

DIONE RIBEIRO BASILIO

**DIREITO À EDUCAÇÃO: UM DIREITO ESSENCIAL
AO EXERCÍCIO DA CIDADANIA. SUA PROTEÇÃO
À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
BRASILEIRA DE 1988**

Dissertação apresentada ao Departamento de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre, sob orientação do professor Doutor Fábio Konder Comparato.

**FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO
2009**

Aos meus pais, Dorli e Joaquim, pelo amor e carinho a mim incondicionalmente direcionado; pelo suporte e sabedoria prestados nos momentos de maior dificuldade.

Ao meu irmão, Douglas, por todos os momentos de embate. Nossas frutíferas discussões nos proporcionam um crescimento inigualável.

Aos meus amigos, companheiros indispensáveis.

SUMÁRIO

RESUMO

I. INTRODUÇÃO

CAPÍTULO II. O QUE É EDUCAÇÃO?

2.1. Da educação

2.2. Concepções de processo educativo

2.2.1. Concepção comum de educação

2.2.2. Conceito crítico de educação

2.3. Educação no contexto de um Estado Democrático de Direito

2.4. Relação entre educador e educando

2.5. Conseqüências da adoção da concepção comum de educação: evasão escolar, elevados índices de repetência, baixo grau de aprendizado.

2.5.1. Papel do professor

CAPÍTULO III. DO DIREITO À EDUCAÇÃO

3.1. Histórico do direito à educação

3.2. Educação no Estado Democrático de direito

3.3. Reconhecimento do Direito à Educação pelo Direito Internacional

3.3.1. Direito à educação no sistema global de direito humanos

3.3.1.1. Direito à educação no Pacto Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais de 1966

3.4. Direito à educação no ordenamento jurídico brasileiro

CAPÍTULO IV. DA EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

4.1. Educação fundamental na Constituição da República de 1988

4.2. Lei de diretrizes e bases da educação nacional: Lei 9.394/1996

4.3. Da universalização do ensino fundamental

4.3.1. Ensino fundamental:

4.3.2. Educação fundamental como um Direito Público Subjetivo

4.3.2.1. Obrigatoriedade da prestação do ensino fundamental

- 4.3.2.1.1. Educação de Jovens e Adultos
- 4.3.2.2. Gratuidade na prestação do ensino fundamental

CAPÍTULO V. PROTEÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL

- 5.1. Direito a educação e Direitos Fundamentais Sociais
- 5.2. Tratados internacionais de direitos humanos e a Ordem jurídica brasileira:
- 5.3. Sistema de proteção dos direitos humanos
 - 5.3.1. Dignidade da pessoa humana
 - 5.3.2. Direito à educação e os direitos sociais:
- 5.4. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948
 - 5.4.1. Princípio da complementaridade
 - 5.4.2. Princípio da Proibição de Retrocesso
- 5.5. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC)
- 5.6. Proibição de retrocesso e Mínimo existencial
- 5.7. Pacto de São José da Costa Rica: Reconhecimento não retrocesso
- 5.8. CF/88: Reconhecimento não retrocesso
 - 5.8.1. Limites da proibição de retrocesso na ordem jurídica brasileira:
 - 5.8.1.1. Mínimo existencial e o direito à educação

CAPÍTULO VI. PROTEÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

- 6.1. Princípio da proibição de retrocesso e o poder de reforma constitucional
- 6.2. Limites materiais ao exercício do poder de reforma constitucional
 - 6.2.1. Extensão dos limites materiais no contexto da CF/1988
 - 6.2.2. Direitos sociais e cláusulas pétreas
 - 6.2.2.1. Leitura literal do art. 60, §4º, IV, CF/88
 - 6.2.2.2. Interpretação ampliativa do art. 60, §4º, IV, CF/88
 - 6.2.3. Direitos sociais como limites materiais implícitos ao poder de reforma constitucional
- 6.3. O direito à educação e a limitação ao poder de reforma constitucional
 - 6.3.1. Artigo 208, I, Constituição Federal e sua alteração por meio da Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996
 - 6.3.2. Efetividade do direito ao ensino fundamental

CAPÍTULO VII. JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL

7.1. Defesa do direito à educação fundamental em juízo

7.2. Defesa coletiva do direito à educação

7.2.1. Ação civil pública como meio de defesa do direito à educação

7.2.1.1. Da Legitimidade do Ministério Público

7.2.1.2. Da legitimidade da defensoria pública

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABSTRACT

RESUMO

A presente dissertação tem como objeto de estudo a educação fundamental. Procura-se analisar qual a concepção de educação mais adequada ao exercício da cidadania no Estado social Democrático de Direito.

Pela qualificação do direito à educação como um direito social, buscamos desenvolver a proteção que a ele se direciona segundo uma teoria de Direitos Humanos e segundo o os princípios da Constituição Federal de 1988.

Por fim, analisamos sua justiciabilidade, mediante o reconhecimento da necessidade de sua defesa individual e coletiva em juízo, facilitada por sua qualificação como direito público subjetivo pela Constituição de 1988.

I. INTRODUÇÃO

Relatório da pesquisa Indicador de Analfabetismo Funcional Brasil 2007 ((INAF/2007) apresenta os dados mais recentes da mensuração dos níveis de analfabetismo da população adulta brasileira ¹, segundo avaliação das “habilidades necessárias para viver em uma sociedade letrada, exercendo com autonomia seus direitos e responsabilidades” resultantes da “educação continuada, que abarca tanto o ensino formal quanto o não formal e as oportunidades de aprendizagem ao longo da vida” ².

Segundo as conclusões da pesquisa, houve uma redução no **percentual da população brasileira considerada analfabeta funcional** com relação à pesquisa anteriormente realizada (biênio 2004-2005); os números decresceram de 37%, apurados em 2004-2005, para **32% no ano de 2007**.

Parâmetros utilizados na pesquisa consideram “**analfabeta funcional a pessoa que, mesmo sabendo ler e escrever, não tem as habilidades de leitura, de escrita e de cálculo necessárias para viabilizar seu desenvolvimento pessoal e profissional**” ³, grupo este composto por analfabetos absolutos e alfabetizados em nível rudimentar ⁴.

A população classificada na pesquisa abrange adultos de 15 a 64 anos. Dentro desse grupo, o índice de analfabetismo funcional difere de forma considerável de acordo com faixas etárias, sendo significativamente menor entre os mais jovens:

¹ O INAF fora elaborado segundo entrevistas e testes cognitivos aplicados a amostras nacionais representativas dos brasileiros entre 15 e 64 anos de idade, população com idade superior àquela característica de estudantes regulares do ensino fundamental (6 a 14 anos). (www.deolhonaeducação.org.br/comunicacao.aspx?action=3).

² Relatório INAF/Brasil – 2007, p.4.

³ Relatório INAF/Brasil – 2007, p. 3. Em sentido contrário, podemos definir o alfabetismo como o “conjunto de capacidades que permitem o processamento da informação necessária para poder utilizar os materiais impressos que se encontram comumente no trabalho, em casa e na comunidade.” (WAGNER, Daniel A., tradução de OLIVERIA, Lólio Lourenço de. Alfabetização: construir o futuro, p. 25)

⁴ Analfabetismo absoluto “corresponde à condição dos que não conseguem realizar tarefas simples que envolvem a leitura de palavras e frases ainda que uma parcela destes consiga ler números familiares (números de telefone, preços etc.)”; por sua vez, analfabetismo nível rudimentar equivale à “capacidade de localizar uma informação explícita em textos curtos e familiares (como anúncio ou pequena carta), ler e escrever números usuais e realizar operações simples, como manusear dinheiro para o pagamento de pequenas quantias ou fazer medidas de comprimento usando a fita métrica” (Relatório INAF/Brasil – 2007, p. 6).

Percentual de analfabeto funcionais por faixa etária em 2004-2005:

15-24 anos _ 21%

25-39 anos _ 30%

40-54 anos _ 49%

55-64 anos _ 68%

Percentual de analfabeto funcionais por faixa etária em 2007:

15-24 anos _ 17%

25-39 anos _ 27%

40-54 anos _ 43%

55-64 anos _ 61%

A maior concentração de analfabetos funcionais segundo o aumento da faixa etária é atribuído, especialmente, à universalização do acesso ao Ensino Fundamental no Brasil, processo iniciado durante a década de 1970 e hoje praticamente consolidado.

Nessa marcha, ao final do século XX verificou-se um processo de expansão do ensino fundamental, mediante uma oferta de vagas cada vez mais condizente com o número da população alvo ⁵; foi assim que na década de 1980, no que diz respeito ao acesso, o ensino fundamental obrigatório se encontrava em etapa bastante avançada.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe em seu texto original a obrigação do Estado em promover a universalização do Ensino Fundamental mediante previsão em seu art. 208, I. Desde 1988 temos assegurada a oferta gratuita e a frequência obrigatória do ensino fundamental regular às crianças até quatorze anos de idade.

Esse processo de expansão, hoje quase concluído, se explicita nos índices de analfabetismo acima anotados: a população em que mais se concentra é aquela compreendida nas faixas

⁵ A partir da década de 1970 pode-se constatar uma progressiva substituição do sistema de acesso de minorias privilegiadas por um sistema de ensino relativamente aberto, no plano formal, e tendencialmente acessível à maioria da população. Em 1970 eram 15,6 milhões de alunos matriculados no ensino fundamental; no final do regime militar, em 1985, esse número sofrera um acréscimo de 113,8%. Na década de 1980, já existiam vagas suficientes para suprir a demanda para toda a população escolarizável. OLIVEIRA, Romualdo Portela de. Da universalidade do ensino fundamental ao desafio da qualidade: uma análise histórica, p. 664.

etárias de 40-54 e 55-64 anos, ou seja, pessoas que não se encontravam mais em idade escolar quando do reconhecimento da necessidade de sua universalização.

O Relatório de Desenvolvimento Juvenil, elaborado pelo Ministério de Ciência e Tecnologia ⁶, condensa uma queda elevada na taxa de analfabetismo entre os jovens nos últimos anos, de 8,2%, em 1993, para 4,2%, em 2001, 3,4% em 2003 e 2,4% em 2006.

A universalização do ensino fundamental para crianças em idade escolar é hoje uma tendência já muito próxima da realidade; dados obtidos a partir da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios realizada em 2007 pelo IBGE apontam que 97,6% dos brasileiros entre 7 e 14 anos freqüentam a escola ⁷.

Todavia, não nos podemos furtar a alertar que a mera oferta deste ensino sem a necessária adequação de sua prestação em níveis suficientes de qualidade importará necessariamente em um acréscimo da faixa de analfabetos funcionais em idade não escolar.

A oferta de um ensino desprovido de qualidade importa em novo processo de exclusão educacional: os alunos que freqüentam e concluem o ensino regular adquirem uma bagagem insuficiente e inadequada; muitos, desmotivados pela educação ofertada ou elo insucesso nas provas conclusivas acabam abandonar os estudos, não chegando sequer a concluir o ciclo educacional.

Com a proximidade ou o alcance da universalização do acesso, a educação fundamental no país passa a ter dois novos problemas em foco: (i) processo de exclusão em razão da qualidade de ensino (e não mais da restrição ao acesso) _ cujos reflexos são evidenciados nos índices de repetência e a seguida evasão escolar ⁸; e (ii) universalização da educação

⁶ Relatório elaborado em parceria com Rede de Informação Tecnológica Latino Americana e Instituto Sangari.

⁷ http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1230&id_pagina=1

⁸ “evidentemente, a desigualdade e a exclusão permanecem. Não é por isso que sequer o ensino fundamental tenha deixado de ser etapa produtora de desigualdade educativa. Além disso, os discriminados de ontem continuam a ser os discriminados de hoje. Mas a desigualdade existente hoje não é mais a mesma e nem ocorre nos mesmos termos da que ocorria no passado. Setores mais pobres reprovam mais, evadem mais, concluem menos, o mesmo ocorre com negros e meninos, mas, mais importante que isso, aprovam mais, permanecem mais e concluem mais do que em qualquer outro momento de nossa história educacional, ainda que permaneçam como os setores mais excluídos. Só que não são excluídos na mesma maneira que no passado! O ponto é que, se não se enfatizar a positividade que a universalização do ensino fundamental

fundamental para aqueles que não mais se encontram na faixa etária correspondente (composição do ensino de jovens e adultos – EJA), especialmente para a população mais idosa.

Hoje, **verificamos um verdadeiro descompasso entre idade e série**; embora haja um número suficiente de vagas para o atendimento de toda população na faixa etária ideal, muitos se encontram ‘atrasados’ em seus estudos. Assim, a insuficiência de vagas ainda existente deve-se, dentre outros fatores (como a distribuição irregular da oferta), à inadequação entre idade e série escolar, situação que, se não verificada, importaria na suficiência da rede física para o atendimento ⁹.

Em 2004, relatório de indicadores sociais apresentado pelo IBGE apresentou números alarmantes sobre a taxa de defasagem idade/série dos estudantes de 7 a 14 anos de idade, por idade ¹⁰:

7 anos	8 anos	9 anos	10 anos	11 anos	12 anos	13 anos	14 anos
14,9%	26,8%	33,8%	39,5%	45,1%	51,1%	57,1%	64%

Dados apresentados pelo IPEA em 2006 identificam os reflexos desse novo processo de exclusão: apenas 84% dos alunos efetivamente ingressos no sistema educacional concluem a 4ª série, e 57% terminam o ensino fundamental ¹¹.

Como conseqüência direta dessa realidade, oferta irregular de ensino em termos de qualidade e elevadas taxas de repetência e evasão escolar, acentua-se o problema do analfabetismo funcional: crianças e adolescentes de hoje que saem da escola sem um suficiente e adequado processo de alfabetização.

representa, não conseguiremos compreender porque os desafios passam a ser outros. Ao se enfatizar a exclusão de sempre, não se tem elementos para perceber que ela já não é a mesma de duas ou três décadas.” OLIVEIRA, Romualdo Portela de. Da universalidade do ensino fundamental ao desafio da qualidade: uma análise histórica, p. 682.

⁹ O fluxo do nosso sistema educacional é irregular: há um elevado número de alunos fora das séries correspondentes a sua idade (ingresso tardio, ou repetência). OLIVEIRA, Romualdo Portela de. Da universalidade do ensino fundamental ao desafio da qualidade: uma análise histórica, p. 667.

¹⁰ Diretório FTP /Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2004/Tabelas/Resultados/ em ftp.ibge.gov.br (Tabela 2.10).

¹¹ OLIVEIRA, Romualdo Portela de. Da universalidade do ensino fundamental ao desafio da qualidade: uma análise histórica, p. 686.

O **analfabetismo funcional** é um problema que aflige toda a população. Em 2007, 21,6% das pessoas com mais de 15 anos de idade no país foram assim qualificadas pelo IBGE; sendo que nas regiões Norte e Nordeste os números alcançam 25 e 33,5%¹². Esses números crescem vertiginosamente quando observada a população com idade mais avançada, chegando a **superar 60% quando nos atemos às pessoas entre 55 e 64 anos**. Com respeito ao **analfabetismo absoluto**, estima-se a existência de **15,5 milhões de brasileiros que não sabem ler nem escrever; 85% dos quais (13,3 milhões) têm mais de 30 anos de idade, 54% (8,4 milhões) com idade acima de 50 anos**¹³.

O problema do analfabetismo, absoluto e funcional, no Brasil atinge a população adulta com que “íntegra a força de trabalho do país e é composta por consumidores, eleitores, chefes de família”¹⁴. Situação que tende a ser perpetuar em razão dos elevados índices de insucesso nos sistema educacional regular.

Nesse sentido, a presente dissertação destina-se ao estudo do direito fundamental à educação no Brasil no contexto da Constituição da República de 1988, com especial enfoque destinado ao ensino fundamental.

Como um Direito Social, ou Direito Humano de Segunda Dimensão, o direito à educação tem sua **efetividade comprimida pela inércia dos Poderes Públicos** em promover Políticas Públicas capazes de realizá-lo mediante alegações de discricionariedade da Administração Pública em sua atuação e de escassez de recursos.

Óbice este por vezes enfrentado pelos Direitos Sociais, mas amenizado quando reconhecidos como direitos público subjetivos, cuja exigibilidade perante o Poder Público é direcionada aos indivíduos, ao menos no tocante ao núcleo fundamental de cada direito.

Nesse sentido, demonstraremos que **o direito à Educação é um direito social classificado como público subjetivo** e quais as suas conseqüências. Concentrada nossa atenção nos problemas da qualidade de ensino e do analfabetismo, iremos identificar aquela

¹² **Pesquisa Nacional por amostra de domicílios 2007, IBGE.**
http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1230&id_pagina=1

¹³ Pesquisa Nacional por amostra de Domicílios (Pnad) – 2005, realizada pelo IBGE. <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2005/default.shtm>

¹⁴ Relatório INAF/Brasil - 2007, p. 4.

corresponde a uma educação de qualidade em conformidade com os propósitos constitucionais, e evidenciar que o direito à **Educação Fundamental de pessoas fora da idade escolar**, Educação de Jovens e Adultos (EJA), **é parte integrante do núcleo fundamental desse direito à educação**, explicitando suas conseqüências.

Ainda, observado o tratamento constitucional destinado à educação fundamental, procuraremos examinar os limites da responsabilidade do Poder Público para sua promoção, em termos de extensão e qualidade, bem como as conseqüências desse reconhecimento a nível constitucional. Momento em que trabalharemos dois pontos essenciais à sua efetividade, os mecanismos de sua exigibilidade perante os poderes públicos e os limites materiais ao Poder de reforma Constitucional.

Por fim, apontaremos os traços dos procedimentos judiciais aptos a levarem demandas que reclamem a prestação do direito à educação fundamental em nossos Tribunais Superiores, bem como seu posicionamento frente a essas reclamações.

CAPÍTULO II. O QUE É EDUCAÇÃO?

“A obra-prima de uma boa educação está em fazer um homem razoável” (Rousseau, Emílio, p. 74)

2.1. Da educação

Antes de nos dedicarmos ao tratamento direcionado ao Direito à Educação, decidimos por delinear o objeto deste direito; passemos dessa forma a uma identificação do que venha a ser o ‘educar’.

ROUSSEAU define o educar como o **processo por meio do qual o homem adquire as habilidades e capacitações necessárias para o desenvolvimento das atividades a serem desempenhadas no curso de nossas vidas**. Reconhecendo que “nascemos fracos, precisamos de força; nascemos desprovidos de tudo, temos necessidade de assistência; nascemos estúpidos, precisamos de juízo. Tudo o que não temos ao nascer, e de que precisamos quando adultos, é-nos dado pela educação”¹⁵.

Educação esta que pode ter origens distintas, da natureza, dos homens e da nossa própria experiência¹⁶. Em nosso trabalho, devemos nos ater à educação dos homens, aquela de que somos ‘realmente senhores’.

Naturalmente temos curiosidade por aquilo que nos possa interessar e **por meio da verdadeira educação devemos ser alimentados nessa curiosidade¹⁷ e estimulados à compreensão de forma que passemos a raciocinar e conceber os fenômenos que nos cercam e decidir o que entendemos certo e bom. Pois o homem é livre, e educar o ser humano é educá-lo para a liberdade.**

¹⁵ Emílio ou da Educação, p. 10.

¹⁶ “O desenvolvimento interno de nossas faculdades e de nossos órgãos é a educação da natureza; o uso que nos ensinam a fazer desse desenvolvimento é a educação dos homens; e o ganho de nossa própria experiência sobre os objetos que nos afetam é a educação das coisas” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. Emílio ou da Educação, pp. 10 e 11)

¹⁷ “há um ardor de saber que assenta unicamente no desejo de ser considerado sábio; há outro que nasce da curiosidade natural ao homem por tudo o que pode interessar de perto ou de longe. O desejo inato do bem-estar e a impossibilidade de contentá-lo plenamente fazem com que procure sem cessar novos meios de alcançá-lo. Tal é o primeiro da curiosidade; princípio natural ao coração humano e cujo desenvolvimento só ocorre em proporção de nossas paixões e nossas luzes.” (ROUSSEAU. Emílio ou da Educação, p. 174)

Toda a ação humana é objeto de sua vontade, “uma vontade que move o universo e anima a natureza”, e não há vontade sem liberdade. Verdadeira liberdade é aquela que se consubstancia na capacidade de “agir, comparar, escolher”, que torna o homem um ser pensante capaz de estabelecer uma correspondência íntima entre os instrumentos a nossa disposição para conscientemente agir ¹⁸.

Assim, **a educação deve se voltar à capacitação do homem para o pensar** ¹⁹, para que sua compreensão do mundo lhe permita saber o que deve ser e atuar sobre o mundo. Essa capacidade de transformar seu contexto está diretamente associada a sua capacidade de refletir, de admirar sua conjuntura e transformá-la ²⁰.

Impedido de refletir e de atuar, o homem encontra-se ferido em sua humanidade; como ser histórico, cuja posição normal é o estar com a realidade ²¹ e não só estar na realidade, deixa de existir antes de sua morte ²².

Nesse sentido, **o núcleo do processo de educação é a natureza histórica do homem**, ser inacabado e consciente de sua inconclusão. Consciente de sua natureza é o homem capaz de interferir na realidade conhecida, e “se o homem é capaz de perceber-se, enquanto percebe uma realidade que lhe parecia em si inexorável, é capaz de objetivá-la, descobrindo sua presença criadora e potencialmente transformadora da realidade” ²³.

Assim, o compromisso do educador é com o homem concreto, com a causa de sua humanização e de sua libertação. Nesse panorama, a educação **é o instrumento pelo qual**

¹⁸ ROUSSEAU. Emílio ou da Educação, pp. 309 a 318.

¹⁹ “o homem não pensa naturalmente. Pensar é uma arte que se aprende como todas as outras, e até mais dificilmente” (ROUSSEAU. Emílio ou da Educação, p. 480)

²⁰ “A consciência é essa misteriosa e contraditória capacidade que tem o homem de distanciar-se das coisas para fazê-las presentes (...). É um comportar-se do homem frente ao meio que o envolve, transformando-o em mundo humano” e “como a consciência se constitui necessariamente como consciência do mundo, ela é, pois, simultânea e implicadamente, apresentação e elaboração do mundo”. (FIORI, Ernani Maria. Aprender a dizer a sua palavra, prefácio in FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido, p. 14.)

²¹ Nesse sentido, Paulo Freire propõe a educação como forma de libertação do ser humano, ser histórico responsável pela produção da realidade, a quem cabe transformá-la quando opressora. Libertação essa que depende inevitavelmente de prévia percepção da realidade e do papel do homem como ser da práxis, da “reflexão e ação dos homens sobre o mundo para transformá-lo”, pois apenas uma “inserção lúcida na realidade, na situação histórica que a levou à crítica desta mesma situação e ao ímpeto de transformá-la” (Pedagogia do oprimido, pp. 35-38 e 52 e ss.)

²² FREIRE, Paulo. Educação e mudança, p. 48.

²³ FREIRE, Paulo. Educação e mudança, p. 51.

se capacita o homem a organizar seu pensamento, tornando-o apto a exercer seu papel de sujeito da história; é essencialmente um ato de conhecimento e de conscientização ²⁴. Cuida, portanto, da evolução do indivíduo e da modificação de suas relações com o ambiente social ²⁵.

Thomas GILLES reconhece como o **objetivo do processo educativo “integrar a pessoa (normalmente, e por motivos óbvios, a criança e o jovem) em determinado contexto e tradição sócio cultural” cuja consolidação importa a transmissão dessa tradição e o sustento dos valores sociais** ²⁶.

Nesse sentido, a percepção do que venha a ser a educação para cada sociedade decorre do momento histórico em que essa seja apreciada. Podemos dizer que na sociedade humana primitiva, por exemplo, o processo educativo é altamente informal e totalmente integrado nas atividades diárias que visam à sobrevivência do indivíduo e da tribo ²⁷.

A partir da comunicação via escrita gráfica, abre-se um caminho para uma comunicação mais vasta e permanente, permitindo um processo de educação mais formalizado e entregue a uma classe de especialistas ²⁸.

Remontamo-nos à Grécia Antiga, berço cultural da tradição ocidental, em que a razão, como instrumento a serviço do próprio homem, conjuntamente com a liberdade, representava o ideal constante da sociedade. Reconhece-se na concepção grega de processo educativo a transmissão daquilo “que determinada sociedade exige para o êxito pessoal, ideal que leva inevitavelmente a certa democratização do processo educativo. O processo educativo, ou seja a *paidéia*, está ligado às práticas, sobretudo à eloquência perante a

²⁴ “impedidos de atuar, de refletir, os homens encontram-se profundamente feridos em si mesmos, como seres do compromisso, compromisso com o mundo, que deve ser humanizado para a humanização dos homens, responsabilidade com estes, com a história.” FREIRE, Paulo. Educação e mudança, p. 18.

²⁵ BERNARD, Charlot. A mistificação pedagógica, p. 26.

²⁶ GILES, Thomas Ramson. História da Educação. São Paulo: Editora Pedagógica Universitária Ltda, 1987, p.1.

²⁷ GILES reconhece no processo primitivo da educação um processo de *enculturação* característico pela transmissão do conjunto dos mecanismos necessários à introdução e assimilação do indivíduo “em determinada sociedade, de sua cultura, a fim de torná-lo membro efetivo da ordem social”. (História da Educação, p. 3)

²⁸ Reconhece-se na Mesopotâmia o primeiro sistema de ensino formal, inserido no ‘sistema religioso’ mediante a necessidade de formação do “sacerdote escriba, guardião da ordem religiosa e encarregado da administração da sociedade” GILES, Thomas Ramson. História da Educação, p.7.

assembléia dos cidadãos, pois é aí que as grandes questões políticas se resolvem e a ação se inicia”²⁹.

Nesse contexto, Platão desenvolve uma análise do processo educativo na “A República” e identifica a necessidade de o cidadão receber do corpo político a educação correspondente “à sua capacidade e função social” para poder desempenhar sua função nesse corpo político.

Aristóteles, ao reconhecer na racionalidade o elemento definidor da natureza específica do homem³⁰ define o processo educativo como uma atividade dirigida para o fim determinado de realização do potencial característico do homem. Ao compreender o Estado como instituição à qual cabe a promoção de tudo o que conduz à realização das potencialidades humanas, direciona-lhe a competência sobre o sistema educativo, devendo o ensino ser público, por ele apoiado, financiado e controlado de acordo com princípios de universalidade e uniformidade³¹.

Nos dirigindo à Alta Idade Média, na Europa, a fragmentação sócio-política representou uma quebra na comunicação e no vigor social, importando em um desinteresse pelo processo educativo, sob o controle da Igreja e preocupado com a educação do próprio clero, tornando a nobreza cada vez mais sua dependente³².

Com o declínio do feudalismo a partir dos séculos X e XI e a intensificação do comércio na Europa, a Monarquia ascende e juntamente a essa ascensão temos o fortalecimento da burguesia, representando um momento de mudança para o processo educativo; caracterizado por um processo de diminuição do controle eclesiástico sobre as escolas e

²⁹ GILES, Thomas Ramson. História da Educação, p.16.

³⁰ “é no potencial para a abstração, para o raciocínio discursivo (isto é, o ordenamento de conceitos sob forma sistemática) e para a intuição (a capacidade de apanhar princípios racionais) que o homem se destaca dos demais animais” (GILES, Thomas Ramson. História da Educação, p.23).

³¹ “O caráter distintivo do processo educativo dependerá da constituição do Estado, ou seja, do sistema político vigente, pois o processo educativo tem, por missão servir, conservar e transmitir os valores preconizados pelo Estado. Uma vez que os Estados variam uns em relação aos outros, cada Estado deve proporcionar aquela educação que forma, que amolda os cidadãos de acordo com o estilo de vida que lhe é peculiar. Porém, dentro do mesmo Estado, o processo educativo deve ser uniforme, o mesmo para todos, quanto ao essencial, sem levar em consideração quaisquer diferenças individuais. Dessa forma será garantida a uniformidade de formação de uma boa cidadania.” (GILES, Thomas Ramson. História da Educação, p.24)

³² GHIRALDELLI Junior, Paulo. História da educação brasileira. São Paulo: Cortez, 2006, p. 65 e ss.

uma conseqüente secularização do processo educativo. Consagra-se uma época de retomada do racionalismo clássico³³.

Ressurgido na Itália de Francesco Petrarca³⁴, o humanismo se fortaleceu e dominou o estilo intelectual na Europa já no final do século XV. Destacam-se nesse período as acepções de Desidério Erasmo e Martinho Lutero acerca do processo educativo, ambos motivados por ideais de cunho religioso consideravam o processo educativo um instrumento indispensável para a promoção, fortalecimento e manutenção da fé.³⁵

Essa concepção de educação se propagou por todo o continente europeu e propiciou o surgimento de uma nova concepção educacional. O processo educacional visava aproximar o homem de Deus; mas, ao mesmo tempo, movimentou-se em direção a uma diversificação educativa e à sua extensão a uma população mais abrangente a partir do século XVI.

A partir do século XVII, com as guerras religiosas e um questionamento das bases do processo educativo, o ideal científico-empirista traz uma nova proposta de explicação do universo e do papel que o homem nele ocupa, em oposição à lógica aristotélica até então predominante calcada em proposições, conceitos tidos como demasiado abstratos e distantes dos fatos.

Na França, dividida em torno da questão religiosa, o ensino encontra-se como um monopólio das universidades e restrito às classes mais favorecidas, restando como única

³³ GHIRALDELLI Junior, Paulo. História da educação brasileira. São Paulo: Cortez, 2006, p. 70 e ss.

³⁴ “O bom cidadão é aquele que une a atividade política cívica, cultural e /intelectual, conjunto que resulta do processo educativo, pois uma boa educação é a base imprescindível para a participação cívica. **A educação prepara para a liberdade. É só através da liberdade que a melhor forma do Estado e a própria vocação do homem podem realizar-se.** Compete ao homem de letras formular esses ideais em termos claros, para poder instaurar um programa de estudos que assegure a transmissão desses valores. (...) o grande valor do Republicanismo consiste em permitir o máximo grau de liberdade ao indivíduo e, ao mesmo tempo, exigir um considerável esforço de cada um em prol do bem público. De fato, a liberdade exige responsabilidade, porém, da sua vigência, resulta a melhor forma de Estado.” (g.n.) (GHIRALDELLI Junior, Paulo. História da educação brasileira. São Paulo: Cortez, 2006, PP. 96 e 96)

³⁵ Ao propagar a salvação pela crença em Jesus Cristo sem a intermediação da Igreja, Lutero defendia o processo educativo, a instrução, como o meio necessário para a compreensão das sagradas escrituras e reconhecia ao governo civil, e não só a Igreja, o dever de promover o processo educacional mediante a argumentação de que “a educação seria necessária para formar um povo capacitado para governar sabiamente e organizar a vida social. A prosperidade da cidade depende diretamente de cidadãos bem formados, pois estes saberão manter uma sociedade estável. (...) As escolas são benéficas para qualquer cidade, pois formam cidadãos doutos e respeitosos da lei, que promoverão a paz e o bom governo.”GHIRALDELLI Junior, Paulo. História da educação brasileira. São Paulo: Cortez, 2006, p. 119.

alternativa para as classes operárias as pequenas escolas paroquiais. O Iluminismo representa a reação contra o autoritarismo religioso e político, e contra as desigualdades sociais e as rígidas distinções de classe. Identifica-se na ciência, na razão humana e no próprio homem a base dessa rejeição.³⁶

Paralelamente, a burguesia em ascensão em seu poderio econômico defendia valores de liberdade em oposição aos sistemas de privilégios característicos do sistema feudal e reclamava uma maior participação política. “Até o final do século, inicia-se a secularização da cultura ocidental” e “no lugar da religião sobrenatural, propõe-se a religião natural”, consistente, segundo Voltaire, nos princípios da moral comuns à raça humana.

