em conflito duas prestações materiais do Estado. Ambas podem satisfazer o direito à educação. Entretanto verifica-se que se a população daquela cidade não tiver acesso à boa educação, com salas de aula seguras e propícias, com professores qualificados, pouco poderão aproveitar do auditório municipal enquanto sede de programas educativos ou espetáculos artísticos.⁸⁰⁵

Em ambos os casos compete ao judiciário a análise da razoabilidade e proporcionalidade das escolhas públicas. Ultrapassada a avaliação sobre a razoabilidade da atuação estatal, procede-se a análise de proporcionalidade em seus aspectos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Nos exemplos acima mencionados, a implementação do direito à educação, ao invés da construção da praça/ajardinamento de

⁸⁰³ *Ibid.*, p. 307.

⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 308.

⁸⁰⁵ *Ibid.*, p. 308.

bairros nobres da cidade, e a aplicação de recursos na reforma das salas de aula e qualificação dos professores são mais adequadas e mais necessárias à população,⁸⁰⁶ bem como, mais proporcional no sentido de que um direito fundamental social de maior essencialidade (ou um aspecto mais essencial de tal direito) estará sendo atendido com menor prejuízo social, em comparação ao direito (ou aspecto do direito) preterido.

É certo que a análise sobre a proporcionalidade deve ser realizada com base em cada caso concreto e diante dos elementos da realidade que o compõem e o circundam; e conforme orienta Sampaio, citado por Olsen

Uma argumentação compreensiva deve levar em conta os fatos, os dados e as informações das ciências naturais e sociais, e da realidade circundante.(...) Vale dizer que uma dada lógica econômica não pode ser considerada por si mesma, mas como um elemento adicional de argumentação, sob a premissa de que as decisões do tribunal são instrumentos para a consecução de certos fins não redutíveis às leis da economia.⁸⁰⁷

Esses parâmetros também foram considerados pelo Ministro Celso de Mello, em análise do Agravo Regimental interposto pelo Município de Santo André, no Recurso Extraordinário de nº 410.715-5, relativo ao pedido formulado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo para que o Município Agravante realizasse o atendimento de criança de até seis anos de idade em creche e pré-escola, quando analisou o caráter, a natureza do direito em litígio e a competência do Judiciário em apreciar a questão:

É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...] pois, nesse domínio, como adverte a doutrina [...] o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.⁸⁰⁸

⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 308.

⁸⁰⁷ *Ibid.*, p. 308-309.

⁸⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação Infantil. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410715. Agravante Município de Santo André e Agravado João Guilherme de Souza Assis. Relator Ministro Celso de Mello. 22 de novembro de 2006. <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisar/Jurisprudencia.asp>>). Acesso em: 06 mar. 2008.

A reflexão a ser realizada em casos difíceis envolvendo o direito à educação e outro direito e/ou interesse e princípios constitucionais tem a obrigação de considerar que a dignidade humana deve informar toda a ordem constitucional, e conforme destaca Sarmiento, influenciando a análise da lógica do razoável⁸⁰⁹, não se olvidando da necessidade de se concretizar o direito à educação, o que significa, em última análise, viabilizar oportunidades e realizar o bem estar social, já que esse, no nosso ordenamento jurídico, constitui o primeiro e principal interesse público a ser resguardado.

A avaliação sobre a razoabilidade e a proporcionalidade no que concerne ao direito à educação deve estar jungida ao compromisso constitucional de respeitar um patamar de dignidade humana, de forma que viabilize ao cidadão alcançar o desenvolvimento pessoal e intelectual e seu aproveitamento pelo mercado de trabalho, de forma a lhe propiciar recurso para que possa, com dignidade, empreender um projeto próprio de desenvolvimento.

d) Mínimo Existencial em Direito à Educação e a Reserva do Possível

Intimamente ligada à questão da materialização do princípio da dignidade humana, a doutrina do mínimo existencial tem ganhado adeptos, principalmente entre o neoliberais, que preconizam a existência de um Estado mínimo ou minimalista.*

A doutrina do mínimo existencial guarda origem com o pensamento de Otto Bachof, que, em 1950, defendeu que o princípio da dignidade da pessoa humana “[...] não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.”⁸¹⁰

Após essa manifestação doutrinária, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente de auxílio material por parte do Estado, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que duas décadas após a

⁸⁰⁹ Apud GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 340.

* Cf. Avelãs Nunes, “A ideologia da Nova Direita, que aponta como uma necessidade a redução do Estado ao Estado mínimo, a privatização de todos os serviços públicos, a desregulação das relações laborais, a limitação (eliminação) do poder dos sindicatos, a destruição do Estado Providência, afigura-se-nos mera cobertura da necessidade de realçar um novo estilo de actividade do *Big Government*, por certo contra os <<opressivos monopólios do trabalho>>, mas não contra o *Big Business*, os grandes monopólios empresariais, os poderosos conglomerados multinacionais. É esta a lógica da *política de globalização* neoliberal comandada pelo capital financeiro neste nosso mundo unipolar.” (AVELÃS NUNES, *op. cit.*, p. 64-65.) (Grifos no original)

⁸¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 551-602.)

mencionada decisão, o Tribunal Federal alemão também reconheceu o direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna.⁸¹¹

O mínimo existencial consiste num “[...] direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas.”⁸¹²

Conforme elucida Torres, “O direito ao mínimo existencial não tem dicção constitucional própria”, aparecendo “[...] emburilhado com os direitos sociais, sendo missão deveras difícil detectar-lhe a jusfundamentalidade.”⁸¹³

Barcellos, discorrendo sobre o conteúdo de tal garantia, informa que

[...] o mínimo existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.⁸¹⁴

O fundamento do mínimo existencial não radica nos direitos sociais, mas no princípio da dignidade humana, e segundo enfatiza Queiroz, sua garantia se relaciona aos direitos de defesa, sujeitando-se ao regime jurídico específico dos direitos, liberdades e garantias,⁸¹⁵ mesmo porque a Constituição Portuguesa prevê um regime específico para essa categoria de direitos, o que não ocorre com a ordenamento constitucional brasileiro.

Entendimento semelhante comunga Torres, o qual, a par de defender que o mínimo existencial marca a jusfundamentalidade dos direitos sociais, o que significa dizer que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se restringiria ao mínimo existencial.⁸¹⁶ prega que os direitos sociais em padrão mínimo existencial estariam inseridos na categoria do *status negativus*, quanto à sua proteção em face de ingerências estatais, reclamando ainda prestações estatais positivas, o que lhe confere as prerrogativas de *status positivus libertatis*:

[...] é negativo, pois exhibe o *status negativus* que protege o cidadão contra a constrição do Estado ou de terceiros; cria também o *status positivus libertatis*, que gera a obrigação de entrega de prestações estatais individuais para a garantia da liberdade e das suas condições essenciais; postula garantias institucionais e

⁸¹¹ *Ibid.*, p. 551-602.)

⁸¹² TORRES, *op. cit.*, p. 35.

⁸¹³ *Ibid.*, p. 13.

⁸¹⁴ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 198.

⁸¹⁵ QUEIROZ, *op. cit.*, p. 113.

