

Notas históricas e conceituais sobre o direito social à educação

Rogério Borba¹

Juliana Portella de Aguiar Vieira²

Resumo

Considerando-se a inegável importância da educação nas transformações sociais que se deseja para o país, objetiva-se analisar o direito social à educação em seu contexto de surgimento, evolução e efetivação. Para tanto, procede-se ao estudo, através da metodologia histórica e documental, das determinações constitucionais e infraconstitucionais sobre o tema, bem como à análise das interpretações decorrentes de tais normas. Desse modo, observa-se que a educação é um direito cuja efetivação depende de medidas concretas, o que permite concluir que o Brasil precisa dar ao tema o papel de prioridade que lhe é merecido, o quanto antes.

Palavras-chave: Direito à educação; direito social; constituição; análise documental.

Abstract

Considering the undeniable importance of education in the social transformations desired for the country, it aims to analyze the social right to education in its context of emergence, evolution and effectiveness. In order to do so, we study, through historical and documentary methodology, the constitutional and infraconstitutional determinations on the subject, as well as the analysis of interpretations resulting from such norms. In this way, it can be observed that education is a right whose implementation depends on concrete measures, which leads to the conclusion that Brazil needs to give the theme its priority role, as soon as possible.

Keywords: Right to education; social law; constitution; documentary analysis.

Introdução

O presente artigo versa sobre um tema cuja importância é indiscutível para o desenvolvimento de qualquer nação: o direito à educação. É certo que investimentos na área educacional consistem em investimentos no combate às diversas mazelas de um país, pois uma população educada e bem informada possui força motora para realizar importantes modificações sociais.

¹ Doutor em Sociologia (UCAM). Bacharel e Especialista em Direito (UCAM), Mestre em Direito (FDC). Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro da LIMAA. Professor do Ibmec, da UniCarioca, da Universidade UNESA e da EMERJ. Advogado. Advogado. E-mail: rogerioborba@gmail.com

² Graduada em Economia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Mestranda em Administração Pública pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (FGV/EBAPE) do Rio de Janeiro. Economista. E-mail: portella.juliana.com

O artigo se insere no ramo das Ciências Jurídicas e Econômicas, nas áreas do Direito Constitucional e Direito Educacional, sendo analisado em uma perspectiva histórica.

Pretende-se, assim, verificar a procedência das justificativas que são frequentemente apresentadas, no caso brasileiro, no que se refere aos investimentos em educação. A hipótese consiste em apontar que, por mais que se fundamentem em permissões legais ou motivações concretamente relacionadas com a realidade do Brasil, tais justificativas pecam por não atender a preceitos básicos de defesa e garantia de direitos inerentes ao homem.

Objetiva-se, com isso, avaliar, de forma geral, a construção do direito à educação ao longo da história constitucional brasileira e, especificamente, os instrumentos de sua defesa e aplicação em prol da coletividade. A metodologia adotada foi a bibliográfica e documental.

A relevância acadêmica da pesquisa se demonstra no sentido de contribuir para o reconhecimento / consolidação do direito à educação como bem jurídico de toda a coletividade, sob o manto de direito fundamental.

O trabalho apresenta a análise à temática dos direitos fundamentais, sua evolução, a previsão normativa internacional por meio de tratados, bem como suas diversas características. Após, parte-se para a análise do direito à educação como direito fundamental, apresentando sua evolução nas Constituições Brasileiras anteriores, na Constituição de 1988 e na Lei de Diretrizes e Bases. Em seguida, trata da efetivação do direito à educação, passando pelo breve estudo acerca de seus elementos, o acesso obrigatório e gratuito à educação, a responsabilidade estatal, a organização do sistema de ensino, a distribuição e disponibilização de recursos, a sua tutela e seu reconhecimento como mínimo existencial ao indivíduo.

Direitos fundamentais

Por demais divergente é a nomeação de tais direitos, suscitando debates acalorados na doutrina, recebendo múltiplas outras designações, que não serão mencionadas por não ser objeto de estudo do presente trabalho.

Da mesma forma, não há consenso na legitimação dos mesmos, haja vista poucos entenderem que são oriundos de uma entidade divina, outros de um direito natural, superior e próprio do ser humano, alguns acreditarem que eles surgem da construção legal por meio da racionalidade humana e, mais recentemente, surgiu o entendimento de que tais direitos são fruto de uma progressão histórica da humanidade.

Pode-se dizer que são direitos fundamentais aqueles ligados à vida humana, possuidores de elementos garantidores de sua existência, por meio de mecanismos que efetivem e ampliem tais direitos. Neste sentido, no entender de Emerson Garcia:

“São considerados fundamentais aqueles direitos inerentes à pessoa humana pelo simples fato de ser considerada como tal, trazendo consigo

os atributos da tendência à universalidade, da imprescritibilidade, da irrenunciabilidade e da inalterabilidade. Não encontram sua legitimação em um texto normativo específico ou mesmo em uma ordem supralegal de matriz jusnaturalista, mas, sim, em uma lenta evolução histórica.”³

Levando-se em conta a legitimação dos direitos fundamentais em um processo histórico, há de se observar a classificação ensinada por Fábio Konder Comparato⁴, que divide este processo de legitimação em dimensões ou gerações de direitos, como se verá a seguir.

Dimensões dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são divididos pela doutrina de acordo com os três princípios basilares da revolução francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade, cada qual com suas funções e peculiaridades. Sobre o tema, Paulo Bonavides explica que:

“Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.”⁵

Importante ressaltar que não se trata de supressão de direitos. Ao contrário, trata-se de haver uma complementação entre eles, não servindo a presente classificação como modo de analisar isoladamente cada um, tendo em vista a sua interdependência, conforme será analisado adiante.