A história da educação no século XVIII é dominada pelo esforço de tornar os ideais do Iluminismo realidade, ideais propagados por toda a Europa, graças aos filósofos.”³⁷ Há uma reclamação efetiva por uma ampliação do conteúdo dos programas de estudo e uma promoção de um maior acesso ao processo educativo sem distinção de classe social.

Nesse contexto, **Rousseau** identifica no processo educativo uma condição necessária e anterior à reforma social. Propõe a educação pública nos moldes elaborados por Platão mediante o reconhecimento da igualdade natural entre os homens e sua vocação comum nesse estado de ser homem.

O processo educativo passa a reconhecer seu sentido na independência do aluno, em levá-lo enquanto homem, ser pensante e inteligente, a alcançar um desenvolvimento que tenda à auto-realização e à evolução consciente.

Com a Revolução francesa foi criado, em 1792, um Sistema de Instrução Pública gratuita e universal, direcionada a todos os cidadãos. Mediante um processo de formulação de um sistema nacional de ensino, elaborou-se o Código de Educação Nacional cujo conteúdo previa “igualdade de acesso ao processo educativo por parte de meninos e meninas, em todos os níveis, desde o primário até o nível superior, porém, sem obrigatoriedade ou gratuidade garantidas.”³⁸

³⁶ GHIRALDELLI Junior, Paulo. História da educação brasileira. São Paulo: Cortez, 2006, p. 170.

³⁷ GHIRALDELLI Junior, Paulo. História da educação brasileira. São Paulo: Cortez, 2006, p. 172 e 173.

³⁸ GHIRALDELLI Junior, Paulo. História da educação brasileira. São Paulo: Cortez, 2006, p. 208.

Com a consolidação da burguesia como classe dominante desde o início do século XIX, seus ideais, baseados no Iluminismo, acabam por direcionar a estrutura social vigente, assumindo uma postura conservadora no sentido de restringir o processo educativo como forma de preservar-se frente às aspirações operárias de mobilidade social. Como forma de auto preservação, é definido um ensino que, “uma vez aberto ao proletariado, deve limitar-se à Leitura, à Escrita e ao Cálculo. O resto é supérfluo.”³⁹

Esse processo educativo fora questionado já no século XX por John DEWEY pela sua conseqüente formação de escravos em razão da não adoção de um pensamento reflexivo, capaz de transformar obscuridade, conflito e dúvida em situações claras e harmoniosas.

Defende o autor que “o processo educativo tradicional cria uma situação de dependência” e que “as bases de toda a educação democrática devem ser rigorosamente científicas. A escola deve ser um laboratório social, onde o aluno aprende a submeter as tradições à prova de pragmatismo. (...) O homem consegue manter-se no contexto da sociedade. **O processo educativo é fundamental para a realização dessa vocação social, pois inculca no indivíduo as técnicas da sobrevivência e do crescimento, a partir da acumulada experiência do seu grupo.** Porém, na medida em que a vida se torna cada vez mais complexa, o processo educativo se torna mais ‘formal’ e ‘proposital’, orientando-se principalmente no sentido de levar o jovem a aceitar a moral da sociedade de que faz parte. (...) numa sociedade democrática, a experiência coletiva é fonte para a solução de problemas futuros.”⁴⁰

Chega-se a uma concepção do processo educativo em que este deve estar em sintonia com a sociedade, com a democracia, devendo ser promovido pelo Estado como forma de garantia de sua eficácia numa sociedade democrática⁴¹.

³⁹ GHIRALDELLI Junior, Paulo. Historia da educação brasileira. São Paulo: Cortez, 2006, p. 232.

⁴⁰ GHIRALDELLI Junior, Paulo. Historia da educação brasileira. São Paulo: Cortez, 2006, p. 262.

⁴¹ “Para garantir sua eficácia numa sociedade democrática, a educação deve ser controlada pelo Estado. Todas as escolas devem ser abertas para todos, independentemente de sexo, religião, raça ou classe social. Qualquer outra solução é um obstáculo à aprendizagem dos valores democráticos e torna impossível uma educação autêntica.” “GHIRALDELLI Junior, Paulo. Historia da educação brasileira. São Paulo: Cortez, 2006, p. 263.”

A educação, como ciência humana, resguarda seu caráter histórico. No curso da história da humanidade fora reconhecida sob diversas concepções, evoluindo de um mecanismo essencialmente garantidor da sobrevivência da vida e do indivíduo a formas de legitimação e manutenção das diversas formas de organização social.

Observado o contexto das sociedades democráticas, **a educação deve-se voltar à capacitação do homem ao exercício de seu papel como agente de sua própria história e como cidadão, agente da história de sua sociedade.**

No momento atual do processo pedagógico, compreende-se que o cerne do processo educativo se encontra na alfabetização, compreendida em “seu sentido amplo de domínio dos instrumentos básicos da cultura letrada, das operações matemáticas elementares, da evolução histórica da sociedade humana, da diversidade do espaço físico e político mundial e da constituição da sociedade brasileira. Envolve ainda a formação do cidadão responsável e consciente de seus direitos e deveres.”⁴²

Podemos identificar a existência de duas distintas acepções acerca do processo educativo, distintas e excludentes. Devemos atentar para a diferenciação entre estas e a adoção daquela a que consideramos mais condizente com o atual estágio de sociedade em que nos encontramos.

Assim, a partir dessa concepção poderemos reconhecer o conteúdo e a extensão do direito à Educação no Contexto da CF/88.

2.2. Concepções de processo educativo

2.2.1. Concepção comum de educação

Segundo uma linguagem comum, podemos auferir a educação como o **mero processo de transmissão de conhecimentos e informações de quem sabe para quem não sabe, de**

⁴² GHIRALDELLI Junior, Paulo. História da educação brasileira, p. 194.

quem educa para quem é educado; “nesse processo o mais importante é o conteúdo a ser transmitido. Aparecendo o educador como simples provedor dos conhecimentos e informações e o educando como simples receptáculo desses conteúdos.”⁴³

Essa transmissão de conhecimentos e informações importa na redução do método de ensino a uma apresentação de conhecimentos, **segundo características e necessidades do próprio conteúdo, sem qualquer consideração pela subjetividade do educador e do educando.**

Ao privilegiar o conteúdo em detrimento dos sujeitos, acaba-se por aniquilar a condição de sujeito do educando.

Os conteúdos são passados do educador para o educando sem uma preocupação com a sua apreensão. Para essa concepção a escola desempenha um papel simples de fiscalizar (aplicando exames e reprovando aqueles que fracassavam) e selecionar (boas escolas, privadas, selecionam seus alunos, que aprendem apesar da escola).⁴⁴

Seus objetivos restringem-se apenas a isto: passar conhecimentos e informações. **Há uma renúncia**, assim, **à pretensão de uma educação que proveja as necessidades culturais da personalidade do ser humano numa perspectiva de integralidade, ao deixar de lado todos os demais componentes culturais**: valores, arte ciência, filosofia, direito, crenças, etc.⁴⁵

Esse é o modelo escolar criticado por Paulo Freire, denominado “educação bancária”, em que os conteúdos são depositados como o dinheiro o é em um banco, e posteriormente ‘sacado’ por meio de avaliações e provas.

Essa concepção sugere o homem como mero expectador e não re-criador do mundo, “concebe a sua consciência como algo especializado neles e não aos homens como ‘corpos conscientes’. (...) Uma consciência continente a receber permanentemente os depósitos que o mundo lhe faz, e que se vão transformando em seus conteúdos”⁴⁶. Assim, ao educador

⁴³ PARRO, Vítor Henrique. Educação como exercício do poder: crítica ao senso comum em educação, p. 21.

⁴⁴ PARRO, Vítor Henrique. Educação como exercício do poder, p. 80.

⁴⁵ PARRO, Vítor Henrique. Educação como exercício do poder, p. 51.

⁴⁶ FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido, p. 63.

cabe desempenhar o papel de disciplinar a entrada do mundo nos educandos, ‘enchendo-os’ de conteúdos.

Segundo FREIRE, essa educação bancária retira do aluno sua autonomia e sua liberdade por um processo de adaptação e apassivação para adequá-los ao mundo ⁴⁷

Essa educação como ‘prática de dominação’, mantenedora da ingenuidade dos educandos, preocupada em “indoutriná-los no sentido de sua acomodação ao mundo e opressão” ⁴⁸ foi adotada pela escola pública de antigamente, considerada uma escola de excelência para muitos, permanecendo em aplicação na maioria das escolas públicas e particulares de hoje (alguns modelos de ‘excelência’): o conteúdo é transmitido, depositado, e os resultados são observados por meio das provas, exames, vestibulares que avaliam o acúmulo de conteúdo pelo educando (não seu conhecimento); o sucesso de seus alunos corresponde a sua capacidade de memorização. Todavia, **esse modelo é criticado justamente por representar a não construção do conhecimento.**

2.2.2. Conceito crítico de educação

Um conceito crítico de educação, modelo democrático, reconhece a importância dos sujeitos que compõem a relação de educar. Não mais o conteúdo é o foco desse processo, mas sim os sujeitos que dele participam.

O educando aparece como sujeito, e como tal só atua segundo sua vontade, sua autonomia. Razão pela qual o educador deve desempenhar o papel de despertar no educando a vontade em aprender, tornando o ensino desejável.

⁴⁷ Importando uma prática, essa concepção só pode interessar a sistemas opressores, em que as grandes maiorias se adaptam às finalidades prescritas pelas minorias dominadoras. Razão pela qual um de seus objetivos fundamentais seja o de “dificultar o pensar autêntico”, pois “no momento em que se funda num conceito mecânico, estático, especializado da consciência e em eu transforma, por isto mesmo, os educandos em recipientes, em quase coisas não pode esconder sua marca necrófila.” (Pedagogia do oprimido, p.p54 e 65).

⁴⁸ FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido, p. 66.

Temos, assim, a necessidade de um diálogo entre educador e educando, entre dois sujeitos que atuam segundo uma relação de convivência democrática: sujeitos que se afirmam como tais e que atuam segundo sua vontade, sendo seu comportamento determinado pelo diálogo sem a imposição de qualquer constrangimento.⁴⁹

A comunicação entre educando e educador é imprescindível para que o pensar de ambos ganhe autenticidade; ‘mediados ambos pela realidade’. O pensar do educador não pode, então, ser imposto ao educando; ele deve surgir “na e pela comunicação, em torno de uma realidade”, pois apenas quando surgido de uma ação sobre o mundo que interceda nas consciências em comunicação ele terá sentido e proporcionará uma “superposição dos homens aos homens”⁵⁰.

Assim, por meio de uma ‘educação crítica’ os educandos são chamados a conhecer mediante uma reflexão analítica com seu educador. Essa é a prática educativa da liberdade, que implica a “negação do homem abstrato, isolado, solto, desligado de seu mundo”, que propõe uma reflexão autêntica sobre os homens em suas relação com o mundo⁵¹.

A educação visa a formação do homem em sua integralidade, capacitando-o para se tornar sujeito da história por meio da construção de sua cultura (e não objetivando a mera aprovação em exames e testes), o que envolve conhecimentos, informações, valores, crenças, ciência, arte, tecnologia, filosofia, direito, costumes...

A imperatividade da educação decorre da necessidade do homem em apropriar-se da bagagem cultural historicamente acumulada, vez que embora “autor da história pela produção da cultura, o homem ao nascer encontra-se inteiramente desprovido de qualquer traço cultural”. Essa educação corresponde, assim, a uma atualização histórico-cultural, sendo que o homem se torna mais humano “à medida que desenvolver suas potencialidades, que à sua natureza vai acrescentando cultura, pela apropriação de conhecimentos, informações, valores, crenças, habilidades artísticas etc. etc.”⁵²

⁴⁹ PARRO, Vítor Henrique. Educação como exercício do poder, p. 41.

⁵⁰ “O educador não é o que apenas educa, mas o que, enquanto educa, é educado, em diálogo com o educando que, ao ser educado também educa. Ambos se tornam assim sujeito do processo.” FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido, pp. 64 e 68.

⁵¹ FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido, p.70.

⁵² PARRO, Vítor Henrique. Educação como exercício do poder, pp. 24 e 25.

A educação mais adequada corresponde, assim, àquela que se apresente a mais completa em relação ao “desenvolvimento de todas as potencialidades do homem”, habilitando-o para lidar “com as múltiplas demandas que a vida vai constantemente lhe oferecer. Demandas de ordem econômica, material, mas também demandas afetivas, emocionais, igualmente capazes de alterar o delicado equilíbrio da sensibilidade humana.”⁵³

Seu conteúdo é, portanto, a própria cultura para a construção do homem⁵⁴.

Como ser histórico, ser social, o homem é um ser político que “só se realiza, só pode produzir sua materialidade, a partir do contato com os demais seres humanos, ou seja, a produção de sua existência, não se dá diretamente, mas mediada pela divisão social do trabalho”.⁵⁵

Essa concepção política do homem importa, para o conceito de educação, para a identificação do tipo de sociedade que se tem em mente em termos políticos e do tipo de homem que se pretende formar⁵⁶.

2.3. Educação no contexto de um Estado Democrático de Direito

Observado nosso contexto histórico de busca pela realização da democracia, de uma sociedade democrática, devemos atentar para as especificações das características do conceito de educação ora analisado.

⁵³ ALVIN, Márcia Cristina de Souza. A educação e a dignidade da pessoa humana, p. 185.

⁵⁴ Nicola ABBAGNANO, citado por Márcia Cristina de Souza Alvin, conceitua educação como a “transmissão das técnicas culturais que são as técnicas de uso, produção e comportamento, mediante as quais um grupo de homens é capaz de satisfazer suas necessidades, proteger-se contra a hostilidade do ambiente físico e biológico e trabalhar em conjunto, de modo mais ou menos ordenado e pacífico. Como o conjunto dessas técnicas se chama cultura, uma sociedade não pode sobreviver se sua cultura não é transmitida de geração para geração; as modalidades ou formas de realizar ou garantir essa transmissão chama-se educação”. (A educação e a dignidade da pessoa humana, p.184)

⁵⁵ PARRO, Vítor Henrique. Educação como exercício do poder, p. 26.

⁵⁶ Nesse sentido, FREIRE reconhece ser “a partir da situação presente, existencial, concreta, refletindo o conjunto de aspirações do povo, que poderemos organizar o conteúdo programático da educação ou da Ação Política”. (Pedagogia do oprimido, p. 86)

Quanto ao objetivo da educação em formar o homem histórico, sujeito da história, **numa conjuntura democrática devemos buscar a formação de um cidadão, afirmado em sua condição de sujeito e preparado para atuar democraticamente em sociedade.**

Numa democracia, os cidadãos são os titulares de direitos já existentes e de direitos em processo de expansão; razão pela qual se distingue o conceito de cidadania ativa, “aquela que institui o cidadão como portador de direitos e deveres, mas essencialmente participante da esfera pública e criador de novos direitos para abrir espaços de participação”⁵⁷.

Com relação à cultura como o conteúdo da educação, nela devem ser incluídos os valores da convivência democrática.⁵⁸

Em que pese a escola não tenha o poder de determinar por si só o tipo de sociedade em que vivemos pela formação de seus alunos, não se discute sua importância quanto à apreensão de valores e hábitos que favoreçam comportamentos democráticos. O estímulo ao desenvolvimento de uma personalidade compatível com a prática democrática não se adequa a uma fórmula de imposição do ensino aos educandos independentemente de sua vontade e de seu interesse _ situação que provoca o desenvolvimento de um “tipo de obediência e passividade que não é compatível com o exercício democrático de cidadãos autônomos, inculcando valores que favorecem a constituição de indivíduos acostumados a dominar os mais fracos e a obedecer sem resistência aos mais fortes”.⁵⁹

Faz-se necessária uma orientação do ensino no sentido da democratização e do desenvolvimento da autonomia do educando, na construção de “personalidades humano-históricas em seus alunos”⁶⁰, pois “falar em democracia e silenciar o povo é uma farsa. Falar em humanismo e negar os homens é uma mentira”⁶¹.

⁵⁷ BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania, Direitos Humanos e Democracia. *In* Fronteiras do Direito Contemporâneo. ARIENTE, Eduardo Altomare (Coord.), p. 115

⁵⁸ PARRO, Vítor Henrique. Educação como exercício do poder, p. 27.

⁵⁹ PARRO, Vítor Henrique. Educação como exercício do poder, p. 61.

⁶⁰ PARRO, Vítor Henrique. Educação como exercício do poder, p. 67.

⁶¹ FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido, p.82.

Uma verdadeira transformação no sentido de se buscar uma escola com a qualidade de ensino desejada ao auxílio na produção de uma sociedade democrática.⁶²

2.4. Relação entre educador e educando

A relação estabelecida entre educador (aquele que pretende modificar comportamentos alheios) e educando (aquele cujo comportamento se supõe seja passível de ser modificado) é reconhecida como uma relação de poder.

Quando nos atemos à **concepção comum de educação**, essa relação de poder **não enxerga no educando um sujeito de vontades**, mas sim um destinatário da transmissão elaborada pelo educador. Essa figura de mero receptor importa na ausência de sua participação ativa no processo educativo.

Segundo a **concepção crítica de educação**, o educando **participa ativamente no processo educativo**, apreendendo a cultura a ele apresentada segundo sua própria vontade, incorporando elementos que o “engrandecem e o fortalecem”, e interferindo no comportamento do educador, provocando mudanças em sua atuação de forma a “adequá-la às necessidades de aprendizagem do educando”.⁶³

A necessidade de optarmos pelo **conceito crítico de educação**, aquele em que se **objetiva o desenvolvimento do homem como o sujeito da história mediante a apreensão de sua cultura em suas mais diversas expressões**, depreende-se de nossa **opção pela construção de uma sociedade democrática fundada no reconhecimento da dignidade da pessoa humana como valor absoluto e incontestável a influenciar a construção de nossa sociedade.**

⁶² PARRO, Vítor Henrique. Educação como exercício do poder, p. 71. Embora não se possa “pretender que a transformação da escola seja suficiente para produzir o que se põe no horizonte como ideal de uma sociedade radicalmente democrática. Essa não é uma transformação suficiente, mas é uma transformação necessária.”

⁶³ PARRO, Vítor Henrique. Educação como exercício do poder, p. 46. Reconhece o autor que em uma “relação pedagógica verdadeiramente competente por parte do professor ou da escola, toda ação planejada para ensinar encerra a flexibilidade que permite modificá-la a partir da resposta do educando no processo de ensino”.

A concepção de que todos somos iguais em dignidade decorre de uma verdadeira revolução no pensamento da humanidade ⁶⁴. Essa dignidade reconhecida em KANT pela distinção de que o ser humano é único e insubstituível, cuja existência é um valor absoluto, um fim em si mesmo, reconhece no ser humano a “liberdade como fonte de vida ética”, sendo o ser humano o único ser “dotado de vontade, de preferências valorativas, de autonomia, de auto consciência”, depende assim da efetiva possibilidade do exercício de sua autonomia pelo ser humano. Exercício esse que depende de uma “capacitação” para o pensar, o poder identificar efetivas opções de escolha e realizar aquela que melhor lhe apreeça.

Precisamos bem delinear o conceito de educação que pretendemos para poder identificar no sistema de ensino o caminho por uma melhor educação institucionalizada.

Educar é capacitar o homem a exercer seu papel de sujeito da história, por meio da sua apreensão da cultura existente em suas diversas facetas; e não prepará-lo para o trabalho ou para ganhar dinheiro.

Educar é transformar a personalidade, do educador e do educando, na medida em que o processo pedagógico dialógico permite que ambos construam o conhecimento segundo suas próprias características e necessidades de aprendizagem; e não a mera transmissão de conteúdo.

Educar é se preocupar com a construção de um sujeito, que só se educa como sujeito e segundo sua vontade, como um ser atuante capaz de dialogar com o educador e estabelecer, com ele, a prática do aprendizado; e não a imposição arbitrária de conteúdo independentemente da subjetividade do educando.

Ao traçarmos esses elementos da educação, podemos atentar para a realidade de nosso sistema de ensino e identificar a raiz de seus problemas.

⁶⁴ Não há na história da humanidade precedentes do reconhecimento da igual dignidade entre os seres humanos; historicamente, verificamos processos de submissão de gênero, grupos sociais, etnias, etc. A submissão das mulheres ao gênero masculino e sua posição de inferioridade é uma barreira muito recentemente rompida, remontando à segunda metade do século XXI; situação semelhante à ocorrida com relação à coisificação de homens em razão de sua origem ou etnia por meio da escravidão.

2.5. Conseqüências da adoção da concepção comum de educação: evasão escolar, elevados índices de repetência, baixo grau de aprendizado

Tradicionalmente nosso sistema de ensino se desenvolve segundo o modelo comum de educação: aquele que foca no conteúdo a ser transmitido do educador, detentor do conhecimento, para o educando, seu depositário, e que não se preocupa com as personagens envolvidas no processo educacional.

Segundo uma metodologia em que educador e educando se relacionam conforme uma forma autoritária ou coercitiva de poder, caracterizado pela existência de conflito de vontade entre as partes e a imposição de um comportamento por aquela detentora do poder em detrimento da autonomia daquele que a ele se submete, o educando figura de forma passiva no processo educativo, devendo apreender aquilo que lhe é destinado, independentemente de sua vontade e de seu interesse.

Sendo o verdadeiro interesse “o sinal de que algum material, objeto, habilidade, ou o que quer que seja, está sendo apreciado de acordo com o que atualmente concorra para a marcha progressiva de uma ação, com a qual a pessoa se tenha identificado. Interesse verdadeiro, em suma, significa que uma pessoa se identificou consigo mesma, ou que se encontrou a si mesma, no curso de uma ação. E daí se identificou com o objeto, ou a forma de agir necessária à prossecução feliz de sua atividade” pois “em qualquer atividade em que o ser humano se empenhe com interesse há sempre uma expansão de impulsos e tendências, por certo período de tempo, de que resulta algum crescimento”⁶⁵.

Uma metodologia educacional que não observa o interesse do educando se consubstancia em um afronte à própria natureza humana que “tende, entretanto, a se deixar guiar pelo agradável de preferência ao desagradável”⁶⁶, acabando por provocar seu não empenho e a limitação de seu crescimento.

⁶⁵ DEWEY, John. Vida e educação, p. 85.

⁶⁶ DEWEY, John. Vida e educação, p. 60.

Nesse processo, não há o desenvolvimento do conhecimento pelos sujeitos. Não há participação do educando na construção da educação. Sendo o conteúdo depositado em detrimento de sua vontade, o educando por vezes é o destinatário de conteúdos que não se adequam à sua realidade, às suas necessidades concretas para sua formação como sujeito da história ⁶⁷.

Essa imposição acaba por **provocar o desinteresse do educando no processo de aprendizagem.** Desinteresse esse que se manifesta, especialmente, nos altos índices de evasão e de repetência escolar, e no baixo grau de aprendizado por parte dos alunos que apesar da manifesta abnegação acabam por concluir os ciclos de ensino.

2.5.1. Papel do professor

O fracasso do sistema educacional é, como regra, dedicado ao educando sob o argumento de que sendo o papel da escola e do educador desempenhado mediante a transmissão de todo o conteúdo, sua não assimilação decorre de uma inaptidão do educando que não aprende por que seu contexto é desfavorável ou porque ele próprio possui algum problema.

Todavia, o ser humano nasce desprovido de qualquer bagagem, diferencia-se pela aquisição desta no curso de sua vida pelo processo educacional, realizado fora e dentro da escola.

Nesse sentido, DEWEY concebe o processo educativo como a adequada interação “de um ser imaturo e não envolvido, a criança (...) e de certos fins e valores sociais representados pela experiência amadurecida do adulto”, sendo que uma relação “tendente a tornar fácil, livre e completa essa interação, é a essência da teoria educativa” ⁶⁸.

⁶⁷ Observada a natureza histórica do homem (elemento que o diferencia do animal), FREIRE nos esclarece a necessidade de uma educação voltada à realidade do homem com objeto em ser ‘universo temático’ ou ‘conjunto e temas geradores’ como forma de investigar o pensamento linguagem referido à realidade, os níveis de percepção desta realidade, a sua visão de mundo, em que se encontram envolvidos em seus ‘temas geradores’. Assim, “é na realidade mediatizadora, na consciência que dela tenhamos, educador e povo, que iremos buscar o conteúdo programático da educação”. (Pedagogia do oprimido, p. 87)

⁶⁸ DEWEY, John. Vida e educação, p. 42.

O educador é a figura mediadora do processo de construção da bagagem cultural, do conhecimento capaz de humanizar o educando. Como tal, tem a função indispensável de instigar a vontade do aprendiz e de instruí-lo em sua conquista. Razão pela qual, acaba por participar dessa construção. Sua tarefa é a de conduzir uma experiência viva e pessoal. Portanto, o que lhe importa, como mestre, são os modos por que a matéria se tornou uma parte daquela experiência; o processo por que esses elementos podem ser aproveitados; o modo como seu próprio conhecimento da matéria possa assisti-lo na interpretação dos desejos e atividades infantis, e, por fim, a descoberta do meio em que a criança deve ser colocada para que seu crescimento venha a ser devidamente orientado”⁶⁹.

Sendo o educador indiferente a essa construção, assumindo para tanto o papel de mero transmissor de conteúdo, despreocupado com a construção do ser humano, não pode ele eximir-se de sua responsabilidade pelo fracasso do processo educativo.

Nesse sentido, OLIVEIRA nos alerta para a regularização do fluxo em detrimento da qualidade de ensino, “um dos tradicionais mecanismos de exclusão da escola, reprovação seguido de evasão, está sendo minimizado. Esse processo coloca o sistema escolar, talvez pela primeira vez em nossa história educacional ante o desafio de assumir a responsabilidade pelo aprendizado de todas as crianças e jovens, responsabilizando-se por seu sucesso ou fracasso. A estratégia de culpabilização da vítima perde força”⁷⁰.

Pois bem, a principal função do educador é despertar no educando o interesse pelo aprendizado, o educar depende de o educando revelar-se um ser de vontade; se o educando não aprende, não é por culpa sua, mas sim porque aquele ensino ministrado não o foi de forma suficiente, ou adequada.⁷¹

Como bem nos ilustra Vitor PARRO, se o educando “não sabe, provavelmente a culpa não é sua. Pode haver muitos problemas, inclusive externos à escola, mas não é culpa da criança”; “se não houver aprendizado, não houve ensino. Conhecimento e informações qualquer computador tem, e não precisa de uma relação pedagógica para isso. Se queremos

⁶⁹ DEWEY, John. Vida e educação, p. 56.

⁷⁰ Da universalização do ensino fundamental ao desafio da qualidade: uma análise histórica, p.676.

⁷¹ “Dizer ‘a escola é boa, mas a criança não aprendeu porque não quis’ é o mesmo que dizer que a cirurgia foi um sucesso mas o paciente morreu.” PARRO, Vítor Henrique. Educação como exercício do poder, p. 86. DEWEY, John. Vida e educação, p. 61.

levantar a bandeira da dignidade e da importância da educação, não podemos aceitar que educadores desempenhem papel de computador. Os educadores devem fazer o seu papel de um ser humano que propicia condição de sujeito aos educandos, para que estes se façam sujeitos e aprendam. Essa é a condição educativa.”⁷²

Pois ao educador cabe trabalhar “para que as condições sejam tais que a criança por sua própria atividade, se oriente inevitavelmente naquela direção, para o seu pleno desenvolvimento. Que a criança cumpra seu destino tal qual é revelado nos tesouros da ciência, da arte e da indústria, ora existentes no mundo”⁷³

O papel do professor ultrapassa a mera transferência de conteúdo; educar mais do que isso corresponde a um passar os conhecimentos e as informações de forma que o educando os assimile; que se faça sujeito e por isso aprenda⁷⁴. O processo pedagógico corresponde a um ato de democracia na medida em que os sujeitos devem dialogar e que há o risco de que o educador não convença o educando, ou mesmo que este o convença do contrário. O papel do estudante deve ser ativo.

Todavia, nossa realidade nos mostra ainda a não aplicação dessa educação democrática pelo educador, razão pela qual nossos educandos, desinteressados pelo aprendizado, colocados à margem do processo de construção do conhecimento, em que pese o elevado índice de atendimento pela rede pública de ensino fundamental (quase alcança a totalidade), não progredem de forma eficaz em sua educação, provocando elevados índices de defasagem entre idade e série bem como de evasão escolar.

A indiferença do educador quanto às necessidades concretas do educando em seu processo de aprendizado, mediante o exercício de uma ‘educação bancária’ que não considera o educando um sujeito do processo educativo acaba por provocar a exacerbação da gravidade desses problemas.

⁷² PARRO, Vítor Henrique. Educação como exercício do poder, p. 87.

⁷³

⁷⁴ Em Emílio, ROUSSEAU descreve a necessidade da construção do conhecimento pelo educando que nada deve saber por que lhe disseste o educador, “e sim por que o compreende sozinho. Que ele não se avizinha à ciência, que a invente. Se jamais substituídes em seu espírito a autoridade à razão, ele não raciocinará mais; não será mais do que joguete da opinião dos outros.” (p. 175).

Assim, **para que o processo educativo se consolide nos moldes de uma educação democrática, preocupada com a formação do educando como um cidadão ativo e participante da construção de sua história, a postura do educador precisa ser modificada.**

No que diz respeito ao processo de alfabetização, porta de entrada para a apreensão da cultura pelos educandos e elemento necessário e indispensável a sua contextualização, **devem ser levados em conta as concretas necessidades do educando, necessidades essas decorrentes da realidade de seu meio.**

Essa consideração é fundamental **para que se estabeleça entre educador e educandos um diálogo democrático construtivo do conhecimento.**

CAPÍTULO III. DO DIREITO À EDUCAÇÃO

3.1. Histórico do direito à educação

A importância da educação para o processo de humanização, de consciência da natureza humana de ser da práxis, nos remonta à Antiguidade Clássica, aos ensinamentos de Platão.

Entretanto, o **reconhecimento da educação como um direito se efetivou a partir do nascimento do Estado de Direito como resultado das revoluções burguesas do século XVIII**; momento em que se iniciou um processo de positivação como forma de limitar o exercício do Poder pelos governantes e garantir o exercício das liberdades pelos cidadãos ⁷⁵.

A partir da Revolução Francesa, os ideais de igualdade e liberdade passaram a permear imaginário do mundo moderno como fundamentos de todo sistema de legislação. Ideais estes que compõem o sentido crítico de educação: “tornar o educando uma pessoa livre e consciente de sua condição de igualdade com todas as outras” ⁷⁶.

Essa educação, que possibilita o desenvolvimento humano em todas suas qualidades, tornando-o senhor de sua história, demonstra-se essencial para a formação de uma sociedade mais justa e igualitária, e indispensável para legitimação da soberania popular. O povo soberano, ativo e consciente, é a própria legitimação da ordem política ⁷⁷.