⁸¹⁶ TORRES, *op. cit.*, p. 9.

processuais que provocam custos gerais para o Estado; é plenamente justiciável; independe de complementação legislativa, tendo eficácia imediata.⁸¹⁷

O mínimo existencial é caracterizado como um direito pré-constitucional, pois inerente à pessoa humana e caracterizado como “[...] direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a, tem validade *erga omnes*, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de necessidade; [...]”.⁸¹⁸

Torres (2009), destacando o alcance do mínimo existencial defende que “[...] é mínimo por tocar parcialmente a quem esteja abaixo da linha de pobreza”, todavia, em outro momento de sua obra aqui analisada, adverte que “Não é qualquer direito mínimo que se transforma em mínimo existencial. Exige-se um direito a *situações existenciais dignas*.”⁸¹⁹ Essa dicção não esclareceu o alcance da garantia do mínimo existencial.

Não se avalia aqui o entendimento de que o mínimo existencial deve suprir condições mínimas relacionadas às necessidade aquém da pobreza, mesmo porque essa compreensão feriria os valores e princípios constitucionais mais elevados, notadamente, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio democrático, além da própria natureza social do Estado brasileiro.

Parece que o que se procura resguardar com o mínimo existencial é algo mais, pois o parâmetro mínimo existencial, além de ser condicionado espacial e temporalmente, depende do modelo sócio-econômico vigente, estando sujeito às flutuações não apenas de índole social e econômica, mas às relacionadas com as expectativas e necessidades vigentes.⁸²⁰

Clara é a preocupação de Sarlet em esclarecer que o mínimo existencial não se resume na garantia da mera existência física do indivíduo, destacando-se que a existência do indivíduo estaria comprometida se lhe for negado o acesso ao ensino fundamental, pois para ele a dignidade da humana pressupõe um certo grau de autonomia individual, “[...] no sentido de ser capaz de conduzir a sua própria existência, de tal sorte que a liberdade pessoal [...] constitui exigência indeclinável da própria dignidade.”⁸²¹

Sarlet discorre sobre o alcance do mínimo existencial que se pretende viabilizador da dignidade da pessoa humana:

[...] a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta.

⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 40.

⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 39.

⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 36.

⁸²⁰ SARLET, *op. cit.*, p. 551-602.

⁸²¹ SARLET, *op. cit.*, p. 349.

Sustenta-se, neste sentido, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência. Registre-se, neste contexto, a lição de Heinrich Scholler, para quem a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”.⁸²²

Há quem, advogando a judicialidade dos direitos sociais em padrões do mínimo existencial, independentemente de políticas públicas, preconiza a necessidade de se formular um critério material para a aferição do que seria o mínimo existencial em direitos sociais, o qual deve se pautar não nas condições mínimas, mas nas condições necessárias para que cada pessoa possa, com autonomia, realizar seu projeto de vida:

Não há sentido na cristalização minimalista provocada pelo conceito de “mínimo existencial”, cuja própria locução sugere que apenas “condições de subsistência” estariam garantidas. O judiciário é legítimo para concretizar não as “condições mínimas”, mas as “condições necessárias para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida” (autonomia pública). A fundamentalidade material dos direitos sociais engloba não só os “meios de subsistência”, mas também a “igualdade de meios para agir”. A garantia judicial dos direitos sociais não deve se limitar, por isso, a uma “ajuda para a auto-ajuda”. As pessoas só cooperam em um contexto democrático, deliberando acerca do bem comum, quando são tratadas, tanto pelo Estado, quanto por seus pares, como dignas de igual respeito. Sem a vigência de determinadas condições sociais, não há a garantia de que tal cooperação, de fato, venha a ocorrer.⁸²³

Alexy, dispendo sobre o modelo de direitos fundamentais sociais, refere-se ao mínimo existencial situando-o na seara dos direitos sociais. O mencionado jurista não determina quais direitos fundamentais sociais são atribuídos ao indivíduo, mas delinea as características de tais direitos, apontando alguns direitos sociais mínimos:

Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à *educação fundamental e média*, à *educação profissionalizante* e a um patamar mínimo de assistência médica.⁸²⁴
(Grifos da autora)

⁸²² *Ibid.*, p. 551-602.)

⁸²³ SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 515-551.

⁸²⁴ ALEXY, *op. cit.*, p. 512.

Esclarecendo seu posicionamento sobre contingenciamento do mínimo existencial pela questão econômica, Alexy defende que “[...] também prestações mínimas sempre apresentam uma inequívoca relevância financeira repercutindo na esfera orçamentária”, pontuando que “[...] o princípio da competência orçamentária do Legislativo não assume (e nem poderia) feições absolutas, já que eventualmente direitos individuais podem vir a preponderar, sem desconsiderar que até mesmo direitos de liberdade por vezes apresentam relevância econômica.”⁸²⁵

O mencionado autor rebate as críticas dirigidas ao seu modelo de direitos fundamentais sociais, argumentando que “A extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas”, ressalta “[...] é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível”.⁸²⁶

Esse também é o entendimento (sob certos aspectos) de Scaff que destaca que “[...] quanto mais desigual economicamente for a sociedade, maior a necessidade de assegurar os direitos fundamentais sociais àqueles que não conseguem exercer suas capacidades (ou liberdades reais) a fim de lhes assegurar o direito de exercer suas liberdades jurídicas.” Scaff relaciona o mínimo existencial aos direitos fundamentais sociais, à medida que averba que “Para assegurar o ‘mínimo existencial’ no âmbito positivo (*status positivus libertatis*), é imperioso garantir o *status* de direito fundamental aos direitos sociais.” E, ao final, averba que sem essa garantia, a saber, a jusfundamentação dos direitos sociais e seu caráter de mínimo existencial

[...] os direitos fundamentais serão letra morta, pois se configurarão em liberdades jurídicas, sem possibilidade fática de exercício por grande parte da sociedade. Grande parte da população será parcialmente excluída da comunidade jurídica, pois não poderá exercer seus direitos, mas será compelida a cumprir seus deveres para com o Estado e as demais parcelas da sociedade.⁸²⁷

No entanto distancia Alexy de Scaff, por entender aquele que um direito originário a prestações se revela através de uma ponderação de valores e bens, pois uma colisão entre com direitos de defesa ou com direitos sociais, ou ainda, como outros princípios constitucionais e valores comunitários se mostra inevitável.⁸²⁸ Nesse sentido afirma:

[...] apenas quando a garantia material do padrão mínimo em direitos sociais puder ser tida como prioritária e se tiver como consequência uma restrição proporcional

⁸²⁵ Apud SARLET, *op. cit.*, p. 346.

⁸²⁶ ALEXY, *op. cit.*, p. 513.

⁸²⁷ SCAFF, *op. cit.*, p. 79-104.