Direitos de primeira geração: direitos civis e políticos

São os direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, levando-se em conta o passado de arbitrariedades cometidas pelas autoridades, e a necessidade de se impor uma postura negativa, ou seja, de não interferência a este mesmo Estado, facultando àquele indivíduo um direito de resistência ou de oposição ao Estado.

Consistem, portanto, em manifestações de liberdade em um aspecto individual, quando o homem adquire a capacidade de realizar negócios sem a ingerência pública, consubstanciando no direito civil, bem como na aquisição da capacidade de participar da vida pública.

Neste sentido, ensinam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior:

³ GARCIA, Emerson. *O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade*. In GARCIA, Emerson. *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2004.

⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 21ª edição. 2007.

“São os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado. Assim sendo, estabelecem qual o domínio das atividades individuais e qual o das estatais, impondo um dever de abstenção do Estado em certas matérias ou domínios da atividade humana. Em regra, são integrados pelos direitos civis e políticos, dos quais são exemplos o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio etc. São direitos que representavam uma ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, permanecendo longe de qualquer interferência no relacionamento social. São as chamadas liberdades públicas negativas ou direitos negativos, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção.”⁶

Importante notar que tais direitos não exigem qualquer gasto público, nem esforço maior, a não ser do próprio Estado em controlar seus atos. Isso, em última instância, facilita o respeito e a efetivação, provocando um fenômeno curioso, que é a sua invocação, mesmo nas hipóteses sobre as quais o presente artigo irá tratar adiante, quando o objeto não tiver relação direta com o conteúdo por ele tutelado.

Direitos de segunda geração: direitos econômicos, sociais e culturais

Da mesma forma pela qual os direitos de 1ª geração vigoraram no século XIX, os direitos de 2ª geração comandaram o século XX, quando foi possível observar a efetivação do princípio revolucionário da igualdade, que permitiu a imposição de um estado social, de natureza programática. Estes direitos exigem do Estado um papel ativo, ou seja, uma postura positiva, demandando a formulação de uma política pública de interferência na sociedade, em atendimento à demanda das classes menos favorecidas.

Em razão disto, estes direitos possuem a sua eficácia restringida, pois sua efetivação demanda um gasto público com prestações de ordem material, o que, na maioria das vezes, não pode ser realizado, em razão da ausência de recursos⁷.

Indo ao encontro deste raciocínio, leciona André de Carvalho Ramos:

“Os direitos humanos de 2ª geração são frutos, como vimos, das chamadas lutas sociais na Europa e nas Américas, sendo seus marcos a Constituição mexicana de 1917 (que regulou o direito ao trabalho e à previdência social), a Constituição alemã de Weimar de 1919 (que, em sua parte II, estabeleceu os deveres do Estado na proteção dos direitos sociais) e, no Direito Internacional, o Tratado de Versailles, que criou a Organização Internacional do Trabalho, reconhecendo o direito dos trabalhadores.”⁸

⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva. 1998.

⁷ Daí surge a teoria da reserva do possível.

⁸ RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

Pode-se observar, portanto, que os direitos econômicos, sociais e culturais são fruto de uma segunda reação popular, não mais contra a tirania estatal, mas contra a desigualdade e a busca pelos seus demais direitos.

Direitos de terceira geração: direitos coletivos e difusos

Mais tarde, já no limiar dos séculos XX e XXI, percebe-se que o homem não está suficientemente protegido. Embora tenha alcançado muitas conquistas, existem ainda direitos individuais a serem efetivados. O problema é que estes direitos não podem ser tutelados individualmente, embora sejam inerentes a cada indivíduo.

Surge então um mecanismo de tutela coletiva, de maneira a efetivar a terceira parte do lema francês, a fraternidade, renomeada para solidariedade. São eles: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, entre outros. Nos dizeres de Alexandre de Moraes:

“Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou de fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, no dizer de José Marcelo Vigliar, os interesses de grupos menos determinados de pessoas, sendo que entre elas não há vínculo jurídico ou fático muito preciso.”⁹

Sobre o tema, de mesmo modo, destaca Celso de Mello:

“enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.”¹⁰

Pensar na efetivação de direitos coletivos e difusos passa, necessariamente, por pensar em mecanismos de concretização dos direitos individuais dos cidadãos, que, juntos, compõem a coletividade a que se pretende tutelar. Os direitos de terceira geração consistem em uma etapa em que individual e coletivo não mais são enxergados separadamente, mas, ao contrário, o ideal de solidariedade e fraternidade só faz sentido se abarcar ambas as formas de tutela de direitos.

⁹ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas. 19ª Edição. 2006.

¹⁰ STF – Pleno – MS n 22164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 17 de novembro de 1995. p. 39.206

Previsão normativa internacional dos direitos fundamentais

Para que se consiga realizar medidas de concreta proteção dos direitos fundamentais, é preciso que haja o amparo legal que norteie a atividade dos órgãos responsáveis por esta missão. Ao longo dos anos, documentos legais por todo o mundo trataram de efetivar a proteção dos direitos fundamentais em seus textos, moldados em conformidade com a cultura e época das sociedades que os criaram.

Carta Magna da Inglaterra (1215)

A Carta Magna inglesa do século XIII é o primeiro documento a assegurar ao homem livre seus direitos diante da interferência estatal. Embora não permita afastar totalmente a interferência do soberano, o diploma serviu como fonte de referência de direitos