⁷⁵ O Estado Moderno surge em oposição aos Estados Absolutistas da Idade Média, característico pela concentração do Poder nas mãos de um Soberano que o detém por providência Divina e que pela sua origem impõe-se a todos os homens. Fundamento Divino esse retratado no capítulo 13 da Epístola dos Romanos nos seguintes termos: “Todo homem se submete às autoridades constituídas, pois não há autoridade que não venha de Deus, e as que existem foram estabelecidas por Deus. De modo que aquele que se revolta contra a autoridade opõe-se à ordem estabelecida por Deus. E os que se opõem atrairão sobre si a condenação” (*in* COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, p. 79)

⁷⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética...*, p. 243. Esse é o sentido da educação estabelecido por ROUSSEAU em Emílio. Toda ação humana resulta de uma vontade, determinada por “sua faculdade inteligente, seu poder de julgar” por que “o princípio de toda ação está na vontade de um ser livre” (...) e “não há verdadeira vontade sem liberdade”. Ao reconhecer a igualdade dos homens em todas as situações, estabelece a necessidade de ensinar “vosso aluno a amar todos os homens, inclusive os que os desdenham; fazei com que ele não se coloque em nenhuma classe, mas que se encontre em todas; falei diante dele, e com ternura, do gênero humano, com piedade até, mas nunca com desprezo”, pois “há no estado natural uma igualdade de fato real e indestrutível, porque é impossível nesse estado que a única diferença de homem para homem seja bastante grande para tornar um diferente do outro.” (pp. 318, 249 e 262)

⁷⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética...*, p. 230.

3.2. Educação no Estado Democrático de direito

Identificamos na democracia a característica fundamental desse Estado Moderno cuja soberania é pertencente a todos os cidadãos; responsáveis, ainda que indiretamente, por todas as decisões tomadas coletivamente ⁷⁸.

O Estado brasileiro se constitui, segundo estabelecido em nossa Constituição Federal, em um Estado Democrático ⁷⁹, compondo a democracia um dos fundamentos do Estado.

Segundo o modelo de um Estado Democrático de Direito adotado, temos o reconhecimento de uma conciliação do “Estado Social com as novas exigências para a garantia dos direitos fundamentais e sociais (...), passando a garantir o mínimo existencial ⁸⁰ em seu contorno máximo” ⁸¹.

Assim, cabe ao Estado intervir na sociedade para melhor assegurar a existência social, obrigando intervenções de caráter econômico e social tendentes a atingir a igualdade, mediante uma conciliação dos limites do poder estatal com as exigências da sociedade e da democracia ⁸².

⁷⁸ Nos recordam, Bobbio e Comparato, as condições de autonomia em que vivem os cidadãos, que, segundo Kant, têm o direito de obedecer apenas às leis de que eles mesmos sejam legislador. BOBBIO, A era dos direitos... COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos.

⁷⁹ Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:”

⁸⁰ O **mínimo existencial** corresponde às necessidades básicas que integram o princípio da liberdade, e por isso são fundamentos constitucionais e não se confundem com as questões de justiça básica. Seu fundamento, por conseguinte, está nas **condições para o exercício da liberdade**; sem o mínimo necessário à existência cessam as condições iniciais para a liberdade. Por exemplo, “a liberdade de expressão só se afirma se as pessoas souberem ler e escrever, donde se conclui que o ensino da leitura e da escrita é mínimo existencial” (TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial, pp. 3/6). Nessa linha de raciocínio, a educação fundamental inequivocamente constitui um mínimo existencial se observarmos os requisitos necessários ao exercício da democracia e da cidadania, que pressupõem uma atuação consciente do homem.

⁸¹ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial, pp. 24 a 27.

⁸² No Estado Social, os referentes da Constituição são o Estado e a Sociedade _ diferentemente do Estado Liberal que foca apenas no Estado e se caracteriza pelo Estado mínimo que tem por objetivo neutralizar e limitar o poder, caracterizando-se pela observância dos princípios (i) do compromisso conformador, (ii) da democratização da sociedade e (iii) do Estado de Direito Formal. Essa constituição, social-democrática, tem como objetivo conciliar as exigências sociais com os limites do poder estatal. (PALU, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos, p.31).

Originalmente, pode-se dizer que o conceito de democracia nos remetia a um ‘governo do povo’. Hoje, alguns distintos significados são atribuídos a esse instituto.

BENEVIDES conceitua democracia como o “**regime político da soberania popular e do respeito integral dos direitos humanos**, o que inclui o reconhecimento, proteção e promoção”⁸³. Assim, do ponto de vista de seu conteúdo, a democracia constitui um instrumento de “afirmação da liberdade e dos direitos fundamentais”⁸⁴.

Segundo o modelo democrático de organização política, pretende-se uma participação dos indivíduos nos bens sociais, segundo a perspectiva da forma democrática adotada.⁸⁵ Além das perspectivas de “igualdade diante da lei” e de “igualdade de participação política”, um Estado democrático deve garantir igualdade de condições sócio-econômicas básicas suficientes à garantia da dignidade da pessoa humana.⁸⁶

A composição do Estado se concretiza pela comunhão de seus cidadãos, de forma que sua atuação deve se guiar pelos interesses socialmente determinados no seio dessa sociedade. Panoramas social, econômico, cultural, tecnológico, entre outros, são determinantes à concretização da consciência estabelecida numa sociedade historicamente definida na qual podemos identificar o estabelecimento progressivo de novos valores.

Esses valores pautam a elaboração e a vigência das normas integrantes do ordenamento jurídico correspondente⁸⁷. Como bem nos descreve BENEVIDES, **direitos são condições para a realização de valores últimos e têm no apelo a esses valores o seu fundamento**

⁸⁸.

⁸³ BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. Cidadania. Direitos Humanos e Democracia, p. 115.

⁸⁴ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial, p.18.

⁸⁵ Para TORRES, a democracia pode assumir a forma de: (i) social democracia _ cujo processo político deve levar à plena afirmação dos direitos sociais, que passam a ser prioritários no contexto dos direitos; ou de (ii) democracia social _ se propõe a abrir o caminho político para a afirmação dos direitos sociais, que se harmonizam com o mínimo existencial; ou, segundo sua funcionalidade, (a) democracia participativa _ fundada na cidadania ativa, procura a afirmação dos direitos sociais; (b) democracia deliberativa _ visa estabelecer pelo discurso entre os membros da sociedade, o consenso sobre a distribuição dos bens. Pode-se observar que independentemente da forma democrática adotada, prevalece a busca pela participação de todos nos bens sociais. (TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial, pp.18 a 20).

⁸⁶ BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. Cidadania. Direitos Humanos e Democracia, p. 130.

⁸⁷ Esclarece Celso LAFER, ser o ordenamento jurídico uma entidade unitária que conserva sua identidade apesar das mudanças das normas que o compõem. (A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, p. 52.)

⁸⁸ SOARES, Maria Victória de Mesquita Benevides, Cidadania e Direitos Humanos.

A dignidade da pessoa humana⁸⁹ representa o valor essencial do Estado moderno no seio do qual seu respeito deve ser garantido, mediante o reconhecimento de direitos capazes de promovê-la⁹⁰. Sintetiza, portanto, em si, todos os direitos fundamentais.

A elevação da educação a um direito consubstanciou-se no reconhecimento de sua importância para a promoção da dignidade da pessoa humana⁹¹, em especial pela sua imprescindibilidade para o consciente exercício da cidadania⁹². Seu reconhecimento não resulta em mera positivação, mas essencialmente em sua exigibilidade por qualquer indivíduo que por ela, pode expandir “sem limites a capacidade universal humana de participar, de forma ativa e inteligente, da produção econômica e da gestão política, e de pensar e sentir na dimensão filosófica e artística”⁹³.

A educação é observada como um eficaz instrumento para a construção da dignidade, pois “o reconhecimento da dignidade da pessoa humana é operação que necessita de consciência viva e plena, sintonizada com o ambiente vital e com a sociedade. E a maneira mais segura de garantir essa consciência é o investimento, pessoal e social, na educação”⁹⁴.

⁹⁴.

⁸⁹ ‘dignidade é a qualidade própria da espécie humana que confere a todos e a cada um o direito à realização plena como ser em permanente inacabamento, à proteção de sua integridade física e psíquica, ao respeito a suas singularidades, ao respeito a certos bens e valores, em qualquer circunstância, mesmo quando não reconhecidos em leis ou tratados’, SOARES, Maria Victória de Mesquita Benevides, in SCHILLING, Flávia (org) Direitos Humanos e Educação: outras palavras, outras práticas, p. 12

⁹⁰ A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconhece em seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais. Em seu preâmbulo esclarece que o Estado Brasileiro tem como objetivo assegurar o exercício ‘dos direito sociais e individuais, a liberdade (...) , o desenvolvimento’.

⁹¹ Como discutido anteriormente, o núcleo do processo educativo é a natureza histórica do homem, consubstanciando-se a educação num instrumento pelo qual se capacita o homem a organizar seu pensamento e se tornar apto a exercer seu papel de sujeito da história. Todo homem é livre e único em sua dignidade, educá-lo importa em educá-lo para essa liberdade, para um agir consciente sobre o mundo.

⁹² BENEVIDES reconhece como direitos de cidadania todos aqueles individuais, políticos e sociais, econômicos e culturais estabelecidos pela Ordem Jurídica de um determinado Estado. Entretanto, no tocante a uma cidadania democrática, “não se restringe ao mero reconhecimento da existência desses direitos (em especial, do “direito a ter direitos” assinalado por Hanna Arendt), não prescinde de sua efetiva garantia e da participação ativa dos cidadãos nos processos decisórios da esfera pública”. E para o exercício de uma verdadeira participação, é preciso que seja colocado diante de reais opções e que seja capaz de conscientemente decidir dentre elas, o que se faz possível apenas quando consciente de sua realidade e de seu papel de sujeito da história. (Cidadania, Direitos Humanos e Democracia, pp. 118/9).

⁹³ Utopias revolucionárias e educação pública: rumos para uma nova “cidade ética”. PIOZZI, Patrícia, p. 722.

⁹⁴ ALVIN, Márcia Cristina de Souza. A educação e a dignidade da pessoa humana, p. 183.

Assim, “o ensino assume um papel primordial na construção de um espaço público no qual o voto esclarecido e a participação autônoma e criteriosa dos cidadãos comuns na administração garantam a “boa vida” comum, impedindo que os recursos teóricos dos demagogos e as habilidades executivas dos “competentes” sejam novas fontes de institucionalização e planejamento do domínio”⁹⁵.

O direito à educação é, nessa medida, compreendido como “corolário do direito à dignidade da pessoa humana”, no que diz respeito ao livre e pleno desenvolvimento de sua autonomia, “com os meios que propiciarão a busca do conhecimento indispensável ao seu crescimento pessoal, possibilitando a sua efetiva interação com a comunidade como um ser pensante e atuante”⁹⁶.

Seu reconhecimento se deu paralelamente em diversos textos internacionais e nas diversas Constituições dos Estados Modernos, observado um processo de ampliação do bloco de constitucionalidade a partir da incorporação dos direitos fundamentais, num processo de internacionalização dos direitos humanos e de constitucionalização do Direito Internacional⁹⁷.

Por **direito à educação** podemos identificar o direito de acesso à prestação educacional oferecida pelo Estado, e de sua responsabilidade seja via manutenção direta ou fiscalização de estabelecimentos escolares.

3.3. Reconhecimento do Direito à Educação pelo Direito Internacional

Em que pese a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, não trate da educação, a **Constituição Francesa de 1791**, de inspiração direta na Declaração, previa um “estabelecimento geral de socorros públicos para educar crianças abandonas”, assim como “uma **instrução pública comum a todos os cidadãos, gratuita no que respeita às partes do ensino indispensável para todos os homens**”.

⁹⁵ Utopias revolucionárias e educação pública: rumos para uma nova “cidade ética”. PIOZZI, Patrícia, p. 722.

⁹⁶ PORT, Otávio Henrique Martins. Os direitos sociais e econômicos, p. 116.

⁹⁷ GARCIA, Maria. Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade, pp. 315 a 319.

Já no século XX, a **Constituição Mexicana de 1917**, primeiro texto constitucional em que se consagraram os chamados direitos sociais, previu de forma detalhada a obrigatoriedade e a gratuidade da educação primária ⁹⁸. Todavia, apenas em **1936**, no texto da **Constituição russa**, pode-se falar no reconhecimento de um direito à educação ⁹⁹.

O Direito à Educação Fundamental é parcela essencial do Direito à Educação, reconhecido segundo a Teoria dos Direitos Humanos como um Direito Social, ou direito humano de Segunda Geração ¹⁰⁰.

⁹⁸ ARTICULO 3 - **La educación que imparte el Estado** - Federación, Estados, Municipios -, **tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él**, a la vez el amor a la patria y **la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia**: I. a. **Será democrática**, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo; c. **Contribuirá a la mejor convivencia humana**, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de los derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, sectas, de grupos, de sexos o de individuos; **VI. La educación primaria será obligatoria; VII. Toda la educación que el Estado imparta será gratuita**;

⁹⁹ Capítulo Cinco, 17. Para a finalidade de garantir aos trabalhadores o acesso ao conhecimento verdadeiro, a Federação **Russa Socialista Soviética República conjuntos si a tarefa de fornecer plena e geral educação gratuita para os trabalhadores e os camponeses pobres**.

¹⁰⁰ Cabe-nos lembrar que a Teoria dos Direitos Humanos reconhece na Dignidade da Pessoa Humana, compreendida como a “qualidade própria da espécie humana que confere a todos e a cada um o direito à realização plena como ser “em permanente inacabamento, à proteção de sua integridade física e psíquica, ao respeito a suas singularidades, ao respeito a certos bens e valores, em qualquer circunstância” (SCHILLING, Flávia (org) – “*Direitos Humanos e Educação: outras palavras, outras práticas*”, p. 12), o valor essencial do Estado moderno no seio do qual seu respeito deve ser garantido, mediante o reconhecimento de direitos capazes de promovê-la.

Os direitos humanos protegem valores formadores da dignidade da pessoa humana, historicamente reconhecidos. Guardam em si, além dessa qualidade histórica, cujo reconhecimento resulta do processo de reivindicações por novas liberdades em oposição a velhos poderes, características de naturalidade e universalidade. Todos os homens são seus detentores em decorrência de sua qualidade de ser humano, e seu reconhecimento abrange a pessoa humana em sua universalidade independentemente da sociedade de que seja membro _ exigibilidade, respeitabilidade e garantia são universais.

O reconhecimento dos direitos humanos em espécie tem uma efetivação gradual e contínua, e, por uma razão pedagógica, fora classificado em distintas dimensões, ou distintas gerações, em razão da qualidade do bem maior que visam proteger.

As Liberdades Públicas, direitos de primeira geração, correspondem à proteção do indivíduo contra uma atuação abusiva do Estado. Tem como característica a imposição de comportamentos omissivos aos Estados que devem abster-se de determinadas práticas de forma a preservar as liberdades civis dos indivíduos _ liberdade de expressão, de locomoção.

A segunda geração de direitos humanos ultrapassa o caráter individualista da primeira geração, as Liberdades Políticas e Sociais observam o indivíduo como membro de grupos sociais. Essa perspectiva de proteção do ser humano enseja a realização de políticas públicas que objetivem promoção da igualdade entre os indivíduos. Observa-se a necessidade de uma postura ativa do Estado, pois a promoção da dignidade da pessoa humana não depende tão somente da liberdade desse indivíduo, apregoada pela primeira geração, mas também de sua proteção pelo Estado capaz de promover a melhoria de condições sociais cuja realização implica em uma redução das desigualdades sociais. São exemplos de direitos sociais a proteção da instrução contra o analfabetismo (educação), a assistência para a invalidez e a velhice e as proteções em favor do trabalhador nas relações de trabalho.

3.3.1. Direito à educação no sistema global de direito humanos

Seu reconhecimento no plano internacional se deu em especial a partir da década de 40 do século passado, no contexto do pós Segunda Guerra Mundial, mediante a atuação da Organização das Nações Unidas (ONU), como entidade representativa da quase absoluta maioria dos Estados independentes do mundo contemporâneo, no processo de proteção e de regulamentação dos Direitos Humanos.

Em 1948, a organização consagrou um consenso acerca dos direitos de valor universal, destinados a todas as pessoas independentemente de sua origem, sexo, idade ou religião ou qualquer outra qualidade particular, por meio da **Declaração Universal dos Direitos Humanos**.

Observadas as características da liberdade no exercício de sua vida particular e no governo de seu país, a Declaração **reconhece a fundamentalidade do direito à educação que deve ser promovida no sentido de proporcionar o pleno desenvolvimento da personalidade humana mediante a imposição de sua universalidade e sua obrigatoriedade e gratuidade ao menos em seus graus elementares** ¹⁰¹.

Nesse contexto, regulamentou-se o sistema educacional brasileiro pela primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, texto que inaugurou a nova fase do tratamento direcionado à educação pela legislação brasileira, em 1961 ¹⁰².

A terceira geração de direitos humanos representa a transposição do indivíduo, ainda que considerado como membro de um grupo ou classe da sociedade. As liberdades coletivas, ou Direitos de Solidariedade, ensejam a proteção da humanidade amplamente considerada contra os danos resultantes das próprias relações humanas, nesse sentido, alcançando a proteção do meio ambiente e do mercado consumidor.

Hoje, já é consolidado o reconhecimento de uma quarta geração de Direitos Humanos, englobando direitos de preservação da própria espécie humana, como a proteção do Patrimônio Genético humano.

¹⁰¹ Art. XXVI “1. **Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais.** A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.” (g.n.)

¹⁰² “Conhecida como Lei 4024/61, a nossa primeira LDB garantiu igualdade de tratamento por parte do Poder Público para os estabelecimentos oficiais e particulares, o que garantia que as verbas públicas poderiam, inexoravelmente, ser carreadas para a rede particular de ensino em todos os graus.” “A Lei 4024/61 estabeleceu que os recursos públicos deveriam ser ‘aplicados preferencialmente na manutenção e desenvolvimento do sistema público de ensino’. A lei regulamentou a ‘concessão de bolsas bem como a

3.3.1.1. Direito à educação no Pacto Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais de 1966

Em 1966 a ONU elaborou, votou e aprovou o **Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, incorporado pela Ordem Jurídica brasileira por meio do Decreto n° 591, de 06 de julho de 1992, que **reconheceu e regulamentou**, dentre outros, o **Direito à educação fundamental**, estabelecendo diretrizes a serem seguidas pelos países signatários no sentido de compatibilizar seus ordenamentos jurídicos com o conteúdo apresentado.

Em seu art. 13, o Pacto reconhece o papel essencial da educação na promoção do pleno desenvolvimento da personalidade humana e na capacitação para o exercício da cidadania ¹⁰³. Reconhece, assim, a **educação fundamental como um direito de todos e uma obrigação dos Estados que assumem o compromisso de universalizá-la**. Essa **universalização deve ser imediata**, determinado às nações signatárias o dever de oferecê-la num prazo exíguo e determinado **a todos aqueles a que possa se direcionar, ou seja, a todos aqueles em idade escolar ou a que a ele não tiveram acesso em idade própria** ¹⁰⁴, diferentemente do tratamento direcionado ao ensino médio e superior, aos quais é reconhecida uma progressiva universalização ¹⁰⁵.

cooperação financeira da União com os Estados e Municípios e iniciativa privada sob a forma de subvenção, assistência técnica e financeira ‘para compra, construção ou reforma de prédios escolares e respectivas instalações e equipamento’” (GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. História da Educação brasileira, pp. 98 e 100)

¹⁰³ Art. 13 “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.” (g.n.)

¹⁰⁴ 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.”

¹⁰⁵ Art. 13 “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

Nesse sentido, o Pacto determina que nos Estados em que não se garanta, quando de sua assinatura, a obrigatoriedade ou gratuidade do ensino fundamental (primário), deverá ser elaborado num prazo de dois anos um plano de ação destinado a sua efetiva implementação.

Eventual inobservância ou descumprimento dos termos acordados no Pacto gera, para o Estado violador, sua responsabilização no contexto do Direito Internacional Público ¹⁰⁶

Assim, **segundo o Decreto 591 de 1992**, que incorporou o PIDESC à Ordem Jurídica brasileira, **o Estado brasileiro se compromete a adotar medidas no sentido de erradicar o analfabetismo, garantindo a imediata universalização do Ensino Fundamental gratuito mediante uma oferta obrigatória e gratuita.**

Por fim, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, internalizado por meio do Decreto Legislativo nº 56, de 1995, reconheceu em seu art. 13 o direito à educação fundamental obrigatória e gratuita ¹⁰⁷.

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. “ (g.n.)

¹⁰⁶ Art. 23 “Os estados-partes no presente Pacto concordam em que as medidas de ordem internacional, destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no referido Pacto, incluem, sobretudo, a conclusão de convenções, a adoção de recomendações, a prestação de assistência técnica e a organização, em conjunto com os governos interessados, e no intuito de efetuar consultas e realizar estudos, de reuniões regionais e de reuniões técnicas.”

¹⁰⁷ Protocolo de São Salvador, art. 13: Direito à educação: 1. **Toda pessoa tem direito à educação.** 2. Os Estados Partes neste Protocolo convêm em que a educação **deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais pela justiça e pela paz.** Convêm, também, em que a educação **deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos** raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz. 3. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação: a) **O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente;** b) O ensino de segundo grau/ em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional de segundo grau, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito; c) O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente/ pela implantação progressiva do ensino gratuito? d) **Deve-se promover ou intensificar/ na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau;** e) Deverão ser estabelecidos programas de ensino diferenciado para os deficientes, a fim de proporcionar instrução especial

3.4. Direito à educação no ordenamento jurídico brasileiro

A educação constou da primeira Constituição brasileira, Constituição do Império de 1824, em tópico específico que inspirava a idéia de um sistema nacional de educação e, segundo a qual, o Império deveria possuir escolas primárias, ginásios e universidades. Todavia, a realidade evidenciava um número insuficiente de professores e escolas e a falta de uma organização mínima para a educação nacional ¹⁰⁸.

Com a Proclamação da República, em 1889, aspirou-se a uma modificação no quadro estrutural da educação nacional. Todavia, não se concretizou tal aspiração, e já na década de 1920 verificou-se que o ensino público não aparecera como prioridade do governo: constatou-se 75% da população em idade escolar ou mais analfabeta ¹⁰⁹.

Na década de 1930, inaugurou-se um novo regime político no país, com o fim da República Velha e a instauração do Estado Novo. Nesse período, o país atravessou um processo de intensa urbanização e industrialização, que acabou por inspirar a elaboração de um plano de metas sobre a educação nacional voltado à sua instrumentalização como um suporte necessário ao desenvolvimento da industrialização (nossa população analfabeta era deficitária para atuar nas indústrias que se instalavam no país).

Em 1932, foi publicado o “**Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova**” que, assinado por diversos intelectuais da época, trouxe uma concepção pedagógica fundada na premissa de que ‘a educação varia sempre em função de uma ‘concepção de vida’, refletindo, em cada época, a filosofia predominante que é determinada, a seu turno, pela estrutura da sociedade’ ¹¹⁰.

O Manifesto reconhece um ‘**direito biológico**’ à **educação integral, que deve ser pública e acessível a todos, promovida pelo Estado** por meio da instituição de uma ‘escola

e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental. 4. De acordo com a legislação interna dos Estados Partes, os pais terão direito a escolher o tipo de educação a ser dada aos seus filhos, desde que esteja de acordo com os princípios enunciados acima. 5. Nada do disposto neste Protocolo será interpretado como restrição da liberdade dos particulares e entidades de estabelecer e dirigir instituições de ensino, de acordo com a legislação interna dos Estados Partes.

¹⁰⁸ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. História da Educação brasileira, p. 28.

¹⁰⁹ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. História da Educação brasileira, p.33.

¹¹⁰ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. História da Educação brasileira, p.43.

comum ou única’; “acessível em todos os seus graus a todos os cidadãos que a estrutura social do país mantém em condições de inferioridade econômica’, proporcionando a estes condições de máximo desenvolvimento ‘de acordo com as suas aptidões vitais.’”¹¹¹

Podemos verificar uma opção clara pela concepção crítica de educação à medida que o processo educativo deve atender para as aptidões próprias do educando.

A **Constituição de 1934** trouxe alguns ideais libertários, **concebendo a educação como um direito de todos e uma obrigação do Estado**, reconheceu a integralidade e gratuidade do ensino primário cuja frequência obrigatória extensiva seria aos adultos, e uma tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, a fim de torná-lo mais acessível¹¹².

Como forma de assegurar o cumprimento da norma constitucional, **estabeleceu uma dotação orçamentária para a educação**. À União e aos municípios incumbia a aplicação de no mínimo 10% e aos Estados e ao distrito federal a aplicação de nunca menos de 20% da renda advinda dos impostos no sistema educacional¹¹³.

Por seu lado, a Constituição de 1937 rompeu com o caráter democrático da Constituição de 1934. Retirou do Estado a obrigatoriedade na prestação educacional¹¹⁴; embora reconhecendo a gratuidade e obrigatoriedade do ensino primário, restringiu essa gratuidade

¹¹¹ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. História da Educação brasileira, p.44.

¹¹² Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, art. 150, Parágrafo único - O plano nacional de educação constante de lei federal, nos termos dos arts. 5º, nº XIV, e 39, nº 8, letras *a* e *e*, só se poderá renovar em prazos determinados, e obedecerá às seguintes normas: a) **ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória extensiva aos adultos**; b) **tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, a fim de o tornar mais acessível**; c) liberdade de ensino em todos os graus e ramos, observadas as prescrições da legislação federal e da estadual; d) ensino, nos estabelecimentos particulares, ministrado no idioma pátrio, salvo o de línguas estrangeiras; e) limitação da matrícula à capacidade didática do estabelecimento e seleção por meio de provas de inteligência e aproveitamento, ou por processos objetivos apropriados à finalidade do curso; f) reconhecimento dos estabelecimentos particulares de ensino somente quando assegurarem a seus professores a estabilidade, enquanto bem servirem, e uma remuneração condigna.

¹¹³ Art. 156 **A União e os Municípios aplicarão nunca menos de dez por cento, e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de vinte por cento, da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos**. Parágrafo único - Para a realização do ensino nas zonas rurais, a União reservará no mínimo, vinte por cento das cotas destinadas à educação no respectivo orçamento anual.

¹¹⁴ Art. 125 “A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O **Estado** não será estranho a esse dever, **colaborando, de maneira principal ou subsidiária, para facilitar a sua execução de suprir as deficiências e lacunas da educação particular.**”

aos ‘mais necessitados’¹¹⁵; por fim, não reconheceu dotação orçamentária para o fomento da educação.

Em 1945, termina o Estado Novo com a deposição de Getúlio Vargas e em 1946 é promulgada uma nova Constituição, que embora tenha buscado restaurar a normalidade democrática rompida pelo texto de 1937 conservou características do regime ditatorial¹¹⁶.

Em **1961** foi elaborada a primeira **Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 4.024)** que **restabeleceu a obrigatoriedade da prestação do ensino pelo Poder Público, e a preferência desse sistema público de ensino na aplicação dos recursos públicos.**

Aos 1963, uma pesquisa acerca da evolução educacional da população no país constatou que 7% dos alunos do curso primário chegavam à quarta série; e somente 1% dos alunos alcançava o ensino superior¹¹⁷. No intuito de melhorar essa realidade, instaurou-se um Plano Nacional de Educação que determinou ao Governo Federal a obrigatoriedade no investimento de no mínimo 12% dos recursos dos impostos arrecadados pela União para a educação. Todavia, em 1964, dois meses após o Golpe Militar, esse PNE fora extinto.

No curso da **Ditadura Militar**, período de grande repressão, inclusive intelectual, fora elaborada nossa **segunda Lei de Diretrizes e Bases da Educação, lei. 5692/71**, que não rompeu completamente com o texto anterior e incorporou os objetivos gerais do ensino expostos nos fins da educação, a necessidade de ‘proporcionar ao educando a formação necessária ao desenvolvimento de suas potencialidades como elemento de auto-realização, qualificação para o trabalho e preparo para o exercício consciente da cidadania’.

Como esperado, essa nova lei refletia, em boa medida, os princípios da Ditadura Militar, trouxe incorporação de determinações no sentido de uma ‘racionalização’ perversa do trabalho escolar e na adoção do ensino profissionalizante no segundo grau de forma

¹¹⁵ Art. 130 “**O ensino primário é obrigatório e gratuito.** A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados, assim, por ocasião da matrícula, **será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar, escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar.**”

¹¹⁶ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. História da Educação brasileira, p. 97.

¹¹⁷ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. História da Educação brasileira, p. 104.

absoluta e universal ¹¹⁸, rompendo definitivamente com uma proposta crítica de educação emancipatória.

Entre os anos 1960 e a década de 1980, o movimento renovador do ensino acabou adotando um ideário próprio, calcado na concepção pedagógica de Paulo Freire, cujos estudos focados em uma ‘pedagogia de libertação’ com fundamento na conscientização do homem quanto a sua realidade e sua condição de sujeito da história, foram vistos pela Ditadura como subversivos. Com o enfraquecimento do Regime, seus estudos foram sendo propagados de forma mais abrangente.

Já no período de declínio da ditadura, **fora criada a Associação Nacional da Educação, em 1979**, entidade que se reclamava “herdeira da luta dos educadores progressistas em prol do ensino público, gratuito, obrigatório, universal, laico e de boa qualidade.” ¹¹⁹

Com a **queda do Regime Militar** e a convocação de eleições diretas para os governos de estados em 1982 o ambiente de “liberdade política cresceu e, conseqüentemente, a movimentação teórica foi mais intensa, possibilitando novas visões para vários impasses teóricos no campo educacional.” ¹²⁰

Como forma de natural oposição ao regime substituído, a nova democracia se caracterizou por um apreço mais intenso à liberdade e a um maior respeito para com as instituições políticas democráticas. Contrário-senso, fora um período marcado pela acentuação das desigualdades sociais e pela extrema concentração de renda. ¹²¹

Com o advento da Constituição da República de 1988 (constituição Cidadã), o direito à educação fora concebido em patamares democráticos, nos termos da legislação

¹¹⁸ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. História da Educação brasileira, p. 124.

¹¹⁹ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. História da Educação brasileira, p. 144.

¹²⁰ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. História da Educação brasileira, p. 144.

¹²¹ “A situação de alta desigualdade e da extrema concentração de renda ainda persiste. Após vinte anos de democracia, portanto em 2005, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) divulgou que de 130 países selecionados, o Brasil ficava atrás somente de Serra Leoa, quanto à distância entre os mais ricos e os mais pobres. Além disso, se em outros países com índice desfavorável isso poderia ser atribuído a diversidades naturais, em nosso país tal resultado advinha única e exclusivamente de má distribuição social da renda e riquezas. A discussão da política educacional, o embate das idéias pedagógicas e a legislação, tudo isso, vem se dando sob essa situação econômica pouco favorável.”(GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. História da Educação brasileira, p. 160).

internacional incorporada pelo Estado: obrigatoriedade e gratuidade do ensino fundamental e progressiva implementação dos ensinos médio e superior.

CAPÍTULO IV. DA EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

4.1. Educação fundamental na Constituição da República de 1988

Em 1985 concretizou-se o fim da Ditadura Militar, com a eleição via Colégio eleitoral de Tancredo Neves (1986), principiando-se o processo de redemocratização ¹²² do país que já em 1990 elegeu, por voto direto, Fernando Collor de Mello como Presidente da República. No curso desse processo de redemocratização, convocou-se uma Assembléia Nacional Constituinte para que formulasse uma nova Constituição.

Em **1988**, com a promulgação da nova **Constituição da República**, a educação foi contemplada num contexto de exaltação dos princípios democráticos e de liberdade com uma vasta previsão constitucional.