⁸²⁸ Apud SARLET, *op. cit.*, p. 346.

dos bens jurídicos (fundamentais, ou não) colidentes, há como se admitir um direito subjetivo a determinada prestação social.⁸²⁹

Torres, por sua vez, nega ao mínimo existencial a condição de princípio, por este não apresentar as características dos princípios de ser objeto de sopesamento, por se constituir em “[...] *conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é irredutível por definição e insuscetível de sopesamento.*”⁸³⁰ Trata-se, no entendimento do citado autor de uma regra, e, como tal, “[...] se aplica por subsunção, constitui direito definitivo e não se sujeita a ponderação” e restrições pelo legislador.⁸³¹ (Grifos no original)

Tal posicionamento também é comungado por Barcellos, que defende que as prestações que compõem o mínimo existencial poderão ser sindicadas diretamente, ao passo que aos demais direitos sociais tocados pelo princípio da dignidade humana será atribuída a eficácia negativa e interpretativa da proibição de retrocesso, como forma de preservação do pluralismo e do debate democrático.⁸³²

Contra esse posicionamento se insurge Leivas relativamente a dois aspectos: o primeiro diz respeito à compreensão de que a Constituição brasileira erige os direitos sociais como direitos fundamentais, e em face da sua jusfundamentalidade eles não podem ficar sujeitos ao arbítrio da maioria parlamentar. O segundo aspecto da crítica direcionada à posição de Barcellos atinge a anatomia do mínimo existencial que, segundo o autor em comento, não é de regra, mas de princípio, vez que, somente se pode partir de regras constitucionais quando constarem diretamente do texto constitucional.⁸³³

Segundo Leivas, embasam o mínimo existencial os princípios da liberdade fática, da dignidade humana, do Estado Social e da igualdade fática, e por outro lado, podem-lhe ser colidentes os princípios da competência orçamentária do legislador e direitos de terceiros, sendo que, “Para o reconhecimento de um direito fundamental definitivo ao mínimo existencial, os princípios que o fundamentam devem ter um peso maior, no caso concreto, que os princípios colidentes”.⁸³⁴

⁸²⁹ *Ibid.*, p. 346.

⁸³⁰ TORRES, *op. cit.*, p. 84.

⁸³¹ *Ibid.*, p. 84-89.

⁸³² BARCELLOS, *op. cit.*, p. 305.

⁸³³ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 279-311.

⁸³⁴ *Ibid.*, p. 279-311.

Extrai-se que o mínimo existencial, pelo entendimento de Leivas, pode ser ponderado, no entanto essa garantia somente poderá ser relativizada em situações gravíssimas:

[...] somente deixa-se de se reconhecer direitos fundamentais sociais cuja realização possa ser qualificada como grave-grave, como é o caso do mínimo existencial, em casos excepcionais, por exemplo, quando possa ser gerada uma crise econômica que também possa qualificar de grave-grave a afetação dos princípios que ela atinge.⁸³⁵

Importa pontuar que “Os direitos fundamentais e o mínimo existencial não se encontram no âmbito da discricionariedade da Administração ou do Legislativo [...]”⁸³⁶ essa interpretação leva-se a pensar que o mínimo existencial não se sujeitaria à reserva do possível. Todavia, a exemplo do que preconiza Sarlet

[...] desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar os recursos materiais para a sua realização fática, significa, de certa forma, fechar o olhos para os limites do real. Certamente não é isto que pretendem ressaltar alguns dos nossos mais conceituados mestres, mas, sim, que existe – de modo especial entre nós – uma nítida tendência no sentido de negar-se pura e simplesmente aos direitos sociais sua eficácia e efetividade.⁸³⁷

Nesse sentido e no que concerne ao mínimo existencial não se pode confundir, conforme já se expôs alhures, a inexistência real de recursos com a decisão sobre alocação de recursos a qual “[...] pressupõe opções sobre eventuais prioridades [...]”o que acarreta uma escassez produzida, o que poderá ocorrer mesmo no campo do mínimo existencial.⁸³⁸

Sarlet (2009), a exemplo de Alexy e Canotilho, advoga que a melhor solução para o problema em que a reserva do possível se confronte com o padrão do mínimo existencial, como ocorre com o direito fundamental social à educação, seria o apelo a um exame das circunstâncias do caso concreto, necessariamente afinada com as exigências da proporcionalidade⁸³⁹. A esse respeito assevera que

[...] a própria determinação do mínimo existencial, fundado especialmente no princípio da proteção da vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, não pode ocorrer de forma insulada, apenas na esfera jurídica, reclamando uma exegese orientada pela realidade do mundo circundante (considerando fatores climáticos, culturais, econômicos, etc.) [...]”.

⁸³⁵ *Ibid.*, p. 279-311.

⁸³⁶ TORRES, *op. cit.*, p. 95.

⁸³⁷ SARLET, *op. cit.*, p. 347.

⁸³⁸ *Ibid.*, p. 351.

⁸³⁹ *Ibid.*, p. 349.

Barcellos (2002) defendendo o mínimo existencial como sendo o núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana, teoriza que, o princípio da dignidade humana não pode ser ponderado de forma irrestrita “[...] ao ponto de não sobrar alguma coisa que lhe confira substância [...]”, pois também a ponderação tem limites. No seu entender esse entendimento pode ser ilustrado por dois círculos concêntricos, assim definidos:

O círculo interior cuida afinal do mínimo de dignidade, decisão fundamental do poder constituinte originário que qualquer maioria terá de respeitar e que representa afinal o efeito concreto mínimo pretendido pela norma exigível. O espaço entre o círculo interno e o externo será ocupado pela deliberação política, a quem caberá, para além do mínimo existencial, desenvolver a concepção de dignidade prevalente em cada momento histórico, de acordo com as escolhas específicas do povo.⁸⁴⁰

Preconiza Barcellos a possibilidade e fundamental necessidade de se apurar o núcleo mínimo de efeitos pretendidos, de modo a maximizar a normatividade do princípio da dignidade humana.⁸⁴¹ Assim, examinando a Constituição de 1988, a catedrática carioca, situou o direito à educação fundamental entre os quatro elementos que compõem o mínimo existencial (são eles: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça), compondo assim o núcleo da dignidade da pessoa humana, sendo oponível aos poderes constituídos.⁸⁴² No tocante à educação, ressaltou: (grifos do autor)

O direito à educação fundamental é um elemento do mínimo existencial, compondo o núcleo da dignidade humana e, portanto, sendo oponível aos poderes constituídos. Imaginar que seu atendimento possa ficar na dependência exclusiva da ação, e dos humores, do Executivo – em equipar sua rede de ensino de maneira conveniente – e do Legislativo – em dispor sobre a concessão de bolsas de estudo em instituições privadas – é tornar totalmente sem sentido tudo que se expôs até aqui, assim como o próprio Estado de direito Constitucional. Ao judiciário compete tutelar o mínimo existencial e isso pelos meios substitutivos que forem necessários e aptos para atingir tal fim.⁸⁴³

Focando a problemática da reserva do possível em seus diversos aspectos, Torres (2009) defende uma atuação judicial contida de forma a não ferir a competência de cada um dos poderes públicos, todavia reconhece ao poder Judiciário, em se verificando o desrespeito ao mínimo existencial, o dever de determinar aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis:

⁸⁴⁰ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 253.

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 253.

⁸⁴² *Ibid.*, p. 258-267.

⁸⁴³ *Ibid.*, p. 267-268.

Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis. Na insuficiência de verba, o Executivo, desde que autorizado pelo Legislativo (art. 167, V, da CF), deve suplementá-la pressionado pelo Judiciário; não havendo dotação necessária à garantia do direito, o Legislativo deve abrir o crédito especial, providenciando a anulação das despesas correspondentes aos recursos necessários (art. 166, § 3º, II e 167, V da CF).⁸⁴⁴

A possibilidade de o Judiciário apreciar questões de política pública já foi objeto de manifestação do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 45), em que se analisou o direito de criança até seis anos de idade a ser atendida em creche e pré-escola:

Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível".⁸⁴⁵

Quanto ao parâmetro para se mensurar o mínimo existencial em direito à educação, não obstante a maioria da doutrina nacional entender ser este o ensino em suas modalidades fundamental e básica, alguns doutrinadores já se distanciam deste patamar para considerar o ensino médio e mesmo o profissionalizante como mínimo a ser fornecido pelo Estado.

A este respeito, conforme acima mencionado, são os entendimentos de Robert Alexy (2008)⁸⁴⁶ e de Cláudio Pereira de Souza Neto (2006), para quem o judiciário possui legitimidade para garantir a prestação da educação sob a modalidade de ensino médio, pois sonegar o direito à educação àqueles que ainda na adolescência não possuem condições de custear por si os estudos “[...] não é tratar a todos como ‘dignos de igual respeito’, não é atribuir a todos oportunidades equivalentes [...]”.⁸⁴⁷

Destaca Souza Neto (2006), advogando sobre o mínimo existencial em direito à educação para além do ensino fundamental:

⁸⁴⁴ *Ibid.*, p. 96.

⁸⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação Infantil. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410715. Agravante Município de Santo André e Agravado João Guilherme de Souza Assis. Relator Ministro Celso de Mello. 22 de novembro de 2006. <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 mar. 2008.

⁸⁴⁶ ALEXY, *op. cit.*, p. 512.

⁸⁴⁷ SOUZA NETO, *op. cit.*, p. 515-551.

De fato, não há nada de indigno em exercer profissões que não exijam os conhecimentos construídos no ensino médio. No entanto, garantir a dignidade implica também prover iguais condições para que as pessoas possam escolher como querem viver suas vidas, elegendo, p. ex., que profissão irão exercer. É claro que nem todos conseguirão alcançar seus objetivos profissionais. Isso depende do esforço de cada um. Mas depende também de um sistema de igualdade de oportunidades. Se o Estado nega a quem quer estudar, ainda na menoridade, esse direito, não está instaurando um contexto adequado à cooperação social, pois não está atribuindo a todos os projetos pessoais de vida o mesmo valor e com a mesma dignidade.⁸⁴⁸

Torres preconiza que o mínimo existencial e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais coincidem. Sarlet, apesar de teorizar que o mínimo existencial e o núcleo essencial dos direitos fundamentais são coisas distintas, afirma que ambos possuem um ponto de contato: a dignidade humana, que funciona como diretriz jurídico material, tanto para a definição do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como para definição do que seria o mínimo existencial.⁸⁴⁹

Não obstante os direitos sociais não se reduzirem ao mínimo existencial, este não pode ser confundido com o núcleo essencial de cada direito social, não se olvidando que “[...] o núcleo essencial, em muitos casos, até pode ser identificado com o conteúdo em dignidade destes direitos [...]”, todavia, com esse não se confunde.⁸⁵⁰ O mínimo existencial varia dependendo das flutuações “[...] não apenas na esfera econômica e financeira, mas também das expectativas e necessidades vigentes”, o que não ocorre, via de regra, com o núcleo essencial dos direitos fundamentais que se relaciona ao conteúdo normativo mínimo da norma de direito fundamental.

Neste sentido ressalta Olsen:

Ainda que se possa identificar um núcleo de dignidade humana e de proteção existencial na dimensão material dos direitos fundamentais sociais, especialmente em seu caráter prestacional, não parece ter a Constituição autorizado a interpretação que reduz a fundamentalidade desses direitos à correspondência do mínimo existencial. Além da fundamentalidade formal reconhecida aos direitos sociais, não se pode deixar de observar que tal fundamentalidade material extravasa o conteúdo do mínimo existencial.⁸⁵¹

⁸⁴⁸ *Ibid.*, p. 515-551.

⁸⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n. 1, p. 89-148.

⁸⁵⁰ SARLET, *op. cit.*, p. 551-602.

⁸⁵¹ OLSEN, *op. cit.*, p. 324.

No tocante ao direito à educação, restringir tal direito, como querem alguns juristas, ao ensino fundamental seria um tanto quanto perigoso e equivocado, à medida que afirmar quais os aspectos do direito à educação seriam considerados direitos fundamentais e quais estariam excluídos desse círculo material implica, parafraseando Olsen (2008) “[...] arriscar uma delimitação em abstrato do conteúdo normativo da norma, e além disso, aplicar uma penalidade extraordinária àquele objeto que não se enquadre na moldura do mínimo existencial [...]”, vale dizer, sujeitar as regras discricionárias das políticas públicas ao alvedrio do legislador.⁸⁵²

O mínimo existencial em direito à educação se estende para além do ensino fundamental, esse parâmetro constitui o mínimo ético, pois que não se destina apenas a suavizar a miséria, mas propiciar condições dignas de desenvolvimento da personalidade em sua dimensão pessoal e intelectual. Pela sua essencialidade ao ser humano, esse mínimo em condições sociais não está sujeito às tergiversações de índole estatal, inclusive àquelas atinentes à escassez de recursos, ou seja, à reserva do possível, a qual, uma vez invocada, deve ser cabalmente provada e aferida objetivamente.

Como bem destaca Barcellos, “[...] a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar.”⁸⁵³, no entanto, a intervenção negativa do direito à educação em seu mínimo existencial, pelos poderes públicos, com fundamento na reserva do possível, somente será tolerada, em casos gravíssimos, ou seja, “Os bens jurídicos resguardados em contrário a este direito deverão ser tão pungentes, individualizados e racionalmente defensáveis que se possa compreender a legitimidade da restrição.”⁸⁵⁴

Assim, em relação ao mínimo existencial, não se vislumbra a possibilidade de escassez artificial de recursos ser alegada em contraposição às prestações materiais necessárias à sobrevivência com dignidade. Não, ao menos, em um Estado Democrático de Direito como o delineado pela Constituição de 1988.⁸⁵⁵

Muito embora o mínimo existencial aqui preconizado extravase a prestação de ensino fundamental, contingenciado pelas variáveis sociais, culturais e econômicas, sobretudo pela necessidade social, conforme já se advogou em linhas anteriores, o núcleo essencial normativo do direito à educação abrange os aspectos mais relevantes e essenciais ao direito à educação, sem os quais tal direito perderia sua identidade constitucional e jusfundamental, violando assim o princípio da dignidade humana.

⁸⁵² *Ibid.*, p. 326.

⁸⁵³ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 245.

⁸⁵⁴ OLSEN, *op. cit.*, p. 328.

⁸⁵⁵ *Ibid.*, p. 328.