A educação veio concebida não apenas em um tópico específico dentro da Ordem Social (título VIII, Capítulo III, Seção I, art. 205 e ss.), mas também espalhada em outros capítulos; fora reconhecida como um direito social, juntamente a outros, como saúde, trabalho, e segurança social (art. 6º), e incluída no Capítulo destinado à criança e à família como um direito prioritário (art. 227).

No que diz respeito ao seu tratamento em seção específica, fora definido o **objetivo primeiro da educação**, qual seja **proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho** (art. 205).

Em seu art. 206, a Constituição trouxe os **princípios sobre os quais o sistema de ensino deve se desenvolver**, dentre os quais destacamos a **igualdade de acesso e permanência na escola**; a **liberdade de ensino, pesquisa e aprendizado**; e a **garantia de padrão de qualidade** ¹²³.

¹²² O Regime Militar, iniciado em 1964 caracterizou-se por ser um período de intensa opressão e restrição de liberdades. Nesse contexto, a educação sofreu um forte impacto negativo. Logo após o golpe, fora extinto o então Plano Nacional de Educação (1962) que, entre outros, impunha ao Governo Federal, nos termos da LDBN 2.024/1961, a destinação de 12% de suas receitas arrecadadas com impostos para a educação e trazia metas quantitativas e qualitativamente bem definidas no sentido de promover a matrícula da totalidade de crianças entre 7 e 11 anos no ensino fundamental. Em 1971, 2 anos após a edição do Ato Institucional nº5, peça legislativa altamente antidemocrática, fora promulgada a LDBN 5.692/1971, que refletia os traços da ditadura militar verificados na incorporação de determinações no sentido de uma racionalização perversa do trabalho escolar e na adoção do ensino profissionalizante no Segundo Grau de forma absoluta e universal. (GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. História da Educação brasileira, pp. 104, 105 e 124)

¹²³ Art. 206. “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; VI - gestão democrática do

Já no art. 208, o constituinte trouxe algumas **garantias** como a **oferta obrigatória e gratuita do ensino fundamental (I)** e a **progressiva universalização do ensino médio gratuito (II)** ¹²⁴.

Ainda, **fora reconhecido**, de forma inovadora, **ao acesso ao “ensino obrigatório e gratuito” a condição de direito público subjetivo** (art.208, §1º), um direito do indivíduo, ainda que coletivamente considerado, a que corresponde uma prestação obrigatória pelo Estado, passível de ser exigida em juízo quando de seu descumprimento; efetivada mediante a previsão da responsabilização da autoridade competente _ prefeitos municipais e governadores de estado e distritais (art.208, §2º) _ pelo seu não oferecimento ou por sua oferta irregular.

No mais, a constituição previu a instituição de um **regime de colaboração entre os entes políticos** para a organização dos sistemas de ensino (art. 211), em especial entre Estados e Municípios para assegurar a universalização do ensino obrigatório (entes responsáveis pela oferta do ensino fundamental) (Art. 211, §§1º e 2º), e **determinou a vinculação de suas receitas em percentuais mínimos específicos a serem aplicados** anualmente na manutenção e no desenvolvimento do ensino ¹²⁵, **despesas essas posteriormente definidas e delineadas no texto da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBN, Lei 9.394/1996** ¹²⁶).

ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade; VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.”

¹²⁴ Art. 208 “O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria” texto original, alterado pela Emenda Constitucional n° 14, de 12 de setembro de 1996 que passou a vigorar com a seguinte redação “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos que a ele não tiveram acesso na idade própria”.

¹²⁵ O Art. 212 da Constituição Federal de 1988 determina que a União aplique 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”, observada a prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório (ensino fundamental). Essa vinculação de suas receitas para o desenvolvimento do ensino corresponde à norma de observância obrigatória, cuja inobservância importa em autorização da intervenção da União nos Estados e no Distrito federal e destes nos Municípios. (Art. 34 “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VII- assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências na manutenção do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.”) (Art. 35 “O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federa, exceto quando: III- não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.”)

¹²⁶ A LDBN de 1996 “considera como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais em todos os níveis; mas

Por fim, determinou fosse promulgada legislação que estabelecesse um **plano nacional de educação**, de duração plurianual, cujo objetivo fosse determinar a conjugação de esforços do Poder Público para a **erradicação do analfabetismo, universalização do atendimento escolar, melhoria da qualidade de ensino**, formação para o trabalho e promoção humanística, científica e tecnológica do país ¹²⁷.

4.2. Lei de diretrizes e bases da educação nacional: Lei 9.394/1996

Oito anos após a promulgação da Constituição Federal, a nova lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/1996) surgiu como resultado de um processo de intenso debate, parlamentar e extraparlamentar, mediante participação de entidades da sociedade com interesses diversos, porém convergentes, para a defesa do ensino público e gratuito ¹²⁸.

4.3. Da universalização do ensino fundamental

especificou que são as que se destinam à remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação, à aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino, ao uso e manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino, ao uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino, aos levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino, à realização de atividades-meios necessários ao funcionamento dos sistemas de ensino, à concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas, à amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender a essas despesas, à aquisição de material didático-escolar” e faz uma ressalva sobre as despesas que não considera serem de manutenção e desenvolvimento do ensino, como “aquelas realizadas com pesquisas quando não vinculadas à instituições de ensino, ou, quando efetivadas fora dos sistemas de ensino, que não visem, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão; nem com a subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural; nem com a formação de quadros especiais para a Administração Pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos; nem com programas suplementares de alimentação” ou mesmo com “pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento de ensino” (SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição, PP. 799 e 800.

¹²⁷ Art. 214. 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: I - **erradicação do analfabetismo**; II - **universalização do atendimento escolar**; III - **melhoria da qualidade do ensino**; IV - formação para o trabalho; V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.

¹²⁸ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. História da Educação brasileira, p. 170.

Com a Constituição de 1988 e a promulgação da LDBN 9.394/1996, rompeu-se com o então histórico de exclusão da Educação Fundamental no Brasil, de restrição de oferta e não atendimento de toda a população brasileira. É reconhecida a utilização desse direito como um dentre outros mecanismos para promover e assegurar a inclusão social daqueles que economicamente se encontravam distantes do Poder, hipossuficientes e incapazes de obter educação por seus próprios recursos.

Com a promulgação da **LDBN**, em 1996, fora inaugurada uma nova perspectiva acerca da proteção e da promoção da Educação. **Reforçou-se a necessidade de se promover a imediata erradicação do analfabetismo mediante a adoção de uma universalização consecutiva da Educação Fundamental, e a progressiva e gradual do ensino médio.**

4.3.1. Ensino fundamental:

Dispõe a Constituição da República de 1988 que a educação nacional se estrutura em educação básica e superior. Reconhece a obrigatoriedade do Estado na prestação da educação básica, correspondente aos ensinos infantil, fundamental e médio, que deverão ser prestados segundo as prioridades constitucionalmente estabelecidas.

Nesse mesmo sentido, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBN, Lei 9.394/1996):

Art. 21. A educação escolar compõe-se de:

I – a **educação básica**, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio;

II – **educação superior.**

Lei esta que disciplina ainda as finalidades a que correspondem essas modalidades de educação:

Art. 22. A **educação básica** tem por **finalidades** desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores.

Art. 27. Os **conteúdos curriculares** da educação básica observarão, ainda, as seguintes diretrizes:

I – a **difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática;**

II – consideração das condições de escolaridade dos alunos em cada estabelecimento;

III – orientação para o trabalho;

IV – promoção do desporto educacional e apoio às práticas desportivas não formais.

Art. 43. A **educação superior** tem por finalidade:

I – estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;

II – formar diplomados nas diferentes áreas do conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua.

III – incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;

IV – promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;

V – suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;

VI – estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;

VII – promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica geradas na instituição.

No tocante ao acesso ao **ensino fundamental de crianças e adolescentes em idade escolar**, compreendidos aqueles entre 6 (seis) e 15 (quinze) anos de idade, sua obrigatoriedade possui dois destinatários específicos, o Estado e a família. Seus objetivos relacionam-se à formação do cidadão, à promoção de sua inserção social:

LDBN, art. 32. O **ensino fundamental**, com duração mínima de oito anos, **obrigatório e gratuito na escola pública, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante:**

I – o **desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo;**

II – a **compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade;**

III – o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores;

IV – o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.

O **Estado tem a obrigação de ofertar gratuitamente** o ensino fundamental em **instituições oficiais sob pena de responsabilização da autoridade competente** pelo seu não oferecimento, ou por sua oferta irregular. Essa responsabilização é explicitamente reconhecida na CF/88, que elevou a educação ao nível dos direitos fundamentais ¹²⁹, em

¹²⁹ Título II: Dos direitos e garantias fundamentais; Capítulo II: Dos direitos sociais: art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Título VIII: Da ordem social; Capítulo III: Da educação, da cultura e do desporto: art. 205 “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

seu art. 208, §2º, e objeto de regulamentação via Estatuto da Criança e do Adolescente ¹³⁰ e Lei de Diretrizes Básicas da Educação ¹³¹.

4.3.2. Educação fundamental como um Direito Público Subjetivo

A Constituição Federal reconhece expressamente a qualidade de direito público subjetivo à educação fundamental:

Art. 208, § 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

Por direito público subjetivo devemos compreender a “capacidade reconhecida ao indivíduo em decorrência de sua posição especial como membro da comunidade, que se materializa no poder de colocar em movimento normas jurídicas no interesse individual” ¹³². Corresponde a um direito cujo objeto é a prestação de outrem, do Estado, no caso da educação consubstanciada no comportamento de ofertar de forma adequada o ensino fundamental, obrigatório e gratuito.

Corresponde a um controle da atuação do Estado, que tem o dever de se voltar ao “cumprimento dos objetivos e programas de ação governamentais constitucionalmente delineados”, permitindo ao “seu titular constranger judicialmente o Estado a executar o que deve” ¹³³, individual ou coletivamente, tendo como objeto a realização de políticas públicas de titularidade da coletividade.

Isso por que “a implantação de um sistema público adequado de educação interessa não apenas aos beneficiários diretos do serviço (alunos), mas à coletividade, já que a educação

¹³⁰ Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. art. 54: “é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria”. §1º “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. §2º “o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente”.

¹³¹ Art. 4º “O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;”

¹³² DUARTE, Clarisse Seixas. Direito público subjetivo e políticas públicas educacionais, p. 113.

¹³³ DUARTE, Clarisse Seixas. Direito público subjetivo e políticas públicas educacionais, pp. 114 e 115.

escolar constitui um meio de inserir as novas gerações no patrimônio cultural acumulado pela humanidade, dando-lhe continuidade”¹³⁴.

4.3.2.1. Obrigatoriedade da prestação do ensino fundamental

Devemos atentar para a diferente definição do conteúdo a ser definido como ‘direito público e subjetivo’ pela CF/88 e pela LDBN. Enquanto a CF qualifica desta forma o ‘acesso ao ensino obrigatório e gratuito’, a LDBN amplia seu objeto ao ‘ensino fundamental’¹³⁵. Uma ampliação que embora num primeiro momento possa parecer positiva, evidencia-se negativa, pois retira a característica de vantagem quando se direciona a qualquer direito; “quando há reclamação, por parte de um pai, de que um filho seu não recebe educação, isto, no Brasil, já deveria ser entendido como uma reclamação desse pai como quem quer receber ensino gratuito. Todavia, da maneira como o texto da LDB veio a ser fixado, o reclamante pouco reclamará, pois se ele solicitar ensino como um direito, o Estado poderá apontar para ele a escola particular paga ou a escola particular com bolsa paga pelo público como o local para ele alojar seus filhos”¹³⁶.

Tem ele, Estado, o dever de “se aparelhar para fornecer, a todos, os serviços educacionais, oferecer ensino, de acordo com os princípios e objetivos estatuidos na Constituição (...) mediante prestações estatais que garantam, no mínimo, os serviços consignados no art. 208”¹³⁷.

A existência desta **obrigação** para o Estado constitui uma relação jurídica que tem em seu outro pólo um sujeito ativo, titular do direito e da prestação que o sujeito passivo, Estado, está obrigado a satisfazer. Incorre no direito de todos a esse ensino, aspecto relevante

¹³⁴ DUARTE, Clarisse Seixas. Direito público subjetivo e políticas públicas educacionais, p. 115.

¹³⁵ Art. 5 °O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.”

¹³⁶ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. História da Educação brasileira, pp. 171 e 172.

¹³⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, 3ª edição.

reconhecido explicitamente no art. 208, §1º mediante a qualificação desse direito como um direito público subjetivo ¹³⁸.

A obrigação da família, ou da pessoa responsável pela criança ou pelo adolescente, reside na sua necessária matrícula em uma instituição de ensino oficial. Sua responsabilização pelo descumprimento dessa obrigação importa a imputação de medidas de proteção previstas no ECA ¹³⁹ alcançando, inclusive, a esfera penal, mediante a tipificação do crime de ‘abandono intelectual’ ¹⁴⁰.

4.3.2.1.1. Educação de Jovens e Adultos

Ao considerarmos os **destinatários do Direito à Educação Fundamental não mais em idade escolar**, denominada Educação de Jovens e Adultos (EJA), há que se fazer um breve comentário acerca de sua obrigatoriedade. O **texto originário da Constituição não previa qualquer distinção entre os destinatários ainda em idade escolar e aqueles com idade já superior à de 15 (quinze) anos** ¹⁴¹. Dessa forma poderíamos estender as considerações feitas anteriormente quanto à obrigatoriedade e responsabilidade do Estado:

¹³⁸ Posteriormente iremos comentar a importância da qualificação do direito à educação fundamental como direito público subjetivo, em especial comparativamente com demais direitos sociais, assim não qualificados pela Constituição e de exigibilidade questionada pela doutrina e pela jurisprudência.

¹³⁹ Art. 98: “As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta lei forem ameaçados ou violados: II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável”. Art. 101: “Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas: II – orientação, apoio e acompanhamento temporário; III – matrícula e frequência obrigatória em estabelecimento oficial de ensino fundamental.”

¹⁴⁰ Código Penal, art. 246: Abandono intelectual “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”.

¹⁴¹ Segundo o art. 38 da LDBN, a educação para jovens e adultos que não tiveram acesso ao ensino fundamental e médio em idade própria obedece a um critério etário, podendo participar dos cursos e exames supletivos do ensino fundamental aquele que contem com mais de quinze anos, e do ensino médio os maiores de 18 anos: Art. 38. “Os sistemas de ensino manterão cursos e exames supletivos, que compreenderão a base nacional comum do currículo, habilitando ao prosseguimento de estudos em caráter regular. §1º Os exames a que se refere este artigo realizar-se-ão: I – no nível de conclusão do ensino fundamental, para os maiores de quinze anos; II– no nível de conclusão do ensino médio, para os maiores de dezoito anos.”

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I- ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria.

Em 1996 foi aprovada a **Emenda Constitucional nº 14**, de 12 de setembro, que alterou a redação dada ao art. 208, I da CF/88. A partir de sua edição, abre-se a oportunidade para o questionamento acerca da retirada para o **Estado de sua responsabilidade pela oferta obrigatória do ensino fundamental para aqueles que não mais se encontram em idade escolar**.

As conseqüências advindas da modificação provocada pela edição da EC nº 14 serão objeto de análise em momento posterior.

4.3.2.2. Gratuidade na prestação do ensino fundamental

A **gratuidade** na oferta, por seu lado, alcança o Estado, impedindo-o de cobrar qualquer tipo de contraprestação pela oferta do ensino fundamental em instituições oficiais, em qualquer de suas modalidades (regular ou EJA).

Em 1998 fora elaborado, com fundamento na CF/88, na LDBN de 1996 e no Texto Mundial sobre educação para Todos ¹⁴², o **Plano Nacional de Educação** (PNE) cujos objetivos alcançavam a ‘elevação global do nível de escolaridade da população’; ‘a melhoria de qualidade de ensino em todos os níveis’; a ‘redução das desigualdades sociais e regionais no tocante ao acesso e à permanência, com sucesso, na educação pública’ e a ‘democratização da gestão do ensino público’.

¹⁴² Em 1990, fora sediada na Tailândia a Conferência Mundial de Educação para Todos, da qual o Brasil tomou parte, financiada pela UNESCO, UNICEF, PNUD e Banco Mundial, que concluiu seus trabalhos com a **Declaração Mundial de Educação para Todos**, documento que **trouxe metas** para todos os participantes, inclusive o Brasil, dentre as quais o **acesso universal à educação básica até o ano de 2000; melhoria nos resultados de aprendizagem; redução da taxa de analfabetismo dos adultos à metade do total de 1990 até o ano 2000** e modificações nas desigualdades entre índices de alfabetização de homens e mulheres. (GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. História da Educação brasileira, p. 192)

Esse PNE estabeleceu **prioridades**, reconhecida a escassez de recursos para promover de imediato todos os objetivos integralmente, segundo o “dever constitucional e as prioridades sociais”, quais sejam, a (i) **garantia do ingresso e permanência na escola de todas as crianças de 8 a 14 anos para a efetividade do ensino fundamental**; a (ii) **garantia de ensino fundamental a todos que a ele não tiveram acesso na idade própria ou que não a concluíram** e a (iii) **erradicação do analfabetismo**, considerando-se a alfabetização de jovens e adultos ¹⁴³ como ponto de partida e parte intrínseca desse nível de ensino.

Nossa realidade educacional hoje é reflexo direto desse processo de universalização do Ensino Fundamental. **Dentre a população hoje em idade escolar podemos verificar um índice superior a 97% de crianças e adolescentes regularmente matriculados em instituições de ensino fundamental.**

Embora esse atendimento seja quase universal, é dever ressaltar que isso não significa que o aluno, depois de matriculado, consiga sair da escola tendo efetivamente apreendido o conteúdo básico ministrado. Em 1996, durante a elaboração do PNE/1998, verificou-se que parcela das cerca de 3 milhões de crianças que se encontravam fora da escola já havia freqüentado a escola, mas a abandonara. A exclusão de crianças e adolescentes do processo de educação formal corresponderia, portanto, não a mera inexistência de vagas, mas estaria relacionado à precariedade do ensino e às condições de exclusão e marginalidade social em que vivem segmentos da população ¹⁴⁴, situação que acaba por provocar sua evasão.

A população brasileira que se encontra hoje fora da idade escolar enfrenta uma realidade preocupante: segundo o acréscimo da faixa etária, menor o índice da população que freqüentou e, especialmente, concluiu o ensino fundamental, menor o percentual da população alfabetizada.

Verificamos, portanto, um déficit na prestação do ensino fundamental hoje para a população que a ele não teve acesso em idade própria; apenas uma pequena parcela

¹⁴³ “A alfabetização dessa população é entendida no seu sentido amplo de domínio dos instrumentos básicos da cultura letrada, das operações matemáticas elementares, da evolução histórica da sociedade humana, da diversidade do espaço físico e político mundial e da constituição da sociedade brasileira. Envolve ainda a formação do cidadão responsável e consciente de seus direitos e deveres.” (GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. História da Educação brasileira, p. 194)

¹⁴⁴ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. História da Educação brasileira, p. 199.

deste público alvo se encontra matriculada em instituições de ensino oficiais em especial por sua não oferta ou por sua oferta irregular ¹⁴⁵, em desconformidade com o princípio de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, pelo Estado ¹⁴⁶.

CAPÍTULO V. PROTEÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

FUNDAMENTAL

5.1. Direito a educação e Direitos Fundamentais Sociais

¹⁴⁵ Somada a uma oferta insuficiente de vagas em instituições oficiais de ensino para a Educação Fundamental de Jovens e Adultos, a inadequação dos programas educacionais às reais condições do educando, em explícita desconformidade com a LDBN (art. 37, §1º: “Os sistemas de ensino assegurarão gratuitamente aos jovens e aos adultos, que não puderam efetuar os estudos na idade regular, oportunidades educacionais apropriadas, consideradas as características do alunado, seus interesses, condições de vida e de trabalho, mediante cursos e exames.”), é responsável pelo desinteresse desse público em frequentar as instituições ou mesmo pela desmotivação dos alunos matriculados que acabam por abandonar seus estudos. Dessa forma, constatamos que a maioria das pessoas que busca uma instituição de ensino hoje para iniciar ou para concluir sua educação básica o faz em virtude de necessidade mercadológica, ou seja, para atender a exigências do mercado de trabalho.

Nesses termos, a população que hoje se encontra fora ou em processo de saída do mercado de trabalho, próxima à faixa etária dos 60 anos, é a que concentra o maior índice de analfabetismo e menor índice de matrícula escolar.

¹⁴⁶ Art. 206 “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (CF/88)

O direito à educação, tal qual previsto no artigo 6º da Constituição Federal e detalhado no Título VIII, Capítulo III, entre os artigos 204 e 214, é **um direito fundamental de caráter social** cuja observação pelos cidadãos lhes permite aspirar a níveis mínimos de bem estar social. Seu objetivo maior reside na **promoção de políticas adequadas capazes de materializar condições de igualdade a todos, de justiça e de oportunidades na sociedade para que seja possível o alcance de patamares mínimos que garantam a dignidade** ¹⁴⁷.

O acesso à educação permite o **desenvolvimento do ser humano** e o alcance de conhecimentos que ensejam **sua transformação**, seu progresso. O desenvolvimento científico e cultural permite ao indivíduo uma mobilização social capaz de incorporá-lo à sociedade em que está inserido. Capacita-o ao exercício de uma atividade profissional, ao questionamento do desenvolvimento das políticas públicas implementadas pelo Estado, à obtenção da condição de **cidadão participativo**.

O direito a educação, como um direito social, encontra-se protegido pelas normas de direito interno ao Estado e pelas normas de direito internacional vigentes em nosso ordenamento. O regulamento do direito à Educação, portanto, se dá mediante a aplicação das normas Constitucionais vigentes, texto da Constituição da República de 1988, normas infraconstitucionais (caso da LDBN, Plano Nacional de Educação e ECA, por exemplo) e pelas normas de Direito Internacionais previstas nos Tratados de que o Brasil seja signatário (Carta da ONU, PIDESC, Convenção Americana de Direitos Humanos...)

Para encontrarmos a efetiva proteção dirigida a esse direito, devemos identificar o **sentido de proteção** a ele direcionado por essas normas e, verificado seu **caráter complementar**, definir o conteúdo preciso da defesa a ele direcionada pela Ordem Jurídica brasileira.

5.2. Tratados internacionais de direitos humanos e a Ordem jurídica brasileira:

¹⁴⁷ BOTO, Carlota – “*A educação escolar como direito humano de três gerações: identidades e universalismos*”, in Schilling, Flávia (org.), prefácio de Maria Victória Benevides, “*Direitos Humanos e Educação: outras Palavras*”, outras práticas, São Paulo, Cortez, 2005.

Num primeiro momento, buscamos identificar a proteção dos Tratados Internacionais de direitos humanos sobre o Direito à educação. Para tanto, devemos iniciar pelo posicionamento desses Tratados na ordem jurídica brasileira.

Segundo o posicionamento majoritário de nossa doutrina e de nossos tribunais superiores, **os tratados internacionais de que seja o Brasil signatário são incorporados ao ordenamento jurídico com força de norma infraconstitucional.**

No tocante aos Tratados de Direitos Humanos, objeto de interesse de nosso estudo, vale ressaltar a existência de uma divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza jurídica das normas incorporadas ao ordenamento interno até o ano de 2004; ano em que, por ocasião da EC n° 45, os tratados de direitos humanos que forem aprovados por cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação mediante uma maioria qualificada de 3/5 de seus respectivos membros têm natureza jurídica de norma constitucional¹⁴⁸.

Divergência essa que decorre da inexistência de uma regra de transição que reconhecesse de forma expressa a natureza jurídica das normas que incorporaram o texto dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil anteriormente à edição da EC n° 45.

Os tratados de que faremos uso na identificação da proteção direcionada ao direito à educação foram todos internalizados anteriormente a essa reforma constitucional e mediante um procedimento mais simples que aquele exigido pela EC n° 45 a fim de conferir-lhes natureza de norma constitucional. Assim, diante da inexistência de uma regulamentação expressa, a natureza jurídica das normas por eles veiculadas é classificada como de natureza constitucional ou infraconstitucional.

A Constituição Federal, em seu texto original, não trouxe qualquer previsão no sentido de reconhecer natureza constitucional às normas decorrentes dos tratados internacionais incorporados pela República. Assim, não poderiam ingressar na ordem jurídica interna sob

¹⁴⁸ A Emenda Constitucional n° 45, trouxe essa previsão por meio do art. 5º, §3º, CF/1988: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

outra hierarquia que não a de norma infraconstitucional, sujeitando-se à observância da supremacia da Constituição, não podendo afrontá-la em seu conteúdo.

Embora fosse esse o tratamento direcionado aos os tratados incorporados, aqueles que versassem sobre direitos humanos teriam um caráter especial com relação aos demais textos internacionais, merecendo, assim, “a outorga de **força supra-legal (...), de modo a dar aplicação direta às suas normas** – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.”¹⁴⁹ (g.n.)

Nesse sentido, MENDES advoga a tesa da supralegalidade “diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos”, não sendo “difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”¹⁵⁰.

Todavia, o **art. 5º, §2º, CF/88**¹⁵¹, ao reconhecer um regime de paridade entre os direitos e garantias expressos na Constituição e os não expressos, como os decorrentes dos Tratados Internacionais “aderidos” pelo Brasil, acaba por determinar que **os tratados internacionais sobre direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico brasileiro no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais**, e não em outro âmbito de hierarquia normativa.

Consustanciam-se em verdadeiras materializações constitucionais, ainda que estejam foram do texto constitucional. Razão pela qual merece ser reconhecida sua preponderância sobre a legislação interna infraconstitucional. Têm, assim, um caráter materialmente constitucional.

¹⁴⁹ Recurso Habeas Corpus 79.785/RJ, RTJ 183/1010-1012, 1022, Voto Ministro Relator Sepúlveda Pertence.

¹⁵⁰ MEDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, p. 670.

¹⁵¹ “§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Embora não integrem o texto formal da Constituição, reconhecemos sua natureza hierárquica de norma constitucional na medida em que complementam o rol de direitos e garantias fundamentais protegidos e ampliam o núcleo mínimo de direitos e garantias consagrados, compondo o chamado “bloco de constitucionalidade”¹⁵².

Os **instrumentos internacionais** de proteção dos direitos humanos, apesar de terem hierarquia constitucional, não se incorporam no texto da constituição propriamente. Eles **complementam o rol de direitos e garantias** fundamentais protegidos pela Lei fundamental, **ampliando o núcleo mínimo de direitos e garantias consagrados**. Dizer que os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, não significa dizer que estão dentro da constituição, mas sim que pertencem ao “bloco de constitucionalidade”.

LAFER reconhece no ‘bloco de constitucionalidade’ “a somatória daquilo que se adiciona na Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas”, razão pela qual “os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade”¹⁵³.

Nesse sentido, reconhecimento da natureza constitucional das normas veiculadas pelos tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento pátrio entre a promulgação da Constituição de 1988 e o advento da Emenda Constitucional n. 45, se posicionou o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Recurso Extraordinário em que se decidiu pela inconstitucionalidade da previsão normativa acerca da prisão civil do depositário infiel, conforme se evidencia no voto condutor do Ministro Gilmar Mendes¹⁵⁴:

¹⁵² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos, cidadania e educação: do pós segunda guerra à nova concepção introduzida pela Constituição de 1988, p. 482.

¹⁵³ A internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, racismo e relações internacionais, p. 17.

¹⁵⁴ Recurso Extraordinário 566.343-1, São Paulo. Voto-vogal Ministro Gilmar Ferreira Mendes, pp. 27 e 28.

“não obstante julgamentos de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496) inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa Celso LAFER, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais:

(1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição);

(2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o “iter” procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição); e

(3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é ‘a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita’, em função dos valores e princípios nela consagrados’.

Assim, eventual descumprimento do conteúdo de direitos e garantias fundamentais veiculado em um tratado internacional de direitos humanos ratificado pela República Federativa do Brasil importa não apenas a responsabilização internacional do Estado, como também a violação da própria Constituição que os ergueu à categoria de normas constitucionais.

Ainda, segundo o §1º deste mesmo art. 5º, todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata¹⁵⁵, razão pela qual os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil **entram em vigor imediatamente após sua ratificação**,

¹⁵⁵ § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

vinculando os poderes legislativo e judiciário. Dessa forma, as normas de direitos e garantias por ele trazidas passam a compor o rol de cláusulas pétreas reconhecido no art. 6º, § 4º, IV ¹⁵⁶. Vale ressaltar que trataremos mais adiante da extensão da proteção direcionada aos direitos e garantias fundamentais segundo a interpretação dada às cláusulas pétreas.

Em que pese essa breve explanação, essas normas indiscutivelmente fazem parte do ordenamento jurídico vigente e conforme trataremos a seguir, segundo o **caráter complementar** das normas que regulam direitos humanos (e direitos fundamentais), **no eventual conflito entre seus conteúdos, deve ser reconhecida validade àquela que trazer maior benefício quanto aos direitos especificamente analisados** _ independentemente da natureza sob a qual a reconheça.

Ainda, segundo o princípio da Vedação de Retrocesso, princípio essencial do sistema de direitos humanos, uma vez reconhecido um patamar de proteção específico a um direito dessa natureza, não se admite a aplicação das normas posteriormente surgidas no ordenamento que venham restringir ou suprimir os direitos da forma como anteriormente afirmados.

5.3. Sistema de proteção dos direitos humanos

O universo instrumental de proteção dos direitos humanos abrange os sistemas nacionais e internacionais (neste abrangidos tanto os sistemas regionais – Europeu e Americano, por exemplo - quanto o universal - sistema ONU), cuja atuação deve se promover em benefício dos indivíduos; “o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos_ garantindo os mesmos direitos_ é, pois, no sentido de ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos. O que importa é o grau de eficácia da proteção; e por isso, deve ser

¹⁵⁶ “em suma, **tendo ingressado tais tratados pela porta de entrada do parágrafo 2º, art. 5º**, da CF/88, passam eles, da mesma forma que aqueles direitos e garantias insertos no texto constitucional: A) a estar dentro dos **fundamentos da RFB**; B) permear os **objetivos fundamentais** do Estado brasileiro; C) ser **diretrizes que regem as relações internacionais** da RFB; D) **constituir cláusula pétrea** do texto constitucional, dando lugar à intervenção federal em caso de sua não observância.” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos, cidadania e educação, p. 486.

aplicada a norma que, no caso concreto, melhor proteja a vítima”¹⁵⁷ _ reconhece-se aqui o caráter complementar das normas de Direitos Humanos.

5.3.1. Dignidade da pessoa humana

A adoção da dignidade da pessoa humana como valor essencial dos sistemas de direitos humanos, implica a interação entre esses sistemas de forma a “proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção dos direitos fundamentais”, o que configura, ainda, a “lógica e a principiologia próprias do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Vale dizer, a lógica do Direito dos Direitos Humanos é, sobretudo, uma lógica material, inspirada no valor da dignidade humana”¹⁵⁸.

PIOVESAN reconhece no **princípio da dignidade da pessoa humana** o núcleo básico e informador do ordenamento, “critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”, “valor essencial que lhe doa unidade de sentido”; constitutivo de um princípio centralizador e unificador de todo o sistema normativo e de um “verdadeiro super-princípio constitucional, a norma maior a orientar o Constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-o de especial racionalidade, unidade e sentido”¹⁵⁹.

ALARCÓN reconhece na pessoa humana “um mundo de valores e de relações que participa de sua comunidade política. É um fim em si mesma, um centro de liberdades e complexidade que é único, indivisível e não intercambiário. É por isso que se afirma que a pessoa possui dignidade”¹⁶⁰.

BONAVIDES distingue na figura de um Estado Democrático de Direito, um “constitucionalismo que protege e consagra raiz na **dignidade da pessoa humana**, sem a qual a liberdade é abstração”, e que exige, para sua própria sobrevivência, “no exercício e cotidiano de suas funções, uma justificativa final, um título de legitimidade, cuja carência

¹⁵⁷ PIOVESAN. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana, p. 187.

¹⁵⁸ PIOVESAN. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana, p. 187.

¹⁵⁹ Direitos humanos e o princípio da dignidade humana, pp. 192 a 195.

¹⁶⁰ A dignidade da pessoa humana e o direito à educação da Constituição Federal de 1988, p. 458.

há de conduzir (...) ao governo de juízes, à ditadura constitucional da toga, o que seria um desastre e uma fatalidade para a democracia.”¹⁶¹

5.3.2. Direito à educação e os direitos sociais:

Como um direito social, o Direito à Educação se sujeita ao regramento delineado para o sistema de Direitos Humanos¹⁶² que, **em razão de sua natureza histórica, tem em sua essência a progressividade no reconhecimento de novos direitos** _ para a proteção de novas exigências desta dignidade.

A **dignidade da pessoa humana**, valor fundamental do Estado Moderno¹⁶³, é um conceito anterior à ordem jurídica, anterior ao próprio direito que, como criação humana, vive em função dela. Como **valor fundamental, seu respeito deve ser garantido mediante o reconhecimento de direitos que sejam capazes de promovê-la**.

Ao Estado cabe a garantia de que os homens se desenvolvam em liberdade, mediante a tutela de direitos que informam a dignidade humana. Uma liberdade não apenas formalmente reconhecida, mas materialmente considerada mediante a reclamação de condições mínimas de existência e destinada aos homens singularmente considerados e à humanidade como um todo unitário¹⁶⁴.

¹⁶¹ BONAVIDES. Curso de direito constitucional, p. 583.

¹⁶² A essência dos direitos humanos e dos direitos fundamentais é a mesma, o reconhecimento de direitos cuja observância e promoção se fazem necessários à garantia da dignidade da pessoa humana. Diferenciam-se quanto ao âmbito de sua vigência. Enquanto os direitos humanos são reconhecidos no panorama internacional, representado pelo Sistema Geral das Nações Unidas, de observância necessária por todos os Estados Nacionais, os direitos fundamentais correspondem ao conjunto de direitos reconhecidos internamente, por seu próprio ordenamento jurídico, por cada Estado.

¹⁶³ A Constituição Federal de 1988 reconhece na dignidade da pessoa humana um princípio fundamental da República, a harmonizar-se com os demais princípios enunciados no art. 1º: soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político.

¹⁶⁴ Podemos identificar nos Direitos Humanos de Primeira Dimensão, ou direitos de liberdade, o reconhecimento da igualdade formal entre os homens, sob o princípio fundamental de que somos todos iguais perante a lei, e por essa razão merecemos um tratamento igualitário, livre de discriminações de qualquer origem. Ao definirmos os direitos sociais, ou Direitos Humanos de Segunda Dimensão, encontramos a superação dessa igualdade formal mediante a necessidade do reconhecimento das diferenças existentes entre as pessoas, cuja superação para o alcance de uma verdadeira igualdade entre os homens necessita da adoção de medidas afirmativas que visem assegurar níveis essenciais de dignidade, expressa em cada um dos direitos que a informam, a cada um dos indivíduos, em paralelo ao implemento de medias conservatórias que impeçam eventual retrocesso com relação aos patamares já alcançados. Em razão desses objetivos, podemos

Nesse sentido, **os valores informadores da dignidade da pessoa humana guardam também uma qualidade histórica**, são diferentes conforme o contexto analisado. Tem a característica de resultar, seu reconhecimento, do processo de reivindicações por ‘novas liberdades’ em oposição a ‘velhos poderes’.

Nesse processo de reconhecimento, a **progressividade** se destaca pela necessária preservação de valores anteriormente reconhecidos ante ao reconhecimento dos novos valores. Assim, **o rol de direitos perfilhado tende a se ampliar mediante a agregação de novos elementos**.

Por essa razão, aos direitos de liberdade, direitos de primeira dimensão, foram agregados os direitos econômicos, culturais e sociais (segunda dimensão) e os direitos de solidariedade (terceira dimensão), passando então a compor uma unidade a ser integralmente observada na promoção da dignidade da pessoa humana.

5.4. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, inaugura o sistema internacional de proteção dos direitos humanos _ sistema global. Elaborada no seio da Organização das Nações Unidas, a Declaração traz uma interpretação autêntica da Carta da ONU que apenas reconheceu o dever dos Estados em proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais.

Delineando a proteção direcionada a esses direitos, estabelece uma verdadeira Teoria Geral dos Direitos Humanos, mediante o reconhecimento da dignidade da pessoa humana ¹⁶⁵ como o valor informador da ordem jurídica, interna e internacional.

concluir pela necessária complementaridade entre essas duas dimensões de direitos humanos. (ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles, p.89).

¹⁶⁵ “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 no mundo,”

A Carta une os discursos liberal e social, demonstrando que os direitos humanos não se sucedem, mas compõem um único bloco. Precedida de um preâmbulo com sete considerandos, se apodera do discurso liberal nos seus arts. 1º a 21º, trazendo direitos de liberdade, e se impregna do discurso social do século XIX e normativiza direitos de igualdade (direitos econômicos, sociais e culturais) a partir de seu art. 22º.

Embora não tenha a natureza jurídica de um tratado, mas sim uma Regulamentação internacional, possui força vinculante, sendo suas normas imperativas de direito internacional geral, aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional.

A Declaração Universal de 1948 também reconhece a irrevogabilidade de normas que reconheçam direitos e garantidas dessa natureza conforme podemos concluir pela leitura de sua proclamação em conjunto com seu artigo 30:

“Proclama a presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como ideal comum (...) por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e **por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação** universais e efetivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição.”(g.n.)

artigo 30: “**Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada** de maneira a envolver para qualquer Estado, agrupamento ou indivíduo o direito de se entregar a alguma atividade ou de praticar algum ato destinado a **destruir os direitos e liberdades aqui enunciados.**”(g.n.)

Ao promover reconhecimento e aplicação progressivos dos direitos e liberdades abordados no texto, observada a **vedação de uma interpretação da Declaração que seja restritiva dos direitos e liberdades enunciados**, a Declaração reconhece indubitavelmente o princípio da irrevogabilidade.

Ao identificarmos, como bem nos sugere COMPARATO ¹⁶⁶, no sistema de direitos humanos duas ordens de princípios fundamentais, a compreensão do significado de cada

¹⁶⁶ A afirmação histórica..., pp. 60 e ss.

ordem de princípios se faz indispensável à compreensão das espécies de direito reconhecidas em matéria de direitos humanos.

O professor identifica uma ordem de valores éticos supremos, correspondentes àqueles valores reafirmados no primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: liberdade, igualdade e fraternidade.

Pela análise destes princípios podemos determinar qual a ordem de valores a serem protegidos no processo de construção do sistema. Qual o conteúdo material das normas produzidas, reconhecidas; normas cujo objetivo maior deve se pautar pela verificação de ao menos um desses princípios.

Outra ordem, correspondente à lógica estrutural do conjunto, decorre especialmente do caráter histórico evolutivo da consciência ético-coletiva traduzida na formulação de novos direitos humanos.

Esses princípios estruturais, complementaridade solidária e irrevogabilidade, cuidam do processo de ampliação e aprofundamento dos novos direitos.

5.4.1. Princípio da complementaridade

Como aludido anteriormente, os direitos humanos são classificados em dimensões por uma razão didática, como forma de facilitar o seu estudo, e não em razão de alguma diferenciação quanto à importância ou prevalência de alguma dimensão em detrimento de outra.

Os direitos humanos são reconhecidamente meios para a preservação e a promoção da dignidade da pessoa humana, valor fundamental das ordens jurídicas internacional e nacional. Aparecem como expressões dessa dignidade, correspondem a valores supremos do ser humano que devem ser garantidos como forma de sua realização.

Nesse sentido, é reconhecida a complementaridade dos direitos humanos, cujas diversas dimensões devem ser concomitantemente conjugadas para a efetiva concretização da

dignidade da pessoa humana. Depreende-se que a promoção de uma das dimensões de direitos humanos em detrimento das demais mostra-se insuficiente e atentatório à plena realização do ser humano.

MAZZUOLI nos aponta a necessidade de conjugação da liberdade com a igualdade, dos direitos de liberdade com os direitos sociais, mediante a superação da tese dicotômica existente entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais ¹⁶⁷. Nesse sentido, já a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 reconheceu em seu preâmbulo a necessária relação de complementaridade entre esses direitos:

“Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que **decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,**” (Considerando nº 5).

A complementaridade foi ainda reconhecida no preâmbulo do Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais:

“Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, **o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos,**”

O sistema regional americano, a exemplo do sistema global, também reconheceu a necessidade de se observar a complementaridade entre os direitos humanos na sua realização como forma de promover efetivamente a dignidade da pessoa humana, nesse sentido:

¹⁶⁷ Direitos humanos, cidadania e educação: do pós-segunda guerra à nova concepção introduzida pela Constituição de 1988, pp. 476 a 478.

“Reiterando que, de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, **só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos civis e políticos; e**” (Preâmbulo Convenção Americana de Direitos Humanos Pacto de São José da Costa Rica)

“Considerando a **estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana**, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros;” (Preâmbulo Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, “Protocolo de São Salvador”)

5.4.2. Princípio da Proibição de Retrocesso

O sistema de proteção aos Direitos Humanos tem no princípio da proibição de retrocesso _ irrevogabilidade _ um de seus pilares estruturais, conforme previsto já no texto Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, conforme podemos concluir pela leitura de sua proclamação em conjunto com seu artigo 30°:

“Proclama a presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como ideal comum (...) por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e **por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação** universais e efetivos tanto entre as

populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição.”(g.n.)

artigo 30: “**Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada** de maneira a envolver para qualquer Estado, agrupamento ou indivíduo o direito de se entregar a alguma atividade ou de praticar algum ato destinado a **destruir os direitos e liberdades aqui enunciados.**”(g.n.)

Por meio sua aplicação, as normas de Direitos Humanos reconhecidas não poderão ter seu conteúdo esvaziado. Estabelece-se uma restrição ao Estado cuja atuação está limitada à preservação das normas por ele reconhecidas, reconhecida na impossibilidade de retrocesso em matéria de direitos humanos ¹⁶⁸.

Assim como o próprio sistema de proteção aos direitos humanos, o princípio da proibição de retrocesso _ por vezes chamado de princípio da inderrogabilidade ou de irrevogabilidade_ **resguarda o caráter histórico desse sistema, de *reconhecimento progressivo de direitos.***

Indissociável à proteção da dignidade da pessoa humana, o reconhecimento progressivo de direitos cuja proteção se faz necessária à observação da dignidade **pressupõe uma garantia de perpetuidade dos direitos reconhecidos de forma que seu conjunto seja ampliado de acordo com as exigências de justiça e dos valores éticos incorporados.**

A progressividade do reconhecimento corresponde, num sentido inverso de raciocínio, à impossibilidade de retrocesso desse reconhecimento. Essa é uma constatação lógica identificada por SARLET ¹⁶⁹ ao explicitar que aquele que causa um retrocesso deixa de realizar o progresso.

ABRAMOVICH reconhece a obrigação mínima assumida pelo Estado de ‘não regressividade’, isto é, a “proibição de adotar políticas e medidas, e por fim, de sancionar normas jurídicas que piorem a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais de que

¹⁶⁸ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado Internacional dos Direitos Humanos, p. 434 e ss.

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto de crise.

gozava a população ao momento da adoção do tratado internacional respectivo, ou bem cada melhora progressiva”. Dado que o Estado se obriga a melhorar a situação destes direitos, “simultaneamente assume a proibição de reduzir os níveis dos direitos vigentes, ou, em seu caso, de derrogar direitos já existentes. A obrigação do Estado é ampliativa, de forma que a derrogação ou redução dos direitos vigentes contradiz claramente o compromisso internacional assumido”¹⁷⁰.

Nesse sentido, o princípio do não retrocesso impede que as normas que reconheçam ou concretizem direitos humanos, sejam direitos de liberdade ou de igualdade, sejam posteriormente revogadas; no sentido de um avanço protetivo desse sistema normativo, nunca de seu esvaziamento.

Nesse sentido, a Observação Geral nº 3 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e culturais:

“o conceito de realização progressiva constitui um reconhecimento do fato de que a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais genericamente não poderá alcançar-se em um curto período de tempo. Neste sentido, a obrigação difere significativamente da contida no artigo 2 do PIDESC, que supõe uma obrigação imediata de respeitar e assegurar todos os direitos relevantes (...) Sem embargo, o fato de que o Pacto preveja que a **realização** requer um certo tempo, ou em outras palavras **seja progressiva, não deve ser mal interpretada no sentido de privar a obrigação de todo o conteúdo significativo**. Se trata por um lado de um mecanismo necessariamente flexível, que reflita as realidades do mundo real e as dificuldades que representa para todo país o significado o “asseguramento” de da plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro lado, a frase deve ser lida a luz do **objetivo geral, que constitui a razão de ser do Pacto**, é dizer, **o estabelecimento de obrigações claras aos Estados Parte a respeito da plena realização dos direitos em questão**. Por fim, impõe a obrigação de mover-se tão rápida e efetivamente como seja possível até meta”.
(ponto 9)

¹⁷⁰ Los Derechos Sociales como derechos exigibles, p. 94.

Transportado para o direito interno, o princípio da proibição de retrocesso impede a elaboração de normas que venham restringir direitos reconhecidos ou concretizados que tenham por objeto a proteção de um conteúdo de direito humano. No contexto da Constituição da República de 1988, a adoção de uma medida legislativa nesse sentido, de “qualquer tentativa em restringi-los ou aboli-los implica na inconstitucionalidade do ato, como bem nos esclarece PIOVESAN”¹⁷¹.

Embora a Declaração Universal tenha veiculado o reconhecimento de direitos, não trouxe instrumentos de proteção, merecendo, assim, ser complementado por dois instrumentos internacionais que trouxessem operacionalidade prática aos direitos nela reconhecidos, os Pactos Internacionais de (i) Direitos Civis e Políticos, e de (ii) Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966.

5.5. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC)

Elaborado também no contexto da Organização das Nações Unidas, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, regulamenta os denominados direitos humanos de segunda dimensão.

Diferentemente da Declaração Universal de 1948 que contou com a assinatura por quase todas as nações então existentes no mundo ocidental, o PIDESC, por trazer normas de observância obrigatória para os Estados que exigem uma atuação positiva do Estado no sentido de promover sua concretização por meio da implementação de políticas públicas (em razão da própria natureza dos direitos de ‘segunda dimensão’), como no caso do tratamento direcionado ao direito à educação, não ratificado por um número tão expressivo de países. O próprio Estado brasileiro aprovou sua ratificação apenas na década de 1990

¹⁷².

¹⁷¹ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.

¹⁷² Decreto 591 de 1992.

Intimamente atrelados às liberdades individuais, compreendidas na primeira dimensão dos direitos humanos, **os direitos de ‘segunda dimensão’ são responsáveis pela produção dos pressupostos fáticos “indispensáveis ao pleno exercício da liberdade, e sem os quais esta se converteria numa ficção”**¹⁷³. Pressupostos estes que se verificam no núcleo desses direitos, a exemplo da proteção da instrução contra o analfabetismo (educação).

São direitos que “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”¹⁷⁴. Em que pese essa divisão pedagógica em dimensões ou gerações de direitos humanos, são caracterizados pela indivisibilidade; componentes de uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, responsável pela combinação das espécies de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

A vedação ao retrocesso é reconhecida expressamente pelo PIDESC que em seu artigo 5º, item 2, e estabelece uma cláusula de salvaguarda contra a destruição de direitos, ou contra sua revogabilidade:

“Não pode ser admitida nenhuma restrição ou derrogação aos direitos fundamentais do homem reconhecidos ou em vigor, em qualquer país, em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconhece ou reconhece-os em menor grau.”

Em seu art. 2.1, o Pacto impõe aos Estados uma obrigação mínima em assegurar pelo menos níveis essenciais de cada um dos direitos nele reconhecidos:

“Cada estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico 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

¹⁷³ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, p. 521.

¹⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, p. 518.

presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.”

Nesse sentido, a progressividade possui duas facetas: o reconhecimento de que a **satisfação plena dos direitos estabelecidos supõe uma certa graduação para sua efetivação**, e da obrigação estatal em **melhorar as condições de gozo e exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais** ¹⁷⁵.

A característica fundamental de progressividade dos Direitos Humanos, normativamente reconhecida nos diversos textos internacionais de proteção e promoção desses direitos ¹⁷⁶, tem uma contrapartida imperativa: a impossibilidade de retrocesso.

Segundo essa proibição de retrocesso _ princípio reconhecido como basilar do Sistema de Direitos Humanos, e que irradia conseqüências também para os sistemas jurídicos dos Estados Modernos, fundados na dignidade da pessoa humana _ **as normas de direitos humanos não poderão ter seu conteúdo esvaziado**. Estabelece-se uma **restrição aos Estados cuja atuação, por meio da atividade legislativa, está limitada à preservação das normas de direitos humanos por ele reconhecidas**.

Apresenta-se, portanto, indissociável à proteção da dignidade da pessoa humana. O reconhecimento progressivo de direitos cuja proteção se faz necessária à observação da dignidade pressupõe uma garantia de perpetuidade dos direitos reconhecidos de forma que seu conjunto seja ampliado de acordo com as exigências de justiça e dos valores éticos incorporados.

¹⁷⁵ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Los Derechos Sociales como derechos exigibles, p. 93.

¹⁷⁶ Por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, proclama “como ideal comum (...) por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e **por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e sua aplicação universais e efetivos** tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição” e reconhece, em seu art. 30, que “**nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada** de maneira a envolver qualquer Estado, agrupamento ou indivíduo o direito de se entregar a alguma atividade ou de praticar algum ato destinado a **destruir os direitos e liberdades aqui enunciados**”. (g.n.)

Ainda, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, estabelece, em seu art. 5º, item 2, que “**Não pode ser admitida nenhuma restrição ou derrogação aos direitos fundamentais do homem reconhecidos ou em vigor**, em qualquer país, em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes., sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconhece ou reconhece-os em menor grau”. (g.n.) Cláusula de idêntico valor encontra-se discriminada no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966 (art. 5º, item 2).

A progressividade do reconhecimento corresponde, num sentido inverso de raciocínio, a impossibilidade de retrocesso desse reconhecimento. Essa é a constatação lógica identificada por SARLET ¹⁷⁷ ao explicar que aquele que causa um retrocesso deixa de realizar o progresso.

A **Constituição Federativa de 1988** incorporou diversas normas de direitos humanos, em suas distintas acepções (liberdades públicas, direitos sociais e direitos de solidariedade). O **reconhecimento da proibição de retrocesso** também foi efetivado pelo texto constitucional.

BARROSO reconhece na vedação de retrocesso um princípio constitucional implícito, decorrente do sistema jurídico-constitucional, segundo o qual **toda a regulamentação legal de um preceito constitucional mediante a instituição de um direito é incorporado ao “patrimônio jurídico da cidadania”, e por essa razão “não pode ser absolutamente suprimido”**. Dessa forma, “uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é um ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir de sua regulamentação” ¹⁷⁸.

Para SILVA, a proibição de retrocesso constitui um direito subjetivo negativo, sendo **“possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da constituição** (inclusive com os objetivos estabelecidos nas normas de conteúdo programático), **bem como rechaçar as medidas legislativas que venham, pura e simplesmente, subtrair supervenientemente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador”** ¹⁷⁹.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto de crise.

¹⁷⁸ Exemplifica o autor que “se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior”. BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas, pp. 158 e 159.

¹⁷⁹ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas constitucionais, p. 158.

Observadas as perspectivas acerca do reconhecimento do princípio da vedação ao retrocesso, podemos identificá-lo como decorrente do sistema constitucional, especialmente dos princípios ¹⁸⁰:

- do Estado Democrático e Social de Direito;
- da Dignidade da pessoa humana;
- da máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais;
- da segurança jurídica : proteção da confiança, vinculação dos órgãos estatais aos atos anteriores, limitação do poder legislativo à vontade expressa do Constituinte.

Sob a égide do Estado Democrático e Social de Direito, temos a imposição de um patamar mínimo de segurança jurídica que abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica de forma a proteger e garantir uma existência condigna para todos, cuja satisfação impõe a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar de dignidade ¹⁸¹.

A constituição Federal de 1988 reconhece em seu art. 5º, §1º ¹⁸², a imediata aplicação das normas de direitos fundamentais, alcançando também a maximização de um sistema garantidor dos direitos fundamentais, reclamando uma maior proteção do direito à segurança jurídica, direcionada contra medidas de caráter retrocessivo.

O texto constitucional expressamente prevê manifestações de proteção em face da adoção de medidas de cunho retroativo ¹⁸³, mas que se denotam insuficientes à proteção do universo de situações que integram a noção de segurança jurídica que, reconhecida no at. 5º, caput ¹⁸⁴, e no princípio do Estado Democrático e social de direito, impõe-se necessária a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso.

¹⁸⁰ PIOVESAN. Direitos Humanos e a jurisdição..., pp. 318 a 321.

¹⁸¹ CRFB/1988, art. 1º, caput e inciso III: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como **fundamentos: a dignidade da pessoa humana.**”

¹⁸² CRFB/1988, Art. 5º, §1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

¹⁸³ Notadamente a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, nos termos do Art. 5º, XXXVI.

¹⁸⁴ CRFB/1988, Art 5º, caput: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, **garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito** à vida, à liberdade, à igualdade, **à segurança** e à propriedade, nos termos seguintes.”

O reconhecimento desse princípio, por fim, importa uma necessária proteção dos direitos reconhecidos na constituição ou regulamentados infraconstitucionalmente contra uma atuação discricionária, se não arbitrária, por parte do Poder Público. Em que pese à autonomia governamental ou legislativa, tem-se como necessária a continuidade das políticas públicas praticadas e das normas jurídicas promulgadas ao longo dos sucessivos governos, importando uma vinculação dos órgãos estatais em relação aos atos anteriores.

Nesse sentido, **deve-se partir da vontade expressa do Poder Constituinte, ou seja, do texto original da Constituição da República, como limite à atuação do Poder Público,** ou seja, reconhecida a vinculação de sua atuação aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral na tomada de suas decisões. Segundo BARROSO, o reconhecimento da proibição de Retrocesso impede uma “frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando um retorno à situação de omissão anterior”¹⁸⁵.

Assim, as normas constitucionais devem ser interpretadas à luz dos princípios do Estado Social de Direito, da dignidade da pessoa humana, segurança jurídica e máxima efetividade dos direitos fundamentais como forma de se garantir a harmonia e coesão do ordenamento jurídico. Nesse sentido, a observância desses princípios é imperiosa tanto para a atuação do Poder Constitucional Reformador quanto para a “(d)o legislador ordinário e (d)os demais órgãos estatais, já que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança”¹⁸⁶.

Em qualquer hipótese, aos órgãos estatais dirige-se uma vedação à possibilidade de pura e simples supressão dos direitos sociais, ou a uma restrição que invada seu núcleo essencial ou que atente contra os princípios fundamentais da constituição.

5.6. Proibição de retrocesso e Mínimo existencial

¹⁸⁵ Luis Roberto Barroso, citado por PIOVESAN, Direitos Humanos e a jurisdição..., p. 320.

¹⁸⁶ PIOVESAN. Direitos Humanos e a jurisdição..., pp. 320 e 321.

Essa obrigação, de preservação dos direitos fundamentais, em especial dos direitos sociais, mediante a impossibilidade de restrições ou supressões ofensivas aos núcleos essenciais dos direitos reconhecidos, foi interpretada pelo Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (Comitê) como a essência das determinações trazidas pelo PIDESC. Razão pela qual desenvolveu a definição do que seriam os mínimos essenciais, núcleos, de alguns dos direitos reconhecidos ¹⁸⁷.

Embora não se confundam com a dignidade da pessoa humana, **estes núcleos estão diretamente conectados ao princípio da dignidade da pessoa humana por constituírem o “conjunto de prestações materiais indispensáveis a uma vida com dignidade”** ¹⁸⁸, reconhecido como ‘mínimo existencial’.

Por essa razão, **uma ofensa ao seu conteúdo implicaria uma ofensa diretamente perpetrada contra a dignidade da pessoa humana**, uma ofensa àquele que se consolida como princípio fundamental das ordens jurídicas internacional e nacional, **o que se deve considerar ilegítimo**.

Reconhece-se, assim, uma **obrigação mínima** dos Estados em **assegurar a satisfação de pelo menos níveis essenciais de cada um dos direitos**: é o ponto de partida que deve se dar até a sua plena efetividade. Essa obrigação, em alguns casos, implicara na adoção de medidas que importe em alguma ação positiva, quando o grau de satisfação do direito se encontre em níveis que não alcancem os mínimos exigíveis. Em outros casos, apenas requererá conservar a situação, em não retroceder.

Um Estado em que se verifique um número importante de indivíduos privados de alimentação essencial, atenção primária à saúde, abrigo e moradia básicos ou das formas mais básicas de ensino, não esta cumprindo suas obrigações. Se os Pactos se interpretarem de forma a não estabelecer obrigações mínimas, perderiam em grande medida sua razão de ser ¹⁸⁹.

¹⁸⁷ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Los Derechos Sociales como derechos exigibles, p. 89.

¹⁸⁸ Conf. PIOVESAN. Direitos Humanos e a jurisdição..., pp. 325 e 326.

¹⁸⁹ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Los Derechos Sociales como derechos exigibles, p. 89.

O conteúdo do ‘mínimo existencial’ não se restringe a uma mera garantia de sobrevivência física, mas alcança patamares de uma existência digna, correspondente a determinados patamares qualitativos indispensáveis a uma vida saudável ¹⁹⁰.

TORRES compreende o mínimo existencial como a esfera de ‘jusfundamentalidade’ dos direitos sociais. Reconhece uma transformação dos direitos sociais prestacionais em mínimo existencial no momento em que “são tocados pelos interesses fundamentais. A idéia de mínimo existencial, por conseguinte, se confunde com a de direitos fundamentais sociais *stricto sensu*” ¹⁹¹.

Observado o caráter histórico do ser humano, e do processo de sua atuação sobre o meio e de sua progressiva transformação, a mutação dos direitos sociais em mínimo existencial refere-se ao relacionamento entre “os valores éticos (liberdade, justiça, segurança e solidariedade), os princípios fundamentais (dignidade humana, cidadania, democracia e soberania), os princípios estruturais (Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático) e os princípios de legitimação (ponderação, razoabilidade e igualdade)”; relacionamento este capaz de identificar as necessidades básicas do ser humano para uma existência com dignidade ¹⁹².

Nesse sentido, referido autor reconhece que **com o não reconhecimento do “mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade”**, pois que seu fundamento está “nas condições para o exercício da liberdade, que alguns autores na liberdade para (*freedom to*), por oposição à liberdade de (*freedom from*), na liberdade real, por contraste com a liberdade formal” ¹⁹³.

O acesso aos bens conformadores do mínimo existencial apresenta-se indispensável para que o ser humano possa agir livremente; o exercício da liberdade encontra-se intimamente relacionado à verificação de condições fáticas que o fundamente, eis que “propiciar

¹⁹⁰ “não a dignidade humana em si, mas as condições mínimas para uma existência com dignidade constituem o objeto propício da prestação assistencial”, *in* SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 298.

¹⁹¹ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial,

¹⁹² A metamorfose dos direitos sociais..., pp. 1 a 3.

¹⁹³ A metamorfose dos direitos sociais..., pp. 5 a 7.

direitos ou salvaguardas políticas contra a intervenção do Estado no que diz respeito a homens que mal têm o que vestir, que são analfabetos, subnutridos e doentes, é o mesmo que caçar de sua condição: esses homens precisam de instrução ou cuidados médicos antes de poderem entender ou utilizar uma liberdade mais ampla”¹⁹⁴.

Pois, “sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Inversamente, sem a realidade dos direitos civil e políticos, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem, por sua vez, de verdadeira significação”¹⁹⁵.

Ressalvamos, uma vez mais, o caráter de complementaridade solidária dos direitos humanos, cuja divisão em dimensões tem um caráter eminentemente didático, verificado numa relação de permanente interação, de dependência e complementaridade, entre os valores protegidos por cada qual de suas dimensões: liberdade, justiça e solidariedade.

Nesse sentido, arrazoa PIOVESAN ser a garantia dos direitos civis e políticos “condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são”¹⁹⁶.

Ao tratar especificamente do direito à educação, o Comitê sustenta a obrigação mínima dos Estados em **velar pelo direito de acesso às instituições e programas de ensino públicos sem discriminação** alguma, **proporcionar ensino primário a todos** em conformidade com o texto do pacto¹⁹⁷.

Com relação ao direito à educação, reconhece-se no ensino fundamental, aquele em que se processa a alfabetização da pessoa, o seu núcleo ou mínimo existencial. Assim, o direito à alfabetização está protegido mediante a imposição de uma ação positiva do Estado no sentido de promovê-la aos níveis mínimos exigíveis e de uma vedação a

¹⁹⁴ BERLIN, Isaiah, Quatro ensaios sobre a liberdade, p. 183, citado por TORRES. A metamorfose dos direitos sociais, p. 6, nota 10.

¹⁹⁵ PIOVESAN. Direitos Humanos e o princípio da dignidade humana, p. 183.

¹⁹⁶ Direitos Humanos e o princípio da dignidade humana, p. 182.

¹⁹⁷ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Los Derechos Sociales como derechos exigibles, p. 90

medidas que importem algum retrocesso com relação aos patamares já reconhecidos (medida de conservação) ¹⁹⁸.

5.7. Pacto de São José da Costa Rica: Reconhecimento não retrocesso

O sistema regional americano é composto pela Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta de Bogotá OEA), que instituiu a OEA e traçou alguns parâmetros a sua organização, pela Declaração Americana de direitos e deveres do Homem (1948), que traça alguns delineamentos acerca dos direitos humanos, pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica (direitos civis e políticos)-1969) e pelo Protocolo Adicional ao PSJCR sobre direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de São Salvador-1988), sendo estes dois últimos os textos que sistematizam os direitos humanos e as obrigações estatais, e reconhecem os mecanismos de sua proteção.

A Convenção Americana de Direitos Humanos reconhece, a exemplo do elaborado pelo sistema global de proteção dos direitos humanos, o princípio da progressividade em matéria de direitos sociais, e consequentemente a vedação ao retrocesso:

Capítulo III - DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo: **Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências**, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a **fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura**, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

¹⁹⁸ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Los Derechos Sociales como derechos exigibles, p. 90

No mesmo sentido, o Protocolo Adicional em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, reconhece a necessidade de observância à progressividade:

Artigo I Obrigação de adotar medidas: Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, **a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.**

Razão pela qual podemos verificar que no plano internacional, tanto no sistema global (ONU) quanto no regional americano, existe um consenso acerca do reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso, e à conseqüente preservação do mínimo existencial em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

Passemos ao plano interno do Estado brasileiro.