Ambos podem conviver com a reserva do possível, pois a teor do que leciona Barcellos

A meta central das Constituições modernas e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.⁸⁵⁶

Cumprir destacar que o direito à educação em seu aspecto mínimo e essencial constitui o mínimo existencial, estando por tal razão blindado pelas ingerências estatais, sendo plenamente justiciável em caso de negativa em sua implementação, pois que se destina a oferecer aos cidadãos as condições necessárias e imprescindíveis para que estes possam se desenvolver e realizar seu projeto próprio de desenvolvimento com autonomia e, por isso dignificante.

⁸⁵⁶ BARCELLOS, *op. cit.*, p. 246.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fundamentalidade do direito à educação, por ser essencial ao desenvolvimento social, moral e intelectual do ser humano, confere proeminência a tal direito, impondo ao Estado a obrigação legal de concretizar o projeto educacional delineado na Constituição brasileira, em todos os seus aspectos, sendo corolários de tal dever a sua progressiva expansão e por isso vedação de retrocesso e proteção de seu núcleo essencial normativo alcançado com a Constituição brasileira de 1988.

Muito embora não haja expressa disposição constitucional prevendo a vedação de retrocesso quanto às conquistas sociais alcançadas, como acontecem em outros Estados alienígenas, essa é uma garantia ínsita no texto constitucional brasileiro e decorre dos princípios da segurança jurídica e dignidade humana, além da doutrina se manifestar no sentido de que os direitos alcançados constitucionalmente se incorporaram ao patrimônio jurídico do cidadão, não podendo ser reduzidos aquém dos ditames constitucionais.

Essa aliás, tem sido a diretiva dos documentos internacionais que versam sobre a proteção aos direitos humanos, pois preconizam que os Estados-Partes devem implementar progressivamente os direitos humanos protegidos universalmente até o limite dos recursos disponíveis. A interpretação dessa determinação leva a crer que cabe aos Estados dispor ao máximo dos recursos para a implementação dos direitos humanos, como é o caso do direito à educação, de forma à sua completa realização.

Essa imposição toma proporções maiores quanto ao Estado brasileiro, em que as estatísticas demonstram uma grande massa de analfabetos (e também analfabetos funcionais), e apesar dos esforços governamentais para a melhoria do ensino, essas ações ainda são isoladas e insuficientes para o enfrentamento do *déficit* educacional e cultural brasileiro, quadro esse que aliado à situação econômica brasileira faz com que o Brasil componha a lista dos países em desenvolvimento.

A sociedade brasileira, atenta a essa realidade, além de reconhecer ao direito à educação sua merecida fundamentalidade, também confere-lhe o caráter de plena aplicabilidade diante do comando do artigo 5º, § 1º da Constituição Federal. Essa garantia atribuiu ao direito à educação, como direito fundamental social, plena eficácia e efetividade, de modo a torná-lo uma realidade no território brasileiro, ou seja, conferiu às normas constantes do núcleo normativo que compõem o direito à educação o caráter eminentemente preceptivo e imperativo, fazendo-as passíveis de ser invocadas e aplicadas de forma imediata.

Além disso, decorrente de sua dimensão subjetiva é o direito à educação um direito subjetivo público, prerrogativa que se estende a este direito como um todo o que se extrai da novel dogmática jurídica jusfundamental. No entanto, quanto ao ensino fundamental, visando dirimir qualquer dúvida a respeito, a Constituição brasileira dispõe expressamente ser a educação, nessa etapa, um direito público subjetivo (artigo 208, § 1º), o que, na verdade, não afasta o caráter de justiciabilidade do direito à educação em suas demais etapas e aspectos, apenas, quanto ao direito ao ensino fundamental (relativo aos nove primeiros anos de ensino), pretende deixá-lo exime de interpretações.

Com efeito, o direito à educação (em todas as suas modalidades e aspectos) encontra-se aparelhado da garantia constitucional da exigibilidade perante o Estado, mesmo diante de condições políticas adversas, imperativo que se extrai das disposições relativas às destinações de recursos, fontes de financiamentos e margem de investimento constitucionalmente previstos no tocante ao direito em exame. Essas disposições, além de estabelecerem um mínimo a ser investido quanto à implementação de tal direito, deixam clara a importância de tal direito para a sociedade brasileira, definindo para o Estado as metas sociais a serem cumpridas, subtraindo toda a discricionariedade da administração pública nesta seara, que se encontra atrelada ao cumprimento dos objetivos constitucionais de justiça social, liberdade, igualdade e inclusão social.

Por tal razão, o projeto educacional constitucional reclama que a educação seja universalmente garantida a todos os seres humanos que residirem no território brasileiro e que seja prestada com qualidade; que a educação básica, em todas as suas etapas, seja obrigatória e gratuita, garantia essa que deverá ser progressivamente alcançada, o que abrange o ensino médio por este compor a educação básica e se constituir, de igual forma, essencial ao desenvolvimento integral do ser humano, à sua qualificação para o trabalho e a seu preparo para o exercício da cidadania.

A dimensão objetiva do direito fundamental social à educação, com base nos princípios e valores constitucionais, sujeita o Estado e toda a sociedade ao projeto educacional de índole constitucional, de forma que aquele deve nortear suas ações e políticas visando a materialização dos anseios constitucionais, não lhe sendo autorizado distanciar-se de suas tarefas e metas fixadas pela Lei Maior.

Isso implica em primeiro lugar, ao Estado brasileiro a obrigação de cumprir as determinações constitucionais no tocante à destinação dos recursos e efetivação dos investimentos nos moldes das disposições constitucionais, as quais representam o mínimo a ser consignado na implementação do direito à educação. Não é só. A interpretação

constitucional é no sentido de que se os recursos e destinações ali previstos forem insuficientes, que sejam aplicados até o máximo dos recursos disponíveis, de forma que o esboço educacional constitucional (com esteio nas declarações de proteção humanitárias universais) se faça realidade.

Nesta senda, em decorrência da dimensão objetiva do direito à educação, o Estado deve orientar generosamente suas ações de forma a realizar o projeto educacional da sociedade brasileira, mesmo que, para tanto, deixe de lado projetos menos essenciais e urgentes em caso de recursos limitados ou escassos, mesmo porque o comprometimento do Estado com os direitos fundamentais é obrigatório e inderrogável, sendo passível de ser aferido judicialmente por seu titular.

Essa concepção de Estado não afasta o matiz liberal de algumas normas constitucionais, mas isso não é apto a descaracterizar o compromisso do Estado com a efetivação dos direitos fundamentais, mesmo diante das investidas neoliberais em condicionar a realização dos direitos mais essenciais do ser humano à perspectiva econômica, como é o caso da reserva do possível recorrentemente invocada pelos poderes e órgãos estatais quando pretendem furtar-se de seus deveres constitucionais.

Diante desse quadro, a reserva do possível, quando invocada pelo Estado, deve ser avaliada com profundidade, primeiramente porque sua origem remonta de uma realidade completamente diversa da brasileira, e depois porque o sentido que lhe empregaram e empregam os Tribunais alemães, de onde ela se originou, não se coaduna com as decisões dos tribunais brasileiros, os quais ao socorrerem da reserva do possível o fazem justificando sua omissão e/ou incapacidade de implementar os direitos fundamentais na insuficiência de recursos orçamentários para o seu atendimento.