5.8. CF/88: Reconhecimento não retrocesso

A proibição de retrocesso fora reconhecida de forma explícita pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, sob a vigência da CF/88, em distintos momentos, como no reconhecimento da proteção dos direitos adquiridos, ato jurídico perfeito e coisa julgada¹⁹⁹ como formas de preservação, de imutabilidade, das situações jurídicas subjetivas.

SARLET reconhece na necessidade de se promover o progresso, o ‘desenvolvimento nacional’, a expressão correspondente à vedação ao retrocesso; essa seria a implicação direta do dispositivo constante do artigo 3º, II, da nossa atual Constituição²⁰⁰. Ao instituir, o legislador constituinte, a garantia ao desenvolvimento nacional como um dos objetivos

¹⁹⁹ Constituição Federal, art. 5º, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

²⁰⁰ Art. 3º, II “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: garantir o desenvolvimento nacional”.

fundamentais da República, estaria reconhecendo a necessidade do progresso de nossa sociedade que, fundada na dignidade da pessoa humana, importa na irrevogabilidade em direitos humanos ²⁰¹.

Como acabamos de destacar, pode-se dizer que a CF/88 reconheceu a existência desse princípio ao determinar a garantia ao desenvolvimento nacional (artigo 3º, II).

Todavia, essa não seria a única forma de reconhecimento estabelecida pelo legislador constituinte. Também o faz ao perfilar a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental do Estado (artigo 1º, III); a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais estabelecidas pela República Federativa do Brasil (artigo 4º, II); e o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais, além daqueles expressos no texto constitucional, incluídos também os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, bem como dos tratados internacionais de que seja parte (artigo 5º, §2º) – com isso, o legislador determinou a inclusão do conteúdo dos textos internacionais incorporados pelo Brasil, inclusive em matéria de Direitos Humanos, dentre estes a proibição expressamente reconhecida pela Declaração Universal de Direitos Humanos, pelo PIDESC, pelo Pacto de São José da Costa Rica e pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo os três últimos ingressos na ordem jurídica brasileira por meio dos pelos Decreto 591, de 6 de julho de 1992, Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, e Decreto Legislativo 56, de 19 de abril de 1995, respectivamente.

5.8.1. Limites da proibição de retrocesso na ordem jurídica brasileira:

No estudo da limitação à atuação do poder legislativo no tocante à reforma de preceitos normativos veiculadores de normas de seu conteúdo, torna-se indispensável determinar até que ponto o legislador infraconstitucional pode voltar atrás quanto à implementação dos direitos fundamentais sociais, observados também os conteúdos dos objetivos trazidos pelo Poder Constituinte no âmbito das normas definidoras de direitos sociais.

²⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto de crise.

5.8.1.1. Mínimo existencial e o direito à educação

A educação escolar na ordem jurídica brasileira é estruturada em ensino superior e ensino básico, sendo este composto pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio ²⁰².

Para identificarmos o que venha a ser o mínimo existencial em matéria de direito à educação, devemos atentar aos objetivos pretendidos com o processo educacional.

Segundo o **conceito crítico de educação** (anteriormente defendido), esta deve visar à **formação de um cidadão ativo e participante da criação de sua história**. Essa concepção foi adotada pelo **Constituinte Originário** quando da formulação dos objetivos da educação deduzidos no texto constitucional, devendo visar “ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” ²⁰³.

A **CF/88 reconhece a essencialidade do ensino fundamental, concedendo exclusivamente a essa modalidade de ensino as qualidades de obrigatório e gratuito, bem como a correspondente natureza de direito público subjetivo** ²⁰⁴.

A **LDBN**, em seu art. 32, **reconhece quanto ao ensino fundamental o objetivo de promover a formação básica do cidadão** ²⁰⁵; por meio do qual se propicia o domínio

²⁰² Art. 21, LDBN.

²⁰³ Art. 205, CF/88.

²⁰⁴ Art. 208, I, (“Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria”) e §1º (“O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.”)

²⁰⁵ Art. 32. O ensino fundamental, com duração mínima de oito anos, obrigatório e gratuito na escola pública, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante:

I – o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo;

II – a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade;

III – o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores;

IV – o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.

pleno da leitura, da escrita e do cálculo, meios necessários “para o desenvolvimento da capacidade de aprender e de se relacionar no meio social e político”²⁰⁶.

O Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, conforme anteriormente aludido, ao tratar das obrigações mínimas dos Estados com relação aos direitos reconhecidos no PIDESC, **reconhece** no tocante ao direito a educação **a obrigação mínima dos Estados em proporcionar, sem discriminação alguma, o ensino primário _ ensino fundamental**. Sustenta a obrigação mínima dos Estados em **velar pelo direito de acesso às instituições e programas de ensino públicos sem discriminação** alguma, **proporcionar ensino primário a todos** em conformidade com o texto do pacto²⁰⁷.

No mesmo sentido, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre direitos econômicos, sociais e políticos, que em seu art. 13 reconhece indubitável preferência ao ensino fundamental, reconhecido como obrigatório e gratuito, diferentemente dos demais níveis de ensino²⁰⁸.

A Constituição de 1988 está em perfeita adequação aos compromissos internacionais assumidos pela República Federativa mediante a ratificação do PIDESC e do Pacto de São Salvador, ao reconhecer em seu art. 208 a gratuidade e obrigatoriedade na prestação da educação fundamental.

Podemos, portanto, reconhecer no **ensino fundamental o núcleo essencial, ou o mínimo existencial, do direito à educação**, aquela parcela do direito capaz de proporcionar os elementos necessários a uma vida digna.

²⁰⁶ Plano Nacional de educação, item 2.1: “De acordo com a Constituição Brasileira, o ensino fundamental é obrigatório e gratuito. O art. 208 preconiza a garantia de sua oferta, inclusive para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria. É básico na formação do cidadão, pois de acordo com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em seu art. 32, o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo constituem meios para o desenvolvimento da capacidade de aprender e de se relacionar no meio social e político. É prioridade oferecê-lo a toda população brasileira.”

²⁰⁷ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Los Derechos Sociales como derechos exigibles, p.90.

²⁰⁸ Artigo 13 Direito à educação: 3. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que, **a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação**: a) **O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente**; b) O ensino de segundo grau/ em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional de segundo grau, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito; c) O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente/ pela implantação progressiva do ensino gratuito

Assim, temos no direito à educação fundamental o núcleo do direito à educação, cuja observância se faz obrigatória no sentido de preservar a extensão e proteção hoje reconhecida, evitando-se a promoção de qualquer texto normativo, constitucional ou infraconstitucional, que tenha por objeto reduzir ou suprimir-lhe sua extensão.

Concluimos que, **com relação ao direito à educação, o ensino fundamental, por constituir seu núcleo essencial (ou mínimo existencial) está protegido contra qualquer atuação corrosiva do poder legislativo, constitucional ou, com maior razão, infraconstitucional.**

Temos com isso que os preceitos relacionados à educação fundamental veiculados no texto originário trazido pela CF/88, que reconhece a obrigatoriedade e a gratuidade na oferta dessa modalidade de ensino, bem como sua natureza de direito público subjetivo não podem ser restringidos ou suprimidos pelo poder legislativo infraconstitucional, nem mesmo pelo Poder Constituinte Reformador. É possível apenas a adoção de medidas legislativas que venham ampliar o seu conteúdo ou sua proteção.

CAPÍTULO VI. PROTEÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

6.1. Princípio da proibição de retrocesso e o poder de reforma constitucional

Devemos observar a vontade expressa do Poder Constituinte Originário para estabelecermos um parâmetro, um limite à atuação dos Poderes Públicos.

O constituinte de 1988 delimitou no art. 60, §4º, IV, do texto constitucional um rol expresso de limites materiais (núcleo duro da Constituição) ao Poder de Reforma constitucional como forma de preservar suas decisões fundamentais e evitar eventual destruição da ordem constitucional.

Segundo as teorias constitucionalistas, o texto constitucional não deve ser absolutamente imutável, sob pena de importar em sua inadequação à realidade social, naturalmente mutável em razão da essência histórica do ser humano.

Reconhece-se a necessidade da existência de um Poder Constituinte Reformador capaz de implementar as necessárias modificações no texto constitucional de forma a promover sua adequação à realidade social, superando, assim, o mito da ‘imutabilidade constitucional’.

Isso porque, “embora as constituições sejam concebidas para durar no tempo, a evolução dos fatos sociais pode reclamar ajustes na vontade expressa no documento do poder constituinte originário. Para prevenir os efeitos nefastos de um engessamento de todo o texto constitucional, o próprio poder constituinte originário prevê a possibilidade de um poder, por ele instituído, vir alterar a Lei Maior. Aceita-se, então, que a constituição seja alterada, justamente com a finalidade de regenerá-la, conservá-la na sua essência.”²⁰⁹

O exercício do Poder Reformador, todavia, não pode ser ilimitado sob pena de usurpar o Poder Constituinte Originário, a quem legitimamente cabe a elaboração do texto constitucional por se tratar de um poder “assentado sobre a vontade dos governados e tendo por base o princípio democrático da participação”²¹⁰.

Trata-se do exercício de uma competência²¹¹ constitucionalmente reconhecida e delimitada, de “um poder instituído (...) sujeito a limitações de forma e de conteúdo”²¹², sendo, “por sua natureza jurídica mesma um poder limitado, contido num quadro de limitações explícitas e implícitas, decorrentes da Constituição, a cujos princípios se sujeita, em seu exercício, o órgão revisor”²¹³.

²⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, p. 213

²¹⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, p. 160.

²¹¹ Segundo SARLET, “enquanto o Poder Constituinte Originário costuma ser caracterizado como incondicionado, autônomo e ilimitado (pelo menos no que diz com o Poder Constituinte formal), o Poder Constituinte Reformador revela-se um poder juridicamente limitado, distinguindo-se pelo seu caráter derivado e condicionado e sujeito às restrições previstas pelo Constituinte. Neste sentido (...) o Poder Constituinte Reformador assume a feição de uma competência, já que juridicamente vinculado às normas de competência, organização e procedimento ditadas pelo primeiro”. *In* A eficácia dos direitos fundamentais, p. 415.

²¹² MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, p. 215.

²¹³ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, p. 198.

Nos concentremos nos limites de conteúdo, ou limites materiais ao poder de reforma constitucional.

A existência de limites materiais ao exercício do poder de reforma do texto constitucional tem como finalidade preservar aqueles valores conformadores da essência, do texto constitucional segundo o entendimento do Constituinte Originário. “Os limites materiais se prestam à preservação das decisões fundamentais do constituinte, as quais, afastadas da incidência da ação reformadora do Poder Derivado, asseguram a perpetuidade do núcleo duro da constituição”²¹⁴.

Observado que “a reforma da constituição tem por objetivo realizar a própria Constituição como um todo, é de entender que a identidade básica do texto deve ser preservada, o que, por si só, já significa um limite à atividade de reforma. O próprio constituinte originário pode indicar os princípios que não admite sejam modificados, como forma de manter a unidade no tempo de seu trabalho”²¹⁵. “A existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte, evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem constitucional, de tal sorte que por detrás da previsão destes limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração”²¹⁶.

Assim, se a possibilidade de reforma da Constituição impossibilita um profundo descompasso com a realidade social, econômica, política e cultural, “a garantia de certos conteúdos essenciais protege a Constituição contra os casuísmos da política e o absolutismo das maiorias (mesmo qualificadas) parlamentares. Os limites à reforma constitucional, de modo especial, os de cunho material, traçam, neste sentido, a distinção entre o desenvolvimento constitucional e a ruptura da ordem constitucional por métodos

²¹⁴ BEDÊ, Fayga Silveira. *Sísifo no limite do imponderável ou os direitos sociais como limites ao poder Reformador*, p. 101. Nesse mesmo sentido, SARLET reconhece que “a vedação de certas alterações da Constituição tem os seus olhos sempre voltados para o futuro, já que o núcleo da Constituição atual passa, de certa forma (adquirindo permanência), a ser vigente também no futuro” (*In A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 419).

²¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 215.

²¹⁶ SARLET. Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 419.

ilegais (neste caso, inconstitucionais), não tendo, porém o condão de impedir (mas evitar) a frustração da vontade da Constituição, nem o de proibir o recurso à revolução”²¹⁷.

6.2. Limites materiais ao exercício do poder de reforma constitucional

Em se tratando dos princípios expressamente qualificados pelo próprio constituinte originário como imodificáveis temos os limites materiais explícitos, ou cláusulas pétreas. Nesse sentido, a Constituição da República brasileira de 1988 trouxe como limitações explícitas a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de Poderes; e os direitos e garantias individuais²¹⁸.

Não se restringindo a perfilhar limites materiais explícitos, a doutrina majoritária reconhece a existência de limites materiais implícitos, limitações “tácitas, decorrentes dos princípios e do espírito da constituição”²¹⁹ que também cumprem a função protetiva da Constituição, consubstanciando “princípios estruturais que – concernentes à identidade constitucional - não podem ser reformados em seu núcleo, sob pena de dessubstancialização da própria constituição”, protegendo-a “de forma indireta, na medida em que exercem um papel de guarda de flanco das cláusulas pétreas – contribuindo para impedir a erosão dos próprios ‘limites materiais expressos’”²²⁰.

Nos cabe ressaltar que, em que pese uma conformidade doutrinária quanto à existência de limites materiais implícitos ao poder de reforma constitucional, não há um consenso no tocante a identificação desses limites, exceto no reconhecimento de uma vedação à disposição das próprias cláusulas pétreas.

6.2.1. Extensão dos limites materiais no contexto da CF/1988

²¹⁷ SARLET. Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 420.

²¹⁸ Art. 60, § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

²¹⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, p. 202.

²²⁰ BEDÊ, Fayga Silveira. Sísifo no limite do imponderável ou os direitos sociais como limites ao poder Reformador, p. 102.

As cláusulas pétreas não podem ser compreendidas como limites absolutos à reforma da Constituição, sendo necessário alcançar um “certo equilíbrio entre a indispensável estabilidade constitucional e a necessária adaptabilidade da Constituição à realidade, não sendo exigível que as gerações futuras fiquem eternamente vinculadas a determinados princípios e valores consagrados pelo Constituinte em determinado momento histórico”²²¹. Não implicam, portanto, em absoluta imutabilidade dos conteúdos nela assegurados.

Assim, reconhece-se a proteção dos princípios nelas plasmados, “não podendo estes ser esvaziados por uma reforma constitucional. Nesse sentido, é possível sustentar que as “cláusulas pétreas” contêm, em verdade, uma proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais. Mera modificação no enunciado do dispositivo não conduz, portanto, necessariamente, a uma inconstitucionalidade, desde que preservado o sentido do preceito e não afetada a essência do princípio objeto da proteção”²²².

A existência dos limites materiais, explícitos e implícitos, reclama a proteção dos princípios neles veiculados de forma que as “cláusulas pétreas contêm, na verdade, a **proibição de ruptura de determinados princípios constitucionais.** (...) Assim, **o que se postula é a proteção do núcleo essencial do princípio em questão.** Nada obsta a regulamentação, alteração ou até mesmo sua restrição (desde que preservado o seu conteúdo essencial). Este núcleo diz respeito à essência do bem ou do direito protegido (excluídos os seus elementos circunstanciais) constituindo-se ‘daqueles elementos que não podem ser suprimidos sem acarretar alteração substancial no seu conteúdo e estrutura’”²²³.

Constituem o núcleo essencial de um bem ou direito aqueles elementos que integram a própria “substância, os fundamentos, os elementos ou componentes dele inseparáveis, a eles verdadeiramente inerentes, por isso que integrantes de sua estrutura e de seu tipo, conforme os define a Constituição”²²⁴.

²²¹ SARLET. Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 425.

²²² SARLET. Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, pp. 427 e 428.

²²³ BEDÊ, Fayga Silveira. Sisifo no limite do imponderável ou os direitos sociais como limites ao poder Reformador, p. 104.

²²⁴ BEDÊ, Fayga Silveira. Sisifo no limite do imponderável ou os direitos sociais como limites ao poder Reformador, p. 104.

Assim, “a mera alteração redacional de uma norma componente do rol das cláusulas pétreas não importa, por isso somente, inconstitucionalidade, desde que não afetada a essência do princípio protegido e o sentido da norma.”²²⁵

É, portanto, vedada a alteração de uma cláusula pétrea que importe em sua supressão ou afetação substancial, de forma a esvaziar seu conteúdo essencial. Sua proteção acaba por provocar uma imunização das “categorias constitucionais protegidas contra alterações que aligeirem o seu núcleo básico ou debilitem a proteção que fornecem. Nesse sentido, se deve compreender o art. 60, §4º, da CF como proibição à deliberação de proposta tendente a abolir, isto é, a mitigar, a reduzir o significado e a eficácia da forma federativa do Estado, do voto secreto, universal e periódico, a separação de Poderes, e os direitos e garantias individuais”²²⁶.

Por meio do reconhecimento das cláusulas pétreas, explícitas e implícitas, protege-se o núcleo inalterável da Constituição cuja restrição ou supressão em seus aspectos essenciais importaria em um esvaziamento da identidade da Constituição²²⁷.

Portanto, para determinarmos a proteção direcionada a um direito ou bem qualificado como limite material ao poder de reforma faz-se necessário que identifiquemos sua essência, conteúdo cuja supressão importa em esvaziamento da proteção constitucionalmente direcionada.

Antes de analisarmos a extensão da proteção direcionada ao direito à educação, devemos atentar, primeiramente, para a situação dos direitos sociais perante o tratamento direcionado às cláusulas pétreas.

²²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, p. 219.

²²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, p. 221.

²²⁷ Nesse sentido, BEDÊ reconhece que, se por um lado o direito constitucional aberto ao tempo se revela um “direito suscetível de alteração formal, de acordo com as necessidades impostas pela evolução política social, (‘adaptação’, ‘desenvolvimento constitucional’), impedindo que ele permaneça alheio à mudança, por outro lado, **há elementos do direito constitucional (princípios estruturantes) que devem permanecer estáveis, sob pena de a constituição deixar de ser uma ordem jurídica fundamental do Estado para se dissolver na dinâmica das forças políticas**” (BEDÊ, Fayga Silveira. Sísifo no limite do imponderável ou os direitos sociais como limites ao poder Reformador, p. 104.)

6.2.2. Direitos sociais e cláusulas pétreas

O art. 60, §4º, IV reconhece aos ‘direitos e garantias individuais’ uma sólida proteção que retira do poder constituinte reformador a possibilidade de deliberar acerca da supressão ou do esvaziamento das normas que veiculem essa matéria.

Em razão dessa ‘super proteção’, é imprescindível uma análise interpretativa acerca do reconhecimento ou não de sua aplicação às normas de direitos sociais.

É controverso na doutrina o posicionamento que os direitos sociais ocupam dentro do tratamento dos limites materiais ao poder de reforma constitucional. Questiona-se sua qualificação como limite material expresso nos termos do art. 60, §4º, IV da Constituição que reconhece os direitos e garantias individuais como uma cláusula pétrea. Dentre aqueles que não reconhecem sua inserção nessa norma, devemos destacar o reconhecimento de sua proteção como um limite material implícito, decorrente do espírito da constituição.

6.2.2.1. Leitura literal do art. 60, §4º, IV, CF/88

Defensores de uma leitura literal do inciso IV reconhecem como opção do constituinte originário a delimitação da extensão da proteção em face do poder reformador aos direitos e garantias individuais, excluindo de seu alcance os direitos e garantias coletivos, políticos, sociais...

Teria sido então uma deliberação do Constituinte preservar apenas os direitos e garantias individuais que numa tradição liberal, reconhecida pela organização de um Estado de Direito, logram “um grau superior de normatividade ou juridicidade, o mais alto que se conhece, e por isso mesmo o de mais baixa impugnação no âmbito de um direito historicamente tão jovem quanto o direito constitucional”²²⁸.

²²⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, p. 653.

Nesse sentido, os direitos e garantias sociais não se reconhecem como limites materiais explícitos ao poder de reforma constitucional, em razão da opção do constituinte originário em privilegiar os direitos e garantias individuais, ou seja, “as defesas postas pela constituição aos direitos do indivíduo. Consistem elas no sistema de proteção organizado pelos autores da nossa Lei fundamental em segurança da pessoa humana, da vida humana, da liberdade humana”²²⁹.

A negativa de que os direitos sociais sejam incluídos no aludido §4º advém, assim, do reconhecimento de que a expressão ‘direitos e garantias individuais’ não alcançaria os direitos fundamentais, “gênero de que tanto os direitos individuais como os sociais seriam espécies. Se o inciso IV do §4º, do art. 60 não aludiu a direitos e sociais, não os terá tomado como especialmente protegidos”; essa opção do constituinte teria sido tomada em observância a uma “diferenciada estrutura entre direitos individuais e direitos sociais. Como estes últimos, por serem direitos a prestação, estão na dependência de condições variadas no tempo dos recursos disponíveis, não poderiam ser afirmados como imodificáveis”²³⁰.

Não podemos concordar com essa corrente em especial por dois motivos. A CF não é uma constituição de tradição liberal, temos um Estado Social Democrático de direito fundado tanto nos valores liberais quanto nos sociais, sem a prevalência de qualquer destes sobre o outro.

Ainda, patrocinamos o entendimento de que os direitos fundamentais coexistem numa relação de mútua dependência a implicação, de forma tal que não se faz correta uma diferenciação valorativa entre os direitos de cunho liberal e os de expressão social. Com isso, concluímos que a nomenclatura elegida pelo Constituinte Originário não decorre da precisão terminológica esperada, ele acabou dizendo menos do que queria.

6.2.2.2. Interpretação ampliativa do art. 60, §4º, IV, CF/88

²²⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, pp. 653 e 654.

²³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, p. 224.

Uma segunda corrente doutrinária adota uma interpretação ampliada do IV do §4º, art., 60, que deve ser reconhecido como abrangente de todos os direitos e garantias fundamentais.

SARLET, patrocinador desse posicionamento, determina a necessidade de se promover uma leitura do texto constitucional de forma unitária, observando suas disposições como um conjunto indissociável de normas, não sendo viável a análise isolada, destacada de seu conjunto, de uma norma específica.

FREITAS estabelece o bem interpretar como a concretização da máxima justiça sistemática possível ²³¹, paciente de uma necessária concretização, de uma análise situada na existência histórica da norma.

Nesse sentido, nos remete aos ensinamentos de Konrad Hesse, para quem o processo de interpretação sistemática, para que se realize de forma apropriada, preservando a viabilidade do sistema, deve se pautar pela conjugação de cinco princípios orientadores de interpretação constitucional ²³².

Segundo o princípio da unidade da Constituição, faz-se necessário o estabelecimento de uma **relação de interdependência entre os distintos elementos da Constituição**; relação imperiosa de contemplação das normas necessariamente inseridas no conjunto em que se situam de forma tal que sejam “interpretadas de maneira a escoimar contradições, procurando-se a solução em consonância com as decisões básicas da Constituição, entendida esta como ordem jurídica fundamental da Comunidade e evitando sua limitação unilateral a aspectos parciais” ²³³.

Destaca o princípio da concordância prática dos bens jurídicos constitucionalmente tutelados, bens estes que “devem ser coordenados de tal sorte que, na solução do problema (da antinomia, por exemplo) todos conservem sua identidade” ²³⁴. A este princípio, se relaciona diretamente o da proporcionalidade, orientador de uma ponderação dos valores e

²³¹ A interpretação sistemática do direito, p. 110.

²³² FREITAS. A interpretação..., p. 114 e ss.

²³³ FREITAS. A interpretação..., p. 115.

²³⁴ FREITAS. A interpretação..., p. 115.

bens envolvidos na superação das antinomias mediante uma “coordenação proporcional de bens, que faz as vezes de um critério orientador contido no próprio sistema”²³⁵.

Revela no princípio da valoração da relevância dos pontos de vista elaborados uma necessária **predileção do intérprete, diante de uma diversidade de possíveis interpretações, pelos enfoques que mantenham a unidade do sistema**; predileção esta que se conecta a interpretação conforme a Constituição²³⁶.

Refere-se, por fim, ao princípio da força normativa da constituição, segundo o qual se **deve dar preferência, na atividade interpretativa, aos pontos de vista que auxiliem a Constituição a alcançar máxima carga eficaz, de forma tal que se possa manter atualizada perante a modificação das variáveis históricas**.

Esses princípios, segundo FREITAS, apresentam-se como instrumentos imprescindíveis a qualquer processo de compreensão e aplicação do sistema²³⁷ por serem capazes de estabelecer um “paralelo entre a concretização, tal como a concebe Hesse, e o que denomina como hierarquização axiológica, com a vantagem de (...) mais claramente resultar evidenciado o processo de escolha entre os múltiplos métodos, através do uso empírico e sistemático da hierarquização axiológica”²³⁸.

Reconhece Freitas a necessidade de o intérprete moderar suas escolhas segundo substratos formais e qualitativos que, “não raro, devem elasticamente ceder às fundamentações preexistentes justamente para honrar o sistema, tomando em consideração aquilo que o sistema não conseguiu prever e indo ao cerne de sua “vontade”, ou dito de modo melhor, de sua racionalidade interna”, devendo observar de forma “lúcida e crítica” as “funções de adequação valorativa e de unidade interior do sistema”, pois nele “precisam ser buscadas as soluções, em vez de transferir a equação das aporias para remotas ou incertas fontes”²³⁹.

²³⁵ FREITAS. A interpretação..., p. 115. O autor complementa ainda o pensamento de Hesse, a quem atribui um significado de proporcionalidade como a relação entre magnitudes variáveis que concretamente identifica aquela que melhor responder à tarefa de otimização, indicadora de um rumo e determinante de um procedimento por meio do qual se alcança uma solução dita constitucional.

²³⁶ Segundo a interpretação conforme a Constituição, “uma lei não pode ser declarada nula quando possível interpretá-la em consonância com a Constituição, razão pela qual somente em caso manifesto de inconstitucionalidade é que se deve realizar sobredita declaração”. (FREITAS. A interpretação..., p. 116).

²³⁷ Ao tratar do processo de compreensão e avaliação de um sistema jurídico, o autor nos aponta a insuficiência de uma mera avaliação volitiva da norma ou do legislador original. (A interpretação..., p. 119)

²³⁸ FREITAS. A interpretação..., p. 119.

²³⁹ FREITAS. A interpretação..., p. 152.

Segundo o critério da hierarquização, afasta-se a “arbitrariedade na escolha simultânea de premissas e resultados” e se permite “viabilizar a máxima justiça possível”; por essa razão “há de se buscar a exegese em consonância com os valores fundamentais, resolvendo – se possível prevenindo- os problemas desde uma lógica dialética, marcada pela tendência de conjugar a vocação atualizadora com a função antecipatória, realizando um diagnóstico preciso e definindo qual deve ser o valor tido como decisivo, tendo em vista a articulação suscitada pela visão agressiva do Direito objetivamente posto”²⁴⁰.

Assim, temos que **o alcance de uma máxima justiça possível no processo de interpretação constitucional exige uma consideração unitária do sistema com a função de “dar cumprimento aos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito”, mediante a verificação de “todas as disposições do núcleo constitucional sob o prisma esclarecedor dos imediatamente eficazes e nada inócuos princípios superiores**, apesar de, não raro, serem estes veiculados em normas de eficácia limitada”²⁴¹.

Nossa Constituição, em seu título I, reconhece na dignidade da pessoa humana um princípio fundamental da República, devendo ser compreendida no contexto das demais previsões deste título I que abrange o ‘os valores sociais do trabalho’, a construção de ‘uma sociedade livre, justa e solidária’, a erradicação da ‘pobreza e da marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais’. Esses fundamentos e objetivos constitucionais acabam por evidenciar o espírito da constituição.

FREITAS identifica com particular importância os **princípios** instituídos como **fundamentais** por desempenharem a “função de espinha dorsal do sistema jurídico pátrio”²⁴², quais sejam a **dignidade da pessoa humana**, a **cidadania**, a **soberania**, os **valores sociais do trabalho e da livre iniciativa** e o **pluralismo político**²⁴³.

²⁴⁰ FREITAS. A interpretação..., p. 153.

²⁴¹ FREITAS. A interpretação..., p. 160.

²⁴² A interpretação..., p. 160.

²⁴³ CF/88, art. 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como Fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho; V- o pluralismo político”.

Princípios estes que se encontram concretizados em outros princípios ou normas ao longo do texto constitucional e que devem ser identificados e protegidos em sua eficácia pelo intérprete constitucional para garantir a unidade e a identidade do sistema. Reconhece o autor a necessidade de o hermenêuta considerar como seus desdobramentos “o princípio da igualdade e da inviolabilidade do direito à vida; os princípios gerais da atividade econômica, entre os quais o da função social da propriedade; os princípios pétreos do voto direito, secreto, universal e periódico, da forma federativa, da separação dos poderes e dos direitos e garantias individuais”²⁴⁴.

Reconhecemos, assim, um Estado Democrático de Direito pautado pela preservação do valor da dignidade da pessoa humana mediante a observância dos preceitos reconhecidos nas diversas dimensões dos Direitos Humanos.

A atividade do intérprete deve alcançar uma interpretação que evite a “ruptura do sistema de princípios constitucionais, sendo esta a razão teleológica do controle de constitucionalidade”, identificado como um controle sistemático do direito²⁴⁵.

Dessa forma, imperativo se faz o reconhecimento de que “os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior. Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário, e como este, em título específico constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para sua idéia de Estado democrático, essa categoria de direitos não pode deixar de ser considerada cláusula pétrea. No inciso IV do §4º do art. 60, o constituinte terá dito menos do que queria, terá havido uma ‘lacuna de formulação’, devendo-se ali ler os direitos sociais, ao lado dos direitos e garantias individuais. A objeção de que os direitos sociais estão submetidos a contingência financeira não impede que se considere que a cláusula pétrea alcança a eficácia mínima desses direitos”²⁴⁶.

²⁴⁴ FREITAS. A interpretação..., p. 161.

²⁴⁵ FREITAS. A interpretação..., pp. 165 e 166.

²⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional, pp. 224 e 225.

Se assim não o fosse, a adoção de uma leitura literal do inciso em questão importaria em absurdos como a não abrangência dos próprios direitos e garantias coletivos (dispostos no mesmo capítulo destinado à regulação dos direitos e garantias individuais); dos direitos sociais (capítulo integrante do mesmo título a que se incluem os direitos e garantias individuais: “dos direitos fundamentais”), ainda aqueles não prestacionais (liberdades sociais) cuja indiscutível natureza de direitos de defesa os equipara, em linha de princípio, aos direitos de liberdade negativa constantes do rol do art. 5º (direito social de liberdade sindical); dos direitos de nacionalidade; e dos direitos políticos.

Os adeptos da interpretação ampliativa da norma contida no art. 60, §4º, IV, CF/88 vêem cláusulas pétreas em diversos dispositivos constitucionais além dos direitos e garantias individuais, extrapolando inclusive aqueles enumerados no título correspondente aos direitos e garantias fundamentais (arts. 6º a 11 da CF), como os fundamentos ²⁴⁷, objetivos ²⁴⁸ e princípios ²⁴⁹ da República; as limitações ao poder de tributar ²⁵⁰.

Embora nos seja imperiosa a adoção dessa segunda corrente, da interpretação axiológica do art. 60, §4º, IV da Constituição da República, mediante o reconhecimento da

²⁴⁷ CF, Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

²⁴⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²⁴⁹ Art. 4º 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.

²⁵⁰ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b; IV - utilizar tributo com efeito de confisco; V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público; VI - instituir impostos sobre: a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros; b) templos de qualquer culto; c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

qualificação dos direitos sociais como um limite material expresso ao poder de reforma constitucional, cabe-nos ressaltar a existência de corrente doutrinária que, não reconhecendo essa explicitude, indica a qualidade de limite material implícito.

6.2.3. Direitos sociais como limites materiais implícitos ao poder de reforma constitucional

Em que pese a Constituição relacione um rol de princípios cujo conteúdo deva ser preservado pelo poder constituinte reformador, limites materiais explícitos ao poder de reforma constitucional, haveria “na constituição determinadas decisões tomadas pelo poder constituinte originário, que, face à sua particular fundamentalidade, não se encontram plenamente à disposição do poder constituinte derivado – ainda que observados os processos agravados de reforma – sob pena de, alterados os seus conteúdos, alterar-se a essência mesma da Constituição, a qual viria a se transmutar em uma outra Constituição, desencadeando-se verdadeira ruptura com a ordem constitucional vigente.”²⁵¹

Essas decisões merecem estar protegidas em face do poder de reforma constitucional, constituindo verdadeiros limites implícitos ao seu exercício.

Assim, para aqueles que realizam uma leitura literal do art. 60, §4º, IV, ou seja, que reconhecem como cláusula pétrea apenas os direitos e garantias individuais (e não os fundamentais, excluindo de seu conteúdo, dentre outros, os direitos sociais), o reconhecimento dos limites materiais implícitos restaria por incluir os direitos sociais.

O constituinte originário optou pela constituição do Estado brasileiro como um Estado Democrático e Social de Direito, “atribuindo-lhe antigos e novos papéis. De um lado mantém as grandes conquistas civilizatórias auferidas pelo Estado de Direito Liberal. E, de outro, imputa-lhe a condição de Estado Social de prestações. Trata-se de um Estado comprometido com a busca da redução das desigualdades sociais, a quem cabe implementar políticas públicas que assegurem a saúde, a educação, trabalho, lazer...”²⁵²

²⁵¹ BEDÊ, Fayga Silveira. *Sísifo no limite do imponderável ou os direitos sociais como limites ao poder Reformador*, pp. 106 e 107.

²⁵² BEDÊ, Fayga Silveira. *Sísifo no limite do imponderável ou os direitos sociais como limites ao poder Reformador*, p. 108.

Essa opção pelo modelo intervencionista orientado em busca da promoção do bem estar social evidencia-se ao longo de todo o texto Constitucional.

Já no preâmbulo ²⁵³, ‘documento de intenções da Constituição’, são traçadas as diretrizes políticas, filosóficas e ideológicas da ordem constitucional em apreço. “E muito embora não faça parte do texto constitucional propriamente dito, não contendo normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o fato é que sua relevância jurídica enquanto “elemento de integração e interpretação dos diversos artigos que lhe seguem” afigura-se incontestável, porquanto em seu teor estão vazados os grandes objetivos, finalidades e justificativas da nova ordem constitucional que se inaugura. Desde o preâmbulo estão anunciados como valores paradigmáticos da nova ordem constitucional o “bem-estar” e a “igualdade”, valores estes a serem cultivados por uma “sociedade fraterna”, “fundada na harmonia social” ²⁵⁴.

Enunciados os princípios que delimitam a estrutura política, econômica e social sobre as quais os direitos fundamentais serão exercidos, bem como valores básicos sobre os quais todo o ordenamento se assenta, acaba por denotar o reforço que o sistema constitucional direcionou aos direitos fundamentais, particularmente aos direitos sociais, conferindo-lhes (i) aplicabilidade imediata; (ii) proteção contra o legislador infraconstitucional; (iii) status de EC no caso de incorporação nos termos do art. 5º, §§ 2º e 3º ²⁵⁵.

Resta, portanto, evidenciado no preâmbulo a que os direitos sociais, a igualdade e a justiça constituem-se em objetivos permanentes do Estado.

²⁵³ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça** como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (g.n.)

²⁵⁴ BEDÊ, Fayga Silveira. Sísifo no limite do imponderável ou os direitos sociais como limites ao poder Reformador, p. 111.

²⁵⁵ DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social, p. 697.

Ao tratar dos objetivos fundamentais da República ²⁵⁶, informando as diretrizes as quais se vincula o Estado brasileiro, o constituinte reconhece uma preocupação com a realização da justiça social, ratificando a essencialidade destinada aos direitos sociais, razão pela qual promoveu, ainda, um expressivo alargamento ²⁵⁷ e um maior grau de concretização dos direitos sociais comparativamente aos textos anteriores, mediante a previsão desses direitos em capítulo específico (Título II: dos direitos e garantias fundamentais, Capítulo II: dos direitos sociais) bem como pela previsão de um título destinado ao tratamento da ordem social (Título VII), abordando de forma minuciosa a previdência e da assistência social, a saúde, a educação e a cultura.

Diante o exposto, imperioso reconhecer a orientação social democrática do texto constitucional, fundamentado na busca pela realização da justiça social por meio da consagração dos direitos fundamentais sociais ²⁵⁸. “Todas essas considerações conduzem a um juízo seguro de que a “identidade” através da qual se revela a Constituição não pode prescindir dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, sob pena de restar desfigurado o núcleo de suas *decisões políticas fundamentais* – o que autoriza a conclusão de que tais direitos constituem-se em limites materiais implícitos ao Poder Reformador” ²⁵⁹.

6.3. O direito à educação e a limitação ao poder de reforma constitucional

²⁵⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (g.n.)

²⁵⁷ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

²⁵⁸ Nesse sentido, BONAVIDES reconhece que “a observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável contextura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formam hoje o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização da sociedade e do Poder. (...) Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais a “sociedade livre, justa e solidária”, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art.3º). O mesmo tem pertinência com respeito à redução das desigualdades sociais, que é, ao mesmo passo, um princípio da ordem econômica e um dos objetivos fundamentais de nosso ordenamento republicano, qual consta respectivamente do art. 170, VII, e do sobredito art. 3º.” (*in* Curso de direito constitucional, pp. 656 e 657)

²⁵⁹ BEDÊ, Fayga Silveira. Sísifo no limite do imponderável ou os direitos sociais como limites ao poder Reformador, pp. 112 e 113.

Observada a qualidade de limite material ao poder de reforma constitucional dirigida aos direitos sociais, seja de forma explícita mediante uma interpretação ampliativa da norma disposta no art. 60, §4º, IV, da CF, seja de forma implícita, devemos atentar para o fato de que **as normas de direito social previstas no texto originário da constituição de 1988 estão protegidas pela intangibilidade direcionada às cláusulas pétreas.**

Nesse sentido, nenhuma norma de direito social poderá sofrer alguma reforma, nem mesmo ser objeto de alteração que tenda a abolir seu conteúdo essencial.

Dessa forma, o direito à educação, direito social reconhecido no art. 6º do texto constitucional e pormenorizadamente tratado em Capítulo específico do título da ordem social, está protegido contra a ação erosiva do poder constituinte reformador.

Conforme aludido, o direito à educação, tratado de forma detalhada pela constituição, está protegido no tocante ao seu núcleo fundamental consubstanciado na norma que regula o processo de alfabetização que, conforme analisado no Capítulo 5, item X (p.18) desse trabalho, corresponde à promoção da formação básica do cidadão, propiciando-lhe domínio de leitura, escrita e cálculo, elementos necessários para o aprendizado e o relacionamento no meio sócio político.

No texto constitucional, a alfabetização é disciplinada como o direito ao ensino fundamental obrigatório e gratuito reconhecido pela norma contida no art. 208, I que, em seu texto original apresenta a seguinte redação:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I- ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria.

Reconhecida a proteção destinada aos direitos sociais, dentre eles o direito à educação, no tocante à intangibilidade de seu núcleo fundamental mediante a aplicação da teoria dos limites materiais ao poder de reforma, a norma contida no art. 208, I que reconhece a

obrigatoriedade e gratuidade do ensino fundamental não pode ser objeto de reforma via emenda constitucional que viesse a promover o esvaziamento de seu conteúdo.

Assim, temos no direito à educação fundamental, de prestação obrigatória e gratuita pelo Estado, o paradigma a ser observado na elaboração de toda alteração do texto constitucional que verse sobre o direito à educação, impedindo a elaboração de qualquer emenda cujo conteúdo venha de alguma forma restringir o reconhecimento desse direito sob pena de inconstitucionalidade a ser declarada num controle prévio ou mesmo num controle posterior por meio de uma ação de controle de constitucionalidade.

Essa norma, mesmo em razão de sua essencialidade, fora reproduzida pelo legislador infraconstitucional quando do tratamento destinado à educação mediante a elaboração da Lei de Diretrizes e Bases da educação (Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, art. 4º ²⁶⁰) e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, art. 54 ²⁶¹).

6.3.1. Artigo 208, I, Constituição Federal e sua alteração por meio da Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996

Todavia, em 1996, o constituinte derivado, por meio da promulgação da Emenda Constitucional nº 14, alterou a redação dada ao aludido inciso, que passou a vigorar com o seguinte conteúdo:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I- ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

Em razão da EC nº 14, devemos nos questionar se o constituinte derivado trouxe uma modificação restritiva ao ensino fundamental obrigatório e gratuito, núcleo do direito à educação e, portanto, protegido contra a ação de uma modificação erosiva.

²⁶⁰ Art. 4º. O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria.

²⁶¹ Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria.

Em seu texto original, a norma previa a obrigatoriedade e gratuidade do ensino fundamental em todas suas acepções, ou seja, em sua oferta às crianças e aos adolescentes em idade escolar (ensino regular) e àqueles que não mais se encontrassem em idade escolar (educação de jovens e adultos _ EJA). Não reconheceu o constituinte originário nenhuma diferenciação no tratamento direcionado à educação fundamental em razão do público alvo. Opção essa repetida pelo legislador infraconstitucional:

Art. 37. A educação de jovens e adultos será destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria.

§1º Os sistemas de ensino assegurarão **gratuitamente** aos jovens e aos adultos, que não puderam efetuar os estudos na idade regular, **oportunidades educacionais apropriadas**, consideradas as características do alunado, seus interesses, condições de vida e de trabalho, mediante cursos e exames.

Assim, toda e qualquer pessoa que atinja a idade mínima para ingresso no ensino fundamental (hoje correspondente a 6 anos de idade) será destinatário do direito público subjetivo de ter ofertado de forma gratuita o ensino fundamental obrigatoriamente prestado pelo Estado em instituições oficiais de ensino, podendo ajuizar individual ou coletivamente demanda para requerer seu cumprimento em face do Estado, a quem corresponde como contrapartida a obrigação de ofertá-lo.

O texto decorrente da reforma constitucional pode nos levar, no entanto, a duas ordens de interpretação.

Podemos entender que, a partir da explicitação da gratuidade na oferta do ensino fundamental no caso da EJA, restaria destituído o Estado da obrigatoriedade de sua prestação. Ou seja, ao Estado estaria direcionada a obrigatoriedade e gratuidade na prestação do ensino fundamental regular, e em se tratando de EJA, em sendo o caso de efetivar sua prestação (segundo um juízo de discricionariedade do administrador público) ela deveria ser gratuita.

Nas palavras do professor José Silvério Baia Horta, promulgada a EC/14, “desaparece o caráter obrigatório do ensino fundamental para aqueles que a ele não tiveram acesso na época própria, presente na versão original da Constituição Federal de 1988. Pela nova redação, o Estado deve apenas assegurar para eles a oferta gratuita desse nível de ensino. Isso significa que essa modalidade de ensino perde a conotação de direito público subjetivo (...)”²⁶².

Tendo em vista que o texto constitucional original estabeleceu a educação fundamental como um bem jurídico protegido pelo direito público subjetivo cujos titulares são os educandos que se encontram em idade esperada ou jovens e adultos, torna-se inadmissível o estabelecimento de qualquer diferenciação, hierarquia, entre essas categorias no tocante a esse direito.

Não é possível o estabelecimento de qualquer prioridade de atendimento de uma categoria em detrimento da outra. O Estado não pode furtar-se ao cumprimento de suas obrigações, constitucionalmente atribuídas.

Essa interpretação corresponde, necessariamente, a um esvaziamento do conteúdo da norma constitucional, o que ensejaria, segundo a proteção do direito à educação no tocante ao ensino fundamental contra atuação erosiva pelo poder constituinte derivado, na inconstitucionalidade da medida promovida, a ser declarada em pelo poder judiciário concomitantemente ao restabelecimento do texto anterior.

Todavia, podemos interpretar a explicitação da gratuidade como um recurso utilizado pelo constituinte derivado para enfatizar a necessidade da prestação da educação fundamental pelo Estado mediante o afastamento de qualquer dúvida porventura existente acerca de sua extensão ao ensino de jovens e adultos.

Nesse caso, a norma trazida pela EC nº 14 não importaria em redução de significado com relação ao texto original, não sendo eivada por qualquer vício de constitucionalidade.

²⁶² HORTA, José Silvério Baia. “Direito à educação e obrigatoriedade escolar”. *Cadernos de Pesquisa Fundação Carlos Chagas*, Dão Paulo, n. 4, p. 28, 1998.

Em razão da possibilidade de dupla interpretação da norma constitucional, com vistas a preservar o sentido preconizado pelo constituinte originário é recomendado que se estabilize a segunda interpretação de forma coibir futura alegação no sentido da não obrigatoriedade estatal na oferta da EJA.

Estabilização esta que se faz possível por meio de uma decisão com força definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal em apreciação do controle de constitucionalidade em que fixe uma interpretação conforme.

6.3.2. Efetividade do direito ao ensino fundamental

Em razão da norma prevista do art. 5º, §1º, da Constituição Federal ²⁶³, os direitos fundamentais são dotados de eficácia imediata. E que pese o alcance dessa norma haja sido objeto de discussão, em especial no que se refere às normas definidoras de direitos fundamentais prestacionais, hoje é majoritário o entendimento de que os direitos fundamentais, sem restrições, têm eficácia plena.

Esse é o entendimento adotado em nossos tribunais superiores, que têm se posicionado pela superação da tese de que as normas sociais de natureza prestacional seriam normas programáticas e pelo reconhecimento de sua natureza de normas de eficácia plena e imediata, cujo grau de aplicabilidade estaria garantido ao menos em relação ao denominado mínimo existencial, parcela dos direitos fundamentais que dizem respeito a patamares de uma existência digna ²⁶⁴.

Devendo a atuação estatal se pautar pelo princípio da Máxima Efetividade da Constituição, “incumbe ao administrador, pois, empreender esforços para a máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso a conduta que se escuda na idéia de que o preceito constitucional constitui *lex imperfecta*, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos,

²⁶³ § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

²⁶⁴ No capítulo anterior, Capítulo V, tratamos do conteúdo do mínimo existencial.

emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a disciplina constitucional foi além na delimitação dos elementos normativos, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a fundamentalidade do direito”²⁶⁵.

Ao reconhecermos que a atuação estatal deve se pautar pela concretização dos fins e objetivos determinados pela Constituição, devemos observar a necessidade de que o administrador público empreenda esforços para a máxima consecução do compromisso constitucional. Sendo a Constituição Federal “fruto da vontade política nacional, criada mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias, tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano.”²⁶⁶

Ainda no que diga respeito à discricionariedade característica de sua atuação, a Administração Pública se encontra pautada pelos limites impostos pela constituição, e deve ter como foco primordial a consecução dos direitos e garantias fundamentais, não podendo valer-se de simples juízo de oportunidade e conveniência para exercer suas políticas de forma a comprometer direitos básicos de índole social.

O próprio texto constitucional, ao estabelecer explicitamente por meio da EC nº 19, de 1996, o princípio da eficiência dentre aqueles que devem pautar a atuação da administração pública²⁶⁷, acaba por corroborar com o entendimento de que “o sistema não tolera mais decisões contrárias ao interesse público, sob o mando da impossibilidade de sindicá-las juridicamente o ato administrativo proveniente da discricionariedade administrativa. Dentro dessa realidade, a construção de doutrina tendente a exigir judicialmente o implemento gradual das obrigações sociais pelo Estado, ganham força por meio da Ação Civil Pública”²⁶⁸

²⁶⁵ Recurso Especial nº 811608/RS, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 15 de maio de 2007.

²⁶⁶ Recurso Especial nº 575280/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Diário da Justiça de 25 de outubro de 2004.

²⁶⁷ CF, Art. 37. **A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios** de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte: (redação dada pela EC nº19, de 1996) **(g.n.)**

²⁶⁸ ALONSO JÚNIOR, Hamilton. Ação Civil Pública: ampliação do objeto e direitos fundamentais, p. 211.

Com relação ao **direito à educação fundamental, obrigatória e gratuita**, conforme previsão no art. 208, I, CF, o **dever de prestá-la corresponde a um fator de limitação da discricionariedade político administrativa dos entes estatais**, a quem cabe o cumprimento da prerrogativa de elaborar e executar políticas públicas sob pena de comprometer a eficácia e integridade do espírito da constituição. “Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea”²⁶⁹.

Nesse sentido já decidiram, de forma reiterada, os Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal ao analisar a questão da prestação da educação infantil e sua exigibilidade em juízo:

“A educação infantil representa **prerrogativa constitucional** indisponível, que, deferida às crianças, a esta assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência **impõe ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta**, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), **o efetivo acesso e atendimento** em creches e em unidades de pré escola, **sob pena de considerar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal**. A infantil, **por qualificar-se como fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização a avaliações meramente discricionárias da administração pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental**. Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, §2º) – não poderão demitir-se do **mandato constitucional, juridicamente vinculante**, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV da Lei Fundamental da República, e que

²⁶⁹ Recurso Especial nº 575280/SP, Relator Ministro Luiz Fux, Diário da Justiça de 25 de outubro de 2004.

representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208 IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora resida, primariamente nos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.” (Recurso Extraordinário nº 436996/SP, Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça de 07 de novembro de 2005, p. 37) ²⁷⁰ _ voto utilizado na fundamentação, dentre outros, dos Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410715/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça de 03 de fevereiro de 2006; Recurso Especial nº 736524/SP, T1 – Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, Diário da Justiça de e de março de 2006; Embargos de Divergência em Recursos Especial nº 485969/SP, S1-Primeira Seção, Ministro José Delgado, Diário da Justiça de 11 de setembro de 2006, p. 220, mediante anotação de precedentes ‘desta Corte Superior e do colendo STF’; do Recurso Especial 753565/MS, T1- Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, Diário da Justiça de 28 de maio de 2007, p. 290

Assim, o **direito público subjetivo à prestação do ensino fundamental gratuito e obrigatório reconhecido no §1º, do art. 208, CF** ²⁷¹, **revela-se como um dever do Estado de assegurar sua prestação.** “A conveniência e discricionariedade (...) não constituem princípios informadores da obrigatoriedade da prestação do serviço, mas

²⁷⁰ Voto utilizado na fundamentação, dentre outros, dos Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410715/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça de 03 de fevereiro de 2006; Recurso Especial nº 736524/SP, T1 – Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, Diário da Justiça de e de março de 2006; Embargos de Divergência em Recursos Especial nº 485969/SP, S1-Primeira Seção, Ministro José Delgado, Diário da Justiça de 11 de setembro de 2006, p. 220, mediante anotação de precedentes ‘desta Corte Superior e do colendo STF’; do Recurso Especial 753565/MS, T1- Primeira Turma, Ministro Luiz Fux, Diário da Justiça de 28 de maio de 2007, p. 290

²⁷¹ § 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

restringem-se ao modo de fazê-lo, pois é lícito à Administração estabelecer critérios, por exemplo, de localização”²⁷².

Não cabe, portanto, ao administrador público a escolha entre prestar ou não o serviço questionado, sendo seu dever, constitucional e legalmente imposto, prestar o serviço de educação fundamental. Essa prestação se constitui de forma inequívoca em uma atividade administrativa vinculada.

Nos dizeres de DI PIETRO, **diante da ausência de opções deixada** pela lei, no caso **pela Constituição**, ao administrador público, “diante de determinados requisitos, **a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o administrado tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato**, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial”

²⁷³.

Reconhecendo que o direito público subjetivo à educação fundamental, gratuita e obrigatória, se qualifica como uma norma impositiva de um dever estatal consubstanciado em uma atividade administrativa vinculada, o Estado, o administrador público, não tem liberalidade em furtar-se ao seu cumprimento.

Assim, verificada alguma omissão do exercício do dever de prestar, no sentido de não prestá-lo ou fazê-lo de forma irregular, fora dos padrões mínimos de qualidade²⁷⁴, incorrerá em responsabilidade expressamente prevista na Constituição²⁷⁵ e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional:

LDBN, Lei 9.394/1996, art. 5º, §3º Qualquer das partes mencionadas no caput deste artigo tem legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do §2º do art. 208 da Constituição Federal, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente.

²⁷² Recurso Especial nº 510598/SP, voto do Ministro Relator João Otávio de Noronha

²⁷³ Direito Administrativo, p. 197.

²⁷⁴ LDBN, Lei 9.934/1996, art. 4º, IX – padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a **variedade e quantidades mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem.**

²⁷⁵ CF, Art. 208, § 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§4º Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.

Poderá, ainda, ser demandado judicialmente, por meio de processo individual ou coletivo, para corrigir essa imperfeição.

Afirmando a justiciabilidade dos direitos fundamentais em juízo, NUNES JÚNIOR reconhece que “os direitos fundamentais são basilarmente direitos subjetivos (...) e nessa medida, em se reconhecendo diante das normas constitucionais específicas, direitos subjetivos, estes, a toda evidencia, podem e devem ser sindicados em juízo”, pleito este que “acaba concorrendo para o fortalecimento da noção de cidadania, na medida em que se reafirma, por um provimento judicial, a noção de que o ser humano possui o “direito a ter direitos””²⁷⁶.

²⁷⁶ Proteção Judicial dos direitos fundamentais, p. 16.

CAPÍTULO VII. JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL

7.1. Defesa do direito à educação fundamental em juízo

Reconhecido o direito público subjetivo à educação fundamental, obrigatória e gratuita, em razão do princípio da inafastabilidade de jurisdição constitucionalmente consagrado, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”²⁷⁷, todos aqueles que se encontrarem em situação de prejuízo poderão exigí-lo em juízo.

A qualificação do dever estatal em prestar o serviço de educação, ora analisado como uma atividade administrativa vinculada, importa na **impossibilidade de alegação, por parte da Administração Pública, de que o Poder Judiciário não poderia interferir em sua atuação**, “conforme os novos paradigmas do direito administrativo, não se pode mais tolerar o entendimento de que ao Poder Judiciário não cabe imiscui-se nas questões orçamentárias da Municipalidade”²⁷⁸; pois, “não obstante o argumento de que qualquer intervenção do Judiciário, neste campo, estaria por invadir a discricionariedade administrativa, sendo, portanto, indevida, o fato é que não se pode deixar de considerar que

²⁷⁷ CF, art. 5º, XXXV.

²⁷⁸ Recurso Especial nº 510598/SP, voto-vista da Ministra Eliana Calmon.

inúmeros abusos são praticados, com a aplicação de recursos públicos sem qualquer critério e com manifesta preterição das prioridades elencadas no texto constitucional”²⁷⁹.

OLIVEIRA, ao discorrer acerca da propositura de demandas judiciais em defesa do direito à educação nos alerta para a diversidade de pedidos a serem formulados. “As ações mais evidentemente amparadas na Legislação são as relativas à **garantia de vagas**, mesmo que em certas ocasiões se tenha observado a resistência do sistema de Justiça a garantir tal direito, **no geral se tem acatado tais demandas, muitas vezes, até mesmo sem se chegar à ação judicial**. As iniciativas visando a garantir a “**qualidade do ensino**” são mais difíceis de formular, dividindo-se em dois tipos básicos. As que **podem ser “quantificadas”** podem ser exigidas de maneira direta, tais como excesso de alunos por sala de aula, baixos salários de professores, instalações precárias etc. Entretanto, aquelas que se relacionam com a qualidade do ensino, **em sentido mais subjetivo**, como baixa formação dos professores, ação pedagógica inadequada, são mais complexas de exigibilidade via justiça, permanecendo como desafio a elaboração de uma formulação que “materialize” a “garantia de Padrão de Qualidade” prevista na CF. Mesmo quando as declarações de direito tornam-se “letra morta”, o fato de serem reconhecidas na lei cria a possibilidade de luta pela sua efetivação. As modernas sociedades democráticas encerram, portanto, uma contradição entre ter de declarar direitos a todos e a existência de resistência social à sua efetivação.”²⁸⁰

Como consequência de sua natureza pública subjetiva, o titular do direito à educação fundamental, toda pessoa que se encontre em idade de atendimento escolar ou que a tenha superado sem haver concluído o ciclo escolar correspondente, pode individualmente pleiteá-lo em juízo. Especialmente por meio de um Mandado de Segurança em razão da liquidez e certeza do direito pleiteado, elementos naturalmente decorrentes da previsão constitucional acerca da obrigatoriedade do Estado em prestar o ensino fundamental de qualidade

7.2. Defesa coletiva do direito à educação

²⁷⁹ POLICARPO, Douglas, ROSSINI, Ângela e CASTRO, Regina Cristina Braz de. Ação Civil Pública: histórico, natureza e tutela, p.122.

²⁸⁰ O Direito à Educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça, p. 17.

Por sua natureza, o direito à educação fundamental se consubstancia em um **interesse público**, “interesse de proveito social ou geral, ou seja, o interesse da coletividade, considerada em seu todo” que hoje “passou a ser utilizada para **alcançar também os chamados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, e até os interesses coletivos ou os difusos etc**”, “existe uma categoria intermediária de interesses que, embora não sejam propriamente estatais, são mais que meramente individuais, porque são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas”²⁸¹.

Sua proteção ultrapassa os interesses meramente individuais, pois “embora para aquele que a ela se submete, represente uma forma de inserção no mundo da cultura e mesmo um bem individual, para a sociedade que a concretiza, ela se caracteriza como um bem comum, já que representa a busca ela continuidade de um modo de vida que, deliberadamente, se escolhe preservar”²⁸².

Ao envolver um bem supra-individual, “não recai apenas sobre os **indivíduos singularmente considerados**, mas abrange até mesmo os interesses de **grupos de pessoas indeterminadas ou de difícil determinação**, como as **futuras gerações**. (...) Mesmo podendo ser exercido individualmente, não pode ser compreendido em abstração de sua dimensão coletiva.”²⁸³

Em razão de sua natureza de interesse público, de um interesse social, da sociedade ou da coletividade como um todo, sua defesa é mais bem promovida por meio de ação judicial coletiva, em que “preponderam os princípios de economia processual” mediante a discussão “numa só ação (d)o direito de todo o grupo, classe ou categoria de pessoas” enquanto que na defesa individual do direito, “as ações judiciais dos lesados ficam pulverizadas, o que normalmente enseja julgamentos contraditórios, com grande desprestígio para a administração da Justiça, pois os indivíduos em idênticas situações fática e jurídica acabam recebendo soluções díspares; essas incoerências, aliadas às

²⁸¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses, pp. 44 e 46.

²⁸² DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social, p. 697.

²⁸³ DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social, p. 698.

despesas do processo, levam muitos lesados a abandonarem a defesa de seu direito e desistirem do acesso individual à jurisdição”²⁸⁴.

A defesa coletiva em juízo dos interesses relacionados à prestação da educação fundamental pelo Estado se exercita por meio de uma legitimação extraordinária, genuinamente reconhecida nos termos da legislação processual civil²⁸⁵ como forma de legitimação judicial que não leva em conta a titularidade do direito material supostamente lesado, permitindo “a defesa judicial de um direito por quem não seja o próprio titular do direito material, ou, pelo menos, por quem não seja o titular exclusivo desse direito”²⁸⁶.

Essa legitimação para agir em defesa dos interesses da sociedade decorre do fato de que o pedido formulado em sede de uma ação coletiva “não visa apenas à satisfação do interesse do autor, mas sim à de todo o grupo lesado”²⁸⁷, e “os direitos coletivos, conquanto indivisíveis, não passam de interesses individuais somados, tanto que cada um dos lesados pode defender seus interesses *uti singuli*”²⁸⁸.

Nesse sentido, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.934/1996) reconhece a possibilidade de se acionar coletivamente o poder público para que preste de forma efetiva a educação fundamental:

Art. 5º. O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.

Observado o direito público subjetivo à educação fundamental, a propositura de ação civil pública é reconhecida como instrumento legítimo à sua defesa, pois “consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, em função da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegure, sendo certo que

²⁸⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo, pp. 44 e 46.

²⁸⁵ CPC, Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

²⁸⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo, p. 60.

²⁸⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo, p. 63.

²⁸⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo, p. 62.

todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública”²⁸⁹.

7.2.1. Ação civil pública como meio de defesa do direito à educação

Pela instituição da ação civil pública no ordenamento pátrio, por meio da Lei 7.347/85, o legislador previu a possibilidade de legitimados extraordinários diversos, de forma concorrente, para a defesa dos interesses coletivos²⁹⁰ por meio da propositura de uma ação coletiva²⁹¹: Ministério Público; a Defensoria Pública²⁹²; União, Estados, Municípios e Distrito Federal; autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações civis constituídas há pelo menos um ano, com finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse questionado. Legitimidade esta que, no caso da defesa do direito à educação, encontra-se explicitada no texto do Estatuto da Criança e do adolescente²⁹³.

Trata-se de uma ação pública em razão dos interesses ou direitos que visa proteger, interesses de relevância pública e social, “de natureza coletiva e com vistas ao bem-estar

²⁸⁹ Recurso Especial nº 575.280/SP. Relator Ministro Luiz Fux. Diário da Justiça de 25 de outubro de 2004.

²⁹⁰ Lei 7.347/85, art. 1º Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: IV- a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

²⁹¹ Lei 7.347/85, art.5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I- Ministério Público; II- Defensoria Pública; III- a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV- autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V- a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico.

²⁹² A legitimidade direcionada à defensoria pública foi legalmente reconhecida a partir de 2007, por meio da Lei 11.448, de 15 de janeiro. Até então, sua legitimidade era objeto de constante discussão judicial.

²⁹³ Lei 8.069/1990 (ECA), art. 210 Para as ações cíveis fundadas em interesses coletivos ou difusos, consideram-se legitimados concorrentemente: I- o Ministério Público; II- a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios; III- as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, dispensada a autorização da assembléia se houver autorização estatutária.

da comunidade, ao contrario da ação, em sentido clássico, só permitida, em regra, ao individuo que fosse realmente o titular do direito a ser tutelado”²⁹⁴.

Dentre esses legitimados, destacamos o **Ministério Público**, cuja legitimidade para a para a defesa dos interesses difusos e coletivos, mediante a propositura de Ação Civil Pública encontra-se delineada dentre suas atribuições constitucionalmente deferidas²⁹⁵, e a **Defensoria Pública**, cuja legitimidade reconhecida na Lei 7.347/85 constitui necessário mecanismo à consecução da finalidade constitucionalmente reconhecida a essa instituição a que incumbe “a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

7.2.1.1. Da Legitimidade do Ministério Público

Como autor da Ação Civil Pública, o Ministério Público “defende mais que o direito próprio à reintegração da situação jurídica violada, por também e especialmente está a defender interesses individuais alheios, não raro até mesmo divisíveis, os quais são compartilhados por grupo, classe ou categoria de pessoas”²⁹⁶.