A reserva do possível, quando invocada por um ente Estatal, somente se justifica (e ainda assim em alguns aspectos, respeitados o núcleo essencial do direito à educação e o mínimo em dignidade), deve se fundamentar à insuficiência real de recursos e não apenas na insuficiência jurídica (inexistência de alocação), sendo que a alegada inexistência de recursos deve ser cabalmente provada pelo órgão que a invoca, devendo ser avaliada diante de um processo de sopesamento entre os direitos e princípios em questão.

Destarte, a justificativa estatal para a não realização do direito à educação, em alguns de seus aspectos, deve se amparar primeiramente na comprovada aplicação dos recursos constitucionalmente previstos para o atendimento de tal direito e, ainda assim, se em questão houver outro direito fundamental ou princípio tão essencial ao ser humano quanto o é o direito

à educação. Nesses casos, necessário se faz uma análise ponderativa valendo-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade dos direitos e princípios em discussão.

Mesmo em tais circunstâncias, a ponderação não deve violar o núcleo essencial normativo do direito à educação e/ou representar um retrocesso social às garantias que já foram alcançadas relativamente a tal direito, sob pena de todo o processo eivar-se do vício da inconstitucionalidade por lesão à ordem constitucional.

Tal desfecho não se estende ao direito ao mínimo existencial em educação, pois este patamar, segundo respeitados posicionamentos doutrinários, guarda correspondência com a dignidade da pessoa humana, não podendo ser tocado.

Com efeito, a corrente neoliberal que entende que os direitos sociais (como é o direito à educação) somente no patamar do mínimo existencial guardaria o cunho jusfundamental, fere diretamente os preceitos constitucionais por negar a eficácia e a efetividade atribuídas aos direitos fundamentais sociais pela norma do artigo 5º, § 1º.

Não obstante tal entendimento importa observar que se o mínimo existencial está atrelado ao princípio da dignidade humana, este portanto é o princípio que lhe dá as balizas para se avaliar o alcance desse patamar. Nesse sentido o mínimo existencial não pode ficar afeto ao patamar da pobreza, pois essa é uma condição indigna e fonte das mazelas sociais.

O mínimo existencial em educação deve corresponder ao que preconiza o artigo 205 da Constituição brasileira, ou seja, deve conferir o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, atributos que são atingidos apenas com o fornecimento do ensino fundamental, notadamente numa sociedade globalizada e informatizada como é a atual.

Não obstante, alguns entendimentos jurisprudenciais apontarem apenas para a etapa do ensino fundamental como mínimo existencial, certo é que, tal entendimento fere a essência dessa garantia, pois que esse patamar deve guardar correspondência com a dignidade da pessoa humana, e esta não radica na existência humana que não possui condições de livremente tomar decisões e realizar escolhas, possuir um convívio social e conseguir meios de subsistência condigna a si e à sua família. Ou seja, o mínimo existencial em educação não pode corresponder ao direito ao ensino fundamental, pois, desde há muito tempo o mercado de trabalho subplantou a exigência de tal modalidade de ensino, exigindo, cada vez mais, mão de obra qualificada para o desempenho de atividades laborais mais complexas e profissionalizantes, o que impende sobre o direito à educação, exigindo do cidadão maior grau de instrução e qualificação para que possa alcançar condições de vida digna que lhe confirmam

os meios para ter acesso aos espaços públicos e privados que constituem o exercício da verdadeira cidadania.

Neste contexto, o mínimo existencial não pode ser aferido como aquelas condições para que o indivíduo sobreviva, mas seriam condições materiais que devem ser garantidas a todos para que tenham uma vida com dignidade. Assim, a princípio, não se pode sustentar qualquer ponderação tendente a tocar o mínimo existencial, pois que esta garantia se relaciona à garantia da própria existência humana, que não deve ser violada em nenhuma hipótese.

Nestas circunstâncias, mínimo existencial confere ao direito à educação uma blindagem que não pode ser afetada por quaisquer outras razões tangenciais. Somente em último caso uma análise ponderativa se justificaria, ou seja, em situações gravíssimas que envolvem o atendimento de outro direito fundamental de estatura constitucional tão essencial quanto é o direito fundamental social à educação, e ainda assim, se comprovada cabalmente pelo Estado a aplicação de todos os recursos previstos constitucionalmente, se demonstrada a indisponibilidade fática e real de recursos, bem como a inexistência de outros recursos que possam ser remanejados para o seu atendimento, tendo em vista a importância que se reveste o direito à educação para a sociedade brasileira, em face de seu caráter estratégico na concretização do projeto democrático.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. A dignidade da pessoa humana e o direito à educação. In: SEGALLA, José Roberto Martins; ARAÚJO, Luiz Alberto David (coords.). *15 anos da Constituição Federal: em busca da efetividade*. Bauru: EDITE, 2003, p. 433-482.

ALENCAR, Ana Valderez A. N. de; RANGEL, Leyla Castello Branco (diretora). *Constituições do Brasil (de 1824,1891,1934,1937,1946 e 1967 e suas alterações)*. Vol. I. Brasília: Senado Federal, 1986.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Fernando de Brito. Os horizontes de Prometeu: cidadania e direitos fundamentais em países de modernidade tardia. In: CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andréa Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito. *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 265-286.

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

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria geral dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ARISTÓTELES. *Política: Aristóteles, texto integral*. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 155.

AVELÃS NUNES, António José. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Lisboa: Caminho S.A., 2003.

AVELINO, Pedro Buck. Princípio da solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo, n. 53, p. 227-269.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BADIN, Luciana. *A administração da pobreza*. Disponível em <www.plataformabndes.org.br>. Acesso em: 16 nov. 2009.

BAHENA, Kele Cristiane Diogo. *O princípio da moralidade administrativa e seu controle pela lei de improbidade*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 101.

BARCELLOS, Ana Luiza Berg. O Estado liberal de direito e as suas relações com a educação, a liberdade e os movimentos sociais. *Revista de Direito Social*, São Paulo, nº 23, p. 55-87, 2006, São Paulo.

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

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRAGA, Valeschka e Silva. *Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

Bíblia Sagrada. Tradução monges de Maredsons – centro bíblico católico. 88. ed. São Paulo: Ave Maria, 1993.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *O que é educação*. 33. ed. São Paulo: Brasiliense: 1995.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

_____. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução Alfredo Fait. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Paulo. *Teoria do Estado*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____.; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

BORDIEU, Pierre. A escola conservadora: as desigualdades frente à escola e à cultura.” In: NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio. *Escritos de educação*. 9. ed. Petrópolis – RJ: Vozes, 2007, p. 64.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 nov. 2009.

_____. Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Regula o Código Penal Brasileiro. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

_____. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Regula o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 19 mar. 2010.

_____. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Regula as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9394.htm>>. Acesso em: 19 mar. 2010.

_____. ONU. Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php>. Acesso em: 30 jan. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Criança de até seis anos de idade. Atendimento em creche e em pré-escola. Educação Infantil. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 410715. Agravante Município de Santo André e Agravado João Guilherme de Souza Assis. Relator Ministro Celso de Mello. 22 de novembro de 2006. <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06 mar. 2008.

BOBBITT, Philip. *A guerra e a paz na história moderna: o impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações*. Tradução de Cristina de Assis Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

BUARQUE, Cristóvão. *O que é educacionismo*. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BUARQUE, Cristovam. Só a educação traz a paz. *Revista de Informação Legislativa*, v. 44, nº 176, p. 19-22, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/137592>>. Acesso em: 01 nov. 2009.

CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 13. ed. São Paulo: Ática, 2003, p. 129.

CAMBI, Franco. *História da Pedagogia*. Tradução Álvaro Lorencini. São Paulo: UNESP, 1999.

CAMPOS, Germán J. Bidart. La Constitución econômica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino). *Cuestiones Constitucionales*, n. 006. Disponível em: <<http://www.fmd.pucminas.br/Publicacoes/O%20FUTURO%20DOS%20DIREITOS%20HUMANOS.doc>>. Acesso em: 22 fev. 2010.

CAMPOS, Maria Malta; HADDAD, Sérgio. O direito humano à educação escolar pública de qualidade. In: _____; GRACIANO, Mariângela. *A educação entre os direitos humanos*. Campinas: Autores Associados; São Paulo: Ação Educativa, 2006, p. 95-125.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2006.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CARVALHO, José Sérgio. *Educação cidadania e direitos humanos*. Petrópolis – RJ: Vozes, 2004.

CIENA, Fabiana Polican. *O poder judiciário na efetivação do direito fundamental à educação*. 144 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, Jacarezinho, 2008.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CLARENCE, Morris (org.). *Os grandes filósofos: leituras escolhidas em direito*. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

COELHO, Luiz Fernando. *Saudade do futuro*. 2. ed. Curitiba – PR: Juruá, 2007.

_____. *Teoria crítica do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder Comparato. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 6. ed. Saraiva: São Paulo, 2006.

_____. O princípio da igualdade e a escola. In: CARVALHO, José Sérgio. *Educação cidadania e direitos humanos*. Petrópolis – RJ: Vozes, 2004, p. 66-84.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel da Jurisdição constitucional na realização do Estado Social. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba: Academia de Direito Constitucional, 2003, n. 3.

CUNHA, Marcus Vinicius. *John Dewey: democracia e educação: capítulos essenciais*. São Paulo: Ática, 2007.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação como desafio na ordem jurídica. In: LOPES, Eliane Marta Teixeira; FARIA FILHO, Luciano Mendes; VEIGA, Cyntia Greive. *500 anos de educação no Brasil*. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Um breve histórico dos direitos humanos. In: CARVALHO, José Sérgio. (org.). *Educação, cidadania e direitos humanos*. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 209-223.

DANTAS, Ivo. *O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DELORS, Jacques. *Educação: um tesouro a descobrir*. 10. ed. São Paulo: Cortez; Brasília – DF: MEC: UNESCO, 2006.

DEMO, Pedro. *Pobreza Política: a pobreza mais intensa da pobreza brasileira*. Campinas – SP: Amazém do Ipê, 2006.

_____. *Charme da Exclusão Social: polêmicas do nosso tempo*. 2. ed. Campinas: Autores Associados, 2002.

_____. *Cidadania menor*. Petrópolis – RJ: Vozes, 1992.

_____. *Política social, educação e cidadania*. 10. ed. Campinas – SP: Papyrus, 2007.

DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do princípio de proibição e o retrocesso social no direito brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2008, p. 343-382.

DUARTE, Clarice Seixas. Reflexões sobre a justiciabilidade do direito à educação no Brasil. In: HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela (orgs.). *A educação entre os direitos humanos*. Campinas: Autores Associados; São Paulo: Ação Educativa, 2006, p. 127-153.

DURANT, Will. *História da filosofia*. Tradução Godofredo Rangel e Monteiro Lobato. 10. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1959.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. Tradução Efhaim Frerreira Alves, Jaime A Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000.

EMBAIXADA AMERICANA. Declaração de Independência e a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte Disponível em <<http://www.embaixada-americana.org.br>>. Acesso em: 17 nov. 2009.

FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FÉDER, João. *Estado sem poder*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FERNANDES, Luiz Moreno. *Ciudadanos precarios: la <<última red>> de protección social*. Barcelona: Ariel S.A., 2000.

FERRARI, Maria Regina Macedo Nery. *Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERRAZ, Selma. *Justiça e razão: filosofia clássica e o liberalismo antropológico de F. Von Hayek*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Estado de direito e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FORTES, Simone Barbisan. A antropologia da Constituição Federal de 1988 – o homem por detrás da constituição e os fundamentos jusfilosóficos do novo constitucionalismo brasileiro. *Revista de direito social*. São Paulo, n. 4, p. 37-52, 2004.

FREIRE, Paulo. *Conscientização: teoria e prática da libertação*. 3. ed. São Paulo: Centauro, 2005.

_____. *Educação e mudança*. 30. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

_____. *Pedagogia da Autonomia*. 36. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. *Pedagogia do oprimido*. 26. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1987.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GADOTTI, Moacir *História das Idéias Pedagógicas*. Editora Ática: São Paulo, 1998. Disponível em: <<http://www.eps.ufsc.br/disciplinas/fialho/Juliana/Resumo/CAP16.html>>. Acesso em: 31 out. 2009.

GALINDO, Bruno. *Direitos Fundamentais, análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2009.

GARCIA, Maria. O constitucionalismo do século XXI num enfoque juspositivista dos valores humanos e dos princípios fundamentais do direito. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GHIRALDELLI JR, Paulo. *História da educação brasileira*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. *Filosofia da Educação*. São Paulo: Ática, 2006.

GIACÓIA, Gilberto. Liberdade – resistir é preciso. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Gilberto%20Giacioia.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2010.

GIDDENS, Antony. *As conseqüências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GILES, Thomas Ranson. *A filosofia da educação*. São Paulo: EPU, 1983.

GIROX, Henry A. Pedagogia crítica como projeto de profecia exemplar: cultura e política no novo milênio. In: IBERNÓN, Francisco (org.). *A educação no século XXI: os desafios do futuro imediato*. Tradução de Ernani Rosa. Porto Alegre: Artmed, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Direito posto e direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1998.

GUERRA, Sergio. *Discrecionalidade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela (orgs.). *A educação entre os direitos humanos*. Campinas: Autores Associados; São Paulo: Ação Educativa, 2006, p. 3-7.

HAGER, Marcelo. O Estado de direito brasileiro e a quebra do princípio da tripartição dos poderes. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, 50, p. 108-114.

HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. Tradução Luis Tobio. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

HERKENHOFF, João Batista. *Gênese dos direitos humanos*. 2. ed. Aparecida: Santuário, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOBBSAWN, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HOEBEL E. Adamson; FROST, Everett L. *Antropologia cultural e social*. Tradução Euclides Carneiro da Silva. 7. ed. São Paulo: Cutrix, 2005.