Seu interesse na defesa de interesses sociais, como a prestação do direito à educação fundamental, advém da própria Constituição que lhe imputa a defesa dos direitos sociais e dos direitos individuais indisponíveis²⁹⁷. Assim, não há que se questionar legitimidade do Ministério Público para a atuação em defesa de um interesse social via Ação Civil Pública sob pena de negativa de um interesse já reconhecido pela norma que impõe a atuação ministerial.

²⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação civil pública: comentários por artigos, p.2.

²⁹⁵ CF, art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

²⁹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo, p. 49.

²⁹⁷ CF, art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Nesse sentido já se manifestou o Conselho Superior do Ministério Público por meio da Súmula nº 7 ao discorrer sobre a legitimidade do Ministério Público:

“O **Ministério Público está legitimado à defesa** de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como: a) os que digam respeito a **direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade** (v.g., dignidade da pessoa humana, saúde e segurança das pessoas, **acesso das crianças e adolescentes à educação**; b) nos casos de grande dispersão de lesados (v.g., dano de massa); c) quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a implementação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas perspectivas econômica, social e tributária.” (g.n.)

É pacífico o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para a propositura de Ação Civil Pública em defesa de interesses ligados ao direito à educação em nossos tribunais superiores. Observada a legitimidade que lhe foi constitucionalmente atribuída, não se discute a “*legitimitio ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis. (...) Consequentemente, a Carta Federal outorgou ao Ministério público a incumbência de promover a defesa dos interesses individuais indisponíveis, podendo, para tanto, exercer outras atribuições previstas em lei desde que compatível com sua finalidade institucional. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que envolvem a matéria”²⁹⁸.

Esse é o entendimento corroborado nos Tribunais Superiores, de que “o Ministério Público está legitimado a promover ação civil pública ou coletiva não apenas em defesa de direitos difusos ou coletivos de consumidores, mas também de seus direitos individuais homogêneos, nomeadamente de serviços públicos, quando a lesão deles, visualizada em sua dimensão coletiva, pode comprometer interesses sociais relevantes”²⁹⁹.

²⁹⁸ Recurso Especial 736524/SP, T1- Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, Diário da Justiça de 03 de abril de 2006.

²⁹⁹ Recurso Especial 610;235/DF, T-1 Primeira Turma, Relator Ministra Denise Arruda, Diário da Justiça de 23 de abril de 2007.

7.2.1.2. Da legitimidade da defensoria pública

No tocante à Defensoria Pública, devemos destacar que sua legitimidade para a propositura de Ação Civil Pública foi expressamente reconhecida por meio da Lei 11.448/2007, que alterou o rol de legitimados do art. 5º, Lei 7247/85.

Em que pese esse reconhecimento pelo legislador ter se promovido apenas em 2007, já se admitia a possibilidade dessa via de atuação com base do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990³⁰⁰, que conjuntamente à Lei 7347/85 compõe o ‘micro-sistema’ de defesa coletiva de direitos no sistema processual brasileiro, uma vez que é órgão público destinado a exercitar a defesa dos necessitados³⁰¹.

O reconhecimento da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de Ação Civil Pública, mesmo antes da sua inclusão no rol de legitimados do art. 5º, Lei 7.347/85, já foi defendido, inclusive, pelo Ministério Público Federal, perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região que nos termos do parecer Ministerial reconheceu a legitimidade da Defensoria:

“Ora, sendo a Defensoria Pública o órgão estatal destinado à promoção do direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) em relação aos necessitados (CF, art. 5º, LXXIV, c/c art. 134), **certamente a ela é**

³⁰⁰ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - **as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código**; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

³⁰¹ TJRJ – AI 3274/96 – Vassouras – 2ª Câmara, Relator Luiz Odilon Bandeira, j. 25.02.97 “Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Crédito Educativo. Legitimidade ativa da Defensoria Pública para propô-la. Como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, sendo, pois, integrante da Administração Pública, tem a Assistência Judiciária legitimidade autônoma e concorrente para propor ação civil pública, em prol dos estudantes carentes, beneficiados pelo Programa do Crédito Educativo.” TJRS, Acórdão n. 70014401784/2006, Apelação Cível, 4ª Câmara, relator Araken de Assis, j.12.04.06. 1 “A Defensoria tem legitimidade, a teor do art. 82, III, da Lei 8.078/90 (Cód. de Defesa do Consumidor), para propor ação coletiva visando à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores necessitados.”

permitido valer-se de quaisquer medidas judiciais adequadas à defesa dos direitos metaindividuais das pessoas carentes, podendo, assim, dispor da ação civil pública como legítimo instrumento de atuação” (Agravo de Instrumento n. 2006.01.00.038978-5, julgado pelo TRF da 1ª Região, julgado aos 6/07/2006) (g.n.)

Entendimento esse que se consolidou em nossos Tribunais Superiores:

“O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial” (STJ, Recurso Especial 555.111/RJ, 3ª Turma, Relator Castro Filho, julgamento em 06/09/06) (g.n.)

“De fato, se a Constituição impõe, por um lado, ao Estado o dever de promover a defesa dos consumidores (art. 5º, LXXIV) e de prestar assistência jurídica *integral* (e aqui repiso o integral) aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV) e, por outro, que a execução de tal tarefa cabe à Defensoria Pública (cfr. Art. 134 da CF c/c o art. 4º, inciso XI, da Lei Complementar n. 80/94), o âmbito de atuação desta não pode ficar restrito, pela vedação ao manejo de tão importante instrumento de tutela do direito do consumidor e de fortalecimento da democracia e da cidadania como a ação civil pública, sob pena de não se dar *máxima efetividade* aos referidos preceitos constitucionais” (STJ, Recurso Especial 181.580/SP, 3ª Turma, Relator Castro Filho, julgamento em 09/12/03) (g.n.)

“(…) a própria Constituição da República giza o raio de atuação institucional da Defensoria Pública, incumbindo-a da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus, dos necessitados. Daí, contudo, não se segue a vedação de que o âmbito da assistência judiciária da Defensoria Pública se estenda aos patrocínio dos direitos e interesses (...) coletivos dos necessitados, a que alude o art. 176 da Constituição do Estado: *é óbvio que o serem direitos e interesses coletivos*

não afasta, por si só, que sejam necessitados os membros da coletividade. Daí decorre a atribuição mínima compulsória da Defensoria Pública. Não, porém, o impedimento a que os seus serviços se estendam ao patrocínio de outras iniciativas processuais em que se vislumbre interesse social que justifique esse subsídio estatal.” (STF, ADI 558/RJ, Ministro Sepúlveda Pertence) (g.n.)

Sendo a ação civil pública um meio de defesa de direitos difusos, de lesados indeterminados ou indetermináveis, devemos destacar que não raro haverá nesse rol de interessados a comunhão de pessoas necessitadas e de pessoas não necessitadas. Razão pela qual, há quem questione a possibilidade de a Defensoria atuar na defesa de grupos de pessoas em que se incluam pessoas não qualificadas como necessitados na acepção jurídica do termo.

Nesse sentido, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI nº 3943, de 16 de agosto de 2007, do inciso II, art. 5º, Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei 11.448/2007, que reconhece a legitimidade da Defensoria para a propositura de Ação Civil Pública.

Sob a argumentação de que “a norma impugnada, ao conferir legitimidade à Defensoria Pública para propor, sem restrições, ação civil pública, **afeta diretamente a atribuição do Ministério Público**, pois ele é, entre outros legitimado para tal propositura. A inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados **impede**, pois o Ministério Público **de exercer, plenamente, as suas atividades, pois concede à Defensoria Pública atribuição não permitida pelo ordenamento constitucional, e mais, contrariando os requisitos necessários para a ação civil pública cuja titularidade pertence ao Ministério Público**, consoante disposição constitucional.”³⁰²(g.n.)

Arroza, ainda, que a inclusão da Defensoria entre os legitimados à propositura da ação civil pública afronta diretamente as normas contidas nos arts. 5º, LXXIV, e 134, ambos da Constituição da República³⁰³, vez ter a instituição sido criada “para atender, gratuitamente, aos necessitados, aqueles que possuem recursos insuficientes para se defender

³⁰² ADI 3943, petição inicial: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, p.04.

judicialmente ou que precisam de orientação jurídica. Porém, o art. 134, caput, prevê, ainda, que a atribuição da Defensoria Pública deverá ser exercida conforme o art. 5º, LXXIV. Assim, **a Defensoria Pública pode, somente, atender aos necessitados que comprovarem, individualmente, carência financeira. Portanto, aqueles que são atendidos pela Defensoria Pública devem ser, pelo menos, individualizáveis, identificáveis**, para que se saiba, realmente, que a pessoa atendida pela Instituição não possui recursos suficientes para o ingresso em juízo.”³⁰⁴ (g.n.)

Razões pelas quais não haveria “possibilidade alguma de a Defensoria Pública atuar na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, como possuidora de legitimação extraordinária”³⁰⁵.

A ADI, distribuída em agosto de 2007, permanece aguardando julgamento, não tendo ensejado a concessão de qualquer medida de natureza cautelar. Em seu processamento se habilitaram como ‘amicus curiae’ a Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP, e a Associação Nacional de Defensores Públicos da União – ANDPU, que se manifestaram pela constitucionalidade do inciso II, art. 5º, da Lei 7347/85.

Em sua manifestação, o Congresso também se posicionou pela constitucionalidade do referido inciso, defendendo a legitimação irrestrita da Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública; posicionamento corroborado pela Advocacia do Senado Federal e pela Advocacia Geral da União.

Em parecer encomendado pela Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP, a respeito da argüição de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/85 -, com a redação dada pela Lei n.11.488/2007, que conferiu legitimação ampla à Defensoria Pública para ajuizar a demanda, discutida na ADI 3943, GRINOVER reconhece a legitimidade irrestrita da Defensoria pública.

³⁰³ CF, art. 5º, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; art. 134 Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

³⁰⁴ ADI 3943, petição inicial: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, p. 05.

³⁰⁵ ADI 3943, petição inicial: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, p. 05.

Para tanto, nos aponta que a Constituição Federal, ao legitimar o Ministério Público para a propositura de ação civil pública, não lhe atribui exclusividade como o fez com relação à ação penal pública ³⁰⁶:

Art. 129. São **funções institucionais** do Ministério Público: III - **promover** o inquérito civil e a **ação civil pública**, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

§ 1º - A **legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses**, segundo o disposto nesta Constituição e na lei. **(g.n.)**

Assim, a legitimação reconhecida ao Ministério Público para a propositura de ação civil pública “não é exclusiva, mas concorrente e autônoma, no sentido de que cada órgão ou entidade legitimados podem mover a demanda coletiva, independentemente da ordem de indicação” ³⁰⁷.

Ainda, a ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação civil pública em nada prejudica ou interfere na legitimidade do Ministério Público, “tanto assim é, que diversos órgãos públicos que se manifestaram sobre esta demanda chegam até à conclusão de falta de pertinência temática em relação à requerente. A nova norma legal permite, simplesmente, que a Defensoria Pública venha somar esforços na conquista dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos da sociedade, podendo inclusive agir em litisconsórcio com o Ministério Público” ³⁰⁸.

A legitimação da defensoria não ofende as atribuições do Ministério Público. A **Lei 7.347/85** reconhece em seu texto original a possibilidade de uma legitimidade concorrente entre o Ministério Público e outros como os entes políticos, as entidades da administração

³⁰⁶ CF, Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - **promover, privativamente, a ação penal pública**, na forma da lei. **(g.n.)**

³⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer em nome da Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP, a respeito da arguição de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/85 -, com a redação dada pela Lei n.11.488/2007, que conferiu legitimação ampla à Defensoria Pública para ajuizar a demanda, em discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público- CONAMP (ADIN n. 3943, Relatora Ministra Cármen Lúcia), p. 11.

³⁰⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer..., pp. 11 e 12.

pública indireta e associações civis, **não resguardada exclusividade alguma à instituição para a propositura da ação civil pública**. Ainda, “embora ele tenha atribuições inconfundíveis com as da Defensoria Pública, existem áreas de superposição entre ambos, como também existem entre Ministério Público e Procuradoria do Estado, sem que com isso cada qual perca sua identidade” ³⁰⁹.

Por outro lado, a ampliação do rol de legitimados “representa poderoso instrumento de acesso à justiça, sendo louvável que a iniciativa das demandas que objetivam tutelar interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos seja ampliada ao maior número possível de legitimados, a fim de que os chamados direitos fundamentais de terceira geração – os direitos de solidariedade – recebam efetiva e adequada tutela” ³¹⁰.

Quanto à possibilidade de que na ação civil pública, em razão de sua natureza de processo coletivo na defesa um grupo indeterminável de pessoas entre os quais pudessem existir pessoas necessitadas e pessoas não necessitadas, **um entendimento restritivo a propósito das atribuições da Defensoria, vedando-lhe a utilização do processo coletivo em razão da possibilidade de serem “indiretamente beneficiadas pessoas que não se encontrem na condição de deficiência econômica”, restringindo-lhe à defesa de “um único interessado, ou até todos eles, desde que o fizesse um a um, mas não pudesse defender a todos de uma só vez, num único processo coletivo”, acabaria por frustrar “todas as razões que levaram a Constituição e as leis a instituir o processo coletivo (possibilitar economia processual com a substituição processual do grupo de lesados, evitar decisões contraditórias, assegurar efetivo acesso à justiça etc.)”** ³¹¹.

No mais, cabe ressaltar que a Constituição, ao disciplinar as atividades da Defensoria Pública, não limita suas atribuições, reconhecendo na “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados” sua incumbência precípua, e não sua função exclusiva.

Devemos nos lembrar que o instituto da Ação civil Pública, reconhecido no art. 5º do texto constitucional, compreende um direito fundamental, e que por isso sua interpretação “deve

³⁰⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo, p. 301.

³¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer.... p. 12.

³¹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo, pp. 300 e 301.

ter como parâmetro a faceta social do Estado brasileiro. Neste ponto, ganha relevo a busca pela concretização dos direitos sociais, e.g.m educação”³¹².

Assim, os questionamentos elaborados acerca de suas atribuições, de sua possibilidade de atuação, por exemplo, na defesa de interesses sociais por meio do processo coletivo via Ação Civil Pública, “devem ser respondidos à luz do princípio da máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, o qual é corolário das premissas formuladas”³¹³.

Por fim, devemos observar que a qualificação “necessitados” trazida pela Constituição não possui uma única interpretação, correspondente à hipossuficiência econômica. Corresponde também a necessidades de outras naturezas, como “**do ponto de vista organizacional**. Ou seja, todos aqueles que são **socialmente vulneráveis**: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente etc.”; ou mesmo sob uma “faceta da assistência judiciária, **assistência aos necessitados**, não no sentido econômico, mas **no sentido de que o Estado lhes deve assegurar as garantias do contraditório e da ampla defesa**”³¹⁴.

Razões pelas quais reconhecemos acertado o posicionamento acerca da possibilidade da propositura de ação civil pública pela Defensoria Pública na defesa de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar, de alguma forma, grupos de pessoas ‘necessitadas’.

Observada a natureza da norma que reconhece a obrigatoriedade e gratuidade do direito à educação fundamental como um direito público subjetivo a ser exercido em face do Estado, como consequência de sua não prestação ou de sua prestação deficiente legitima-se a pessoa diretamente interessada ao recebimento desse serviço à propositura de um Mandado de Segurança contra a autoridade administrativa competente a ofertá-lo. Tal qual dá ensejo à propositura pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública de ação civil

³¹² ROCHA, Paulo Osório Gomes. Concretização de direitos fundamentais na perspectiva jurídico-constitucional da Defensoria Pública: um caminho ainda a ser trilhado, p. 307.

³¹³ ROCHA, Paulo Osório Gomes. Concretização de direitos fundamentais na perspectiva jurídico-constitucional da Defensoria Pública: um caminho ainda a ser trilhado, p. 311.

³¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer... p. 14.

pública em defesa dos interesses da coletividade, resguardando de forma ampla o acesso à justiça na defesa dos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado brasileiro se organizou, a partir da Constituição da República de 1988, sob a estrutura de um Estado Social Democrático de Direito, conjugando preceitos liberais e sociais na busca pela promoção de uma sociedade mais justa e igualitária, em que se efetivem parâmetros mínimos necessários à efetiva observância dos valores informadores da dignidade humana.

O texto constitucional trouxe diversos preceitos reconhecendo a obrigação do Estado em proporcionar à sociedade condições materiais indispensáveis à consecução dos fundamentos e objetivos da República, do exercício da “cidadania”, garantia da “dignidade da pessoa humana”, construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”.

Fundamental o papel exercido pelos direitos sociais, cuja característica marcante está na sua qualidade de direitos prestacionais que determinam ao Estado deveres no sentido de elaborar e implementar políticas públicas suficientes para a realização de uma maior igualdade social.

Sua essencialidade é reconhecida universalmente, perfilhada por diversos dispositivos normativos da ordem jurídica internacional, como no Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais e no Protocolo adicional à Convenção Americana em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, ambos os textos incorporados pelo ordenamento jurídico pátrio.

A Constituinte de 1988 inovou com relação aos textos anteriores mediante a previsão de um extenso rol de direitos sociais, vários dos quais foram minuciosamente regulados ainda no texto constitucional. Reconheceu, ainda, a obrigatoriedade da prestação desses direitos pelo Estado, reconhecendo à sociedade o direito de exigir da administração pública o fiel cumprimento de suas obrigações, ainda que mediante pleito judicial.

Reconhecemos assim a justiciabilidade dos direitos sociais constitucionalmente positivados, conforme posicionamento já consolidado em nossos tribunais superiores que, em exame de questões relacionadas à efetividade da prestação do direito à saúde, assistência social e educação, por exemplo, reconhece a necessidade de que a administração pública atue em estrita conformidade com os ditames constitucionais, reconhecendo a vinculação de sua atividade aos limites constitucionalmente estabelecidos.

Na busca pela construção de uma sociedade em que os cidadãos conscientemente participem da construção de sua própria história, a educação aparece como elemento indispensável a essa habilitação. Consciência essa que corresponde, no sentido empregado por ROUSSEAU, ao guia seguro de um ser inteligente e livre, a um princípio inato de justiça e verdade de acordo com o qual, apesar de nossas máximas particulares, somos capazes de julgar boas ou más nossas ações e as alheias ³¹⁵.

O processo educativo, de que devem participar todos os membros da sociedade, é responsável pela construção da consciência do papel do homem na história. Educando e educador se apresentam como agentes da estruturação do conhecimento das habilidades e capacitações necessárias à capacitação do homem para atuar como sujeito da história.

Para tanto, a educação deve se desenvolver no sentido de proporcionar ao homem o exercício de sua liberdade, por meio de sua capacitação para o pensar e decidir de acordo com a bagagem que a humanidade construiu ao longo dos anos, integrando-o a seu contexto e tradição sócio cultural.

Assim, torna-se imperiosa a adoção e o exercício de uma concepção crítica de educação, que reconhece a autonomia e a liberdade dos sujeitos desse processo, educando e educador, que numa reflexão conjunta, crítica e autêntica da relação homem-mundo, é

³¹⁵ Emílio, pp. 329 e 331.

responsável pela apreensão do arcabouço cultural historicamente acumulado, permitindo o desenvolvimento das potencialidades humanas e possibilitando a evolução, o desenvolvimento da sociedade.

Valemo-nos dos ensinamentos de Paulo FREIRE, que reconhece na educação um mecanismo de ‘humanização do homem’, tornando-os compromissados com o mundo, habilitando-os a atuar e refletir, modificando sua “percepção da realidade, que antes era vista como algo imutável, significa para os indivíduos vê-la como realmente é: uma realidade histórico-cultural, humana, criada pelos homens e que pode ser transformada por eles”³¹⁶.

Reconhecido o papel do Estado, de preservar a vida social e promover o bem comum, a ele cabe a oferta da educação, gratuita e obrigatória ao menos em seus níveis essenciais, conforme reconhecido pela comunidade internacional, e adotado pela ordem constitucional brasileira.

Pela Constituição de 1988, é reconhecido ao Estado o dever de prestar o serviço educacional, de forma obrigatória e gratuita em seu nível essencial: educação fundamental.

Esse dever do Estado corresponde a um direito, público e subjetivo, dos membros da sociedade. Temos consolidada a seguinte situação jurídica: a educação, em seu nível fundamental, deve ser prestada pelo Estado “visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”³¹⁷, garantida igualdade de condições de acesso e permanência e de um padrão de qualidade.

Mais que um direito do indivíduo, o direito à educação se qualifica como o interesse da sociedade, de relevância pública e social com vistas ao bem comum, de capacitação dos membros da sociedade ao exercício de sua cidadania.

Pelo reconhecimento no texto original da constituição da obrigatoriedade e gratuidade de seu oferecimento pelo Estado ao ensino fundamental sem restrições, o constituinte

³¹⁶ Educação e mudança, pp. 18 e 50.

³¹⁷ CF, art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho

originário realizou a opção de dirigir essa proteção a todos aqueles a que possa se direcionar o ensino fundamental, crianças e jovens em 'idade escolar' bem como jovens e adultos que, embora superada essa idade adequada, não tenham cursado e concluído com êxito essa modalidade de ensino.

Concretamente, podemos averiguar que a educação em nosso país não se concretiza em harmonia com os ditames constitucionais. Em termos de oferta, o ensino fundamental direcionado a crianças e jovens em idade escolar alcança quase que a totalidade do público alvo.

Entretanto, em razão do déficit qualitativo em sua prestação, seja por questões objetivas como número excessivo de alunos em sala de aula, por não capacitação adequada dos educadores, seja por questões subjetivas como a adoção de uma cultura educacional inadequada, verifica-se um uma taxa elevada de evasão escolar, de abandono anterior a conclusão desse ciclo educacional.

Como consequência, mantemos índices elevados de analfabetismo, absoluto ou funcional, de nossa população. Hoje, mais de 25% da população economicamente ativa do país encontra-se nessa situação.

Temos, assim, a coexistência de duas situações problemáticas a que deve ser direcionada a atuação do Estado, nos termos de suas obrigações constitucionais, com relação ao sistema de ensino: promover uma educação fundamental de qualidade, tanto para o ciclo regular (crianças e jovens em idade escolar) quanto para a educação de jovens e adultos, assim impedindo novos egressos do sistema educacional em situação de analfabetismo e promovendo a alfabetização daqueles que já se enquadram nessa situação.

A esse dever do Estado, de prestar de forma efetiva a educação fundamental, corresponde um direito dos cidadãos e da sociedade. Razão pela qual é imperativa a necessidade da atuação da sociedade civil e das entidades legitimadas a exigir do Estado o estrito cumprimento de seu dever legal.

Destacamos, nesse sentido o papel do Ministério Público e da Defensoria Pública que, legitimados à propositura da ação civil pública têm o dever institucional de buscar a plena realização desse direito.

Podemos concluir pela existência dos instrumentos, materiais e processuais, necessários à erradicação do analfabetismo em nosso país em razão do reconhecimento do direito à educação fundamental como um direito público e subjetivo passível de exigibilidade em juízo, individual e coletivamente, conforme demonstrado no desenvolver dessa dissertação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2002.

ADI 3943, petição inicial: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público.

ALONSO JÚNIOR, Hamilton. Ação Civil Pública: ampliação do objeto e direitos fundamentais. *In* A Ação civil Pública após vinte anos: efetividade e desafios. Coord. Edis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ALVIN, Márcia Cristina de Souza. A educação e a dignidade da pessoa humana. *In* FERRAZ, Anna Cândida da Cunha e BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização, São Paulo: EDIFIEO, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. Cidadania, Direitos Humanos e democracia. *In* ARIENTE, Eduardo Altomare (Coord.). Fronteiras do Direito Contemporâneo. São Paulo: Fotolitos e impressão, Imprensa oficial do Estado, 2000.

BEDÊ, Fayga Silveira. Sísifo no limite do imponderável ou os direitos sociais como limites ao poder Reformador. *In*: Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao

professor J. J. Canotilho (BONAVIDES, Paulo, LIMA, Francisco Gérson Marques de, e BEDÊ, Fayga Silveira. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006).

BERNARD, Charlot. A mistificação pedagógica. Editora Zahar, 1979.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 22ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. [tradução de Carlos Nelson Coutinho] 8ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ação civil pública: comentários por artigos. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2001

Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Código Penal, [Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#)

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Constituição Mexicana de 1917

Constituição Russa de 1936

Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 1969 _
Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992

Declaração Mundial sobre Educação Para Todos - Jomtien

Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948

DEWEY, John. Vida e educação. Tradução de Anísio Teixeira. 6ª edição. São Paulo:
Edições Melhoramentos.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Editora
Atlas, 2007.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. *in*
Educação e Sociedade: Revista da Ciência da Educação. Centro de Estudos Educação e
Sociedade – V. 28, número 100 – Especial outubro 2007. Campinas: CEDES, 2007.

Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990

FIORI, Ernani Maria. Aprender a dizer a sua palavra, prefácio *in* FREIRE, Paulo.
Pedagogia do oprimido, 33ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

FREIRE, Paulo. Educação e mudança. Tradução de Moacir Gadotti e Lilian Lopes Martin.
7ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

FREIRE, Paulo. Pedagogia do oprimido. 33ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. São Paulo: Malheiros Editores
Ltda., 1998.

GARCIA, Maria. Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da
responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 315 a 319.

GHIRALDELLI Junior, Paulo. História da educação brasileira. São Paulo: Cortez, 2006.

GILES, Thomas Ramson. História da Educação. São Paulo: Editora Pedagógica Universitária Ltda, 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer em nome da Associação Nacional de Defensores Públicos – ANADEP, a respeito da argüição de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/85 -, com a redação dada pela Lei n.11.488/2007, que conferiu legitimação ampla à Defensoria Pública para ajuizar a demanda, em discussão na Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público- CONAMP (ADIN n. 3943, Relatora Ministra Cármen Lúcia).

HORTA, José Silvério Baia. “Direito à educação e obrigatoriedade escolar”. *Cadernos de Pesquisa Fundação Carlos Chagas*, São Paulo, n. 4, p. 28, 1998.

LAFER, Celso. A internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das letras, 1988.

Lei de diretrizes e bases da educação nacional, Lei nº 5.692/1971.

Lei de diretrizes e bases da educação nacional, Lei 9.394/1996.

Lei de ação civil pública, Lei 7.347/85.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses, 21 edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos, cidadania e educação: do pós segunda guerra à nova concepção introduzida pela Constituição de 1988, *in* Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos. ANNONI, Danielle (Coordenadora) e outros _ Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional 3ª ed. São Paulo: editora Saraiva: 2008.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Proteção judicial dos direitos fundamentais. *In* Proteção Judicial dos direitos fundamentais. Coord. Vidal Serrano Nunes Junior. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda, 2007.

Observação Geral nº 3 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e culturais. *In* www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-dir-econ-soc-culturais.html

-

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. Da universalidade do ensino fundamental ao desafio da qualidade: uma análise histórica. *in* Educação e Sociedade: Revista da Ciência da Educação. Centro de Estudos Educação e Sociedade – V. 28, número 100 – Especial outubro 2007. Campinas: CEDES, 2007.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O Direito à Educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça. *In* Revista Brasileira de educação nº61 (*in* http://www.anped.org.br/rbe/rbedigital/RBDE11/RBDE11_07_ROMUALDO_PORTELA_DE_OLIVEIRA.pdf).

Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos _ Decreto nº 591, de 6 de julho 1992.

Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 _ Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992.

PALU, Oswaldo Luiz. Controle de Constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PARRO, Vítor Henrique. Educação como exercício do poder: crítica ao senso comum em educação, 2008.

Pesquisa Nacional por amostra de Domicílios (Pnad) – 2005, IBGE, *in* <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2005/default.shtm>.

Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) – 2007, IBGE, *in* http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1230&id_pagina=1.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e a jurisdição Constitucional Internacional. In: Constituição e Democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Canotilho (BONAVIDES, Paulo, LIMA, Francisco Gérson Marques de, e BEDÊ, Fayga Silveira _ Malheiros Editores Ltda., São Paulo, SP: 2006).

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. *In* LEITE, George Salomão (organizador). Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo: Malheiros Editores.

PIOZZI, Patrícia .Utopias revolucionárias e educação pública: rumos para uma nova “cidade ética”. (*in* Educação e Sociedade: Revista da Ciência da Educação. Centro de Estudos Educação e Sociedade – V. 28, número 100 – Especial outubro 2007. Capinas: CEDES, 2007).

Plano Nacional de Educação, Lei 10.172, de 9 de janeiro de 2001.

POLICARPO, Douglas, ROSSINI, Ângela e CASTRO, Regina Cristina Braz de. Ação Civil Pública: histórico, natureza e tutela. *In* Proteção Judicial dos direitos fundamentais. Coord. Vidal Serrano Nunes Junior. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira Ltda, 2007.

PORT, Otávio Henrique Martins. Os direitos sociais e econômicos. São Paulo: RCS Editora, 2005.

Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de São Salvador), de 1988 _ Decreto Legislativo nº 56, de 1995.

Recurso Especial nº 510598/SP, voto-vista da Ministra Eliana Calmon.

Recurso Especial nº 575.280/SP. Relator Ministro Luiz Fux. Diário da Justiça de 25 de outubro de 1004.

Recurso Especial nº 610.235/DF, T-1 Primeira Turma, Relator Ministra Denise Arruda, Diário da Justiça de 23 de abril de 2007.

Recurso Especial nº 736524/SP, T1- Primeira Turma, Relator Ministro Luiz Fux, Diário da Justiça de 03 de abril de 2006.

Recurso Habeas Corpus 79.785/RJ, RTJ 183/1010-1012, 1022, Voto Ministro Relator Sepúlveda Pertence.

Recurso Extraordinário 566.343-1, São Paulo. Voto-vogal Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

Relatório INAF/Brasil – 2007.

Relatório de indicadores sociais – IBGE, 2004, *in* DiretórioFTP/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2004/Tabelas/Resultados/, em ftp.ibge.gov.br.

ROCHA, Paulo Osório Gomes. Concretização de direitos fundamentais na perspectiva jurídico-constitucional da Defensoria Pública: um caminho ainda a ser trilhado. *In* Leituras

Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Org. Marcelo Novelino. Bahia: Editora Juz Podium, 2008.

ROUSSEAU, Jean Jacques, tradução de MILLIET, Sérgio. Emilio ou da educação. 3ª edição, DIFEL: Rio de Janeiro – São Paulo, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto de crise. *In Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: 2004, número 2, 121/168.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas constitucionais. São Paulo: Malheiros Editores.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 5ª edição, Malheiros Editores: São Paulo, 2008.

SOARES, Maria Victória de Mesquita Benevides, in SCHILLING, Flávia (org) Direitos Humanos e Educação: outras palavras, outras práticas, São Paulo, Cortez Editora, 2005.

TJRJ – AI 3274/96 – Vassouras – 2ª Câmara, Relator Luiz Odilon Bandeira, j. 25.02.97

TJRS, Acórdão n. 70014401784/2006, Apelação Cível, 4ª Câmara, relator Araken de Assis, j.12.04.06.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. *In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.)*. Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de direitos constitucional, internacional e comparado, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado Internacional dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

WAGNER, Daniel A., tradução de OLIVEIRA, Lólio Lourenço de. Alfabetização: construir o futuro. Brasília: SESI-DN, 2000

ABSTRACT

This current dissertation aims to study elementary education. It intends to analyze the most satisfactory theory of education to the exercise of citizenship under the Social Democratic State.

According to its nature of a social right, the right to education is analyzed under the Human Rights theory and under the principles 1988 Federal Constitution.

At last, we have faced its court demanding by the recognition of an individual and a collective defense, facilitated by its qualification as an public subjective right by the 1988 Constitution.