JAEGER, Werner. *Paidéia: a formação do homem grego*. Tradução de Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andréas J. *Os direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-59.

KUNTZ, Rolf. A redescoberta a igualdade como condição de justiça. In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 144-155.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 279-311.

LÉRIAS, Reinéro Antonio. As Constituições brasileiras: direitos fundamentais e cidadania. In: CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andrea Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito (orgs). *Direitos Fundamentais Revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 191-264.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LIMA, Maria Cristina de Brito Lima. *A educação como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

LOMBARDI, José Claudinei (org.). *Globalização, pós-modernidade e educação: história, filosofia e temas transversais*. 3. ed. Campinas, SP: Autores Associados: Histedbr; Caçador, SC: UnC, 2009.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MACLAREN, Peter. *Utopias provisórias: as pedagogias críticas num cenário pós-colonial*. Trad. Helena Beatriz Marcarenhas Souza. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. Pedagogia crítica como projeto de profecia exemplar: cultura e política no novo milênio. In: IBERNÓN, Francisco (org.). *A educação no século XXI: os desafios do futuro imediato*. Tradução de Ernani Rosa. Porto Alegre: Artmed, 200, p. 119-140.

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

_____. Educação, constituição e democracia. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2008, p. 789-800.

MAURICIO JUNIOR, Alceu. *A revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MANACORDA, Mario Alighiero. *História da Educação: da antiguidade aos nossos dias*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

MASTRODI, Josué. *Direitos Sociais Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEDINA, Leila Regina Diogo Gonçalves. A dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica brasileira. In: CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andrea Bulgakov; ALVES, Fernando de Brito (orgs). *Direitos Fundamentais Revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.

MESSALA, Helio. Constituição orçamentária: instrumento de mudança social. *Revista de Direito Social*. Porto Alegre, n. 13, p. 63-66.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo I. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MONTEIRO, A. Reis. *História da Educação: do antigo “direito de educação” ao novo “direito à educação”*. São Paulo: Cortez, 2006.

MORIN, Edgar. *Os sete saberes necessário à educação do futuro*. Trad. Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 8 ed. São Paulo: Cortez; Brasília – DF: UNESCO, 2003.

MORRIS, Clarence (org). *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MORO, Sergio Fernando. Por uma revisão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=98>>. Acesso em: 21 fev. 2010.

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

MUÑOZ, Vernor. Do direito à justiça. In: HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela. *A educação entre os direitos humanos*. Campinas: Autores Associados; São Paulo: Ação Educativa, 2006, p. 43-60.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Finanças públicas e sistema constitucional orçamentário*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NICOLA, Ubaldo. *Antologia ilustrada de Filosofia: das origens à idade moderna*. São Paulo: Globo, 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. *O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 187. Disponível em <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/568>>. Acesso em: 30 jan. 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Lisboa: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. O neoconstitucionalismo, a teoria da justiça e o julgamento. In: QUARESMA, Regina; Oliveira, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Ricio. *Neoconstitucionalismo*, p. 29-50

OLIVEIRA, Regis Fernandes de; *Taxas de polícia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ONU. Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, adotada pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 25 de junho de 1993. Disponível <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declarações-e-Tratados-Internacionais-de-Proteção/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html>>. Acesso em: 11 abr. 2010.

PACHUKANIS, Evgeni Bronislávovich. *Teoria geral do direito e do marxismo*. Tradução Sílvio Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PAULINO, Gustavo Smizmaul Paulino. Os direitos fundamentais e a construção do futuro. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo, n. 50, p. 172-185.

_____. *O ensino do direito em crise: reflexões sobre o seu desajuste epistemológico e a possibilidade de um saber emancipatório*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004.

_____. *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1996.

PEZZI, Alexandra Cristina Giacomet. *Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limite à tributação no Estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

PIAGET, Jean. *Psicologia e pedagogia*. Tradução Dirceu Accioly Lindoso e Rosa Maria Ribeiro da Silva. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Concepção contemporânea de direitos humanos. In: HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela (orgs.). *A educação entre os direitos humanos*. Campinas: Autores Associados; São Paulo: Ação Educativa, 2006, p. 11-42.

QUEIROZ, Ari Ferreira; OLIVEIRA, Vitor França Dias. A reserva do possível como parâmetro de sindicância dos direitos fundamentais sociais. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*. V. 33, n 1, p. 47-66, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/viewPDFInterstitial/9799/6691>>. Acesso em: 30 jul 2010.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006.

QUIRINO, Carolina de Castro. Os direitos fundamentais sociais e a revisão judicial das escolhas orçamentárias. In: FOLMANN, Melissa; ANNONI, Danielle (coords.). *Direitos humanos: os 60 anos da Declaração Universal da ONU*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 63.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROMANELLI, Otaíza de Oliveira. *História da educação no Brasil*. 32. ed. Petrópolis – RJ: Vozes, 2007.

ROSA, Maria da Glória de. *A história da educação através dos textos*. São Paulo: Cultrix, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, nº 30, p. 146-158.

SALIBA, Maurício Gonçalves. *O olho do poder: análise crítica da proposta educativa do Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Unesp, 2006.

SANTOS, Alberto Marques dos. *Criminalidade: causas e soluções*. Curitiba: Juruá, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2009.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na constituição de 1988*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 551-601.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n. 1, p. 89-148.

_____. FIGUEIREDO, Mariana Filchetiner. Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In: _____; Timm, Luciano Benetti (orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-53.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251-313.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Verba Júris: anuário da pós-graduação em direito*, João Pessoa, 2005, n. 4, p. 79-104.

_____. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (orgs.) Princípios de Direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar. Disponível em: <[<http://www.scaff.adv.br/cgi_bin/lista_doc.cgi?id_usuario=100000&=100000&d=12&dt=20080512&=0&fl_bbackup=0&data_backup=\(null\)>](http://www.scaff.adv.br/cgi_bin/lista_doc.cgi?id_usuario=100000&=100000&d=12&dt=20080512&=0&fl_bbackup=0&data_backup=(null))>. Acesso em: 28 mar. 2010.

SCHILING, Flávia. A multidimensionalidade da violência. *In: CARVALHO, José Sérgio. (org.). Educação, cidadania e direitos humanos*. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 209-223.

SIFUETES, Mônica. *Direito fundamental à educação: aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. 2. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes da. *O princípio da igualdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SILVA, Frederico Silveira e. A definição dos direitos da solidariedade. *Revista de Direito Social*. Sapucaia do Sul – RS, n. 28, p. 69-80

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Comentários Contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Poder Constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Regina Beatriz Tavares (coord.). *Código Civil Comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos Sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 4, p. 23-51.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: ____; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Editora, 2008, p. 515-551.

STRATHERN, Paul. *Hegel em 90 minutos*. Tradução Maria Helena Geordane. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2001.

STUMM, Raquel Denize. *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 141-142.

SUPIOT, Alain. *Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Tradução Maria Ermantina de Almeida. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 771-788.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 69-86.

_____. *O orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*. V. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

VIGOTSKI, Lev Semenovich. *Psicologia Pedagógica*. 2. ed. Tradução Paulo Bezerra. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 9. ed. Torino: Trotta, 2009.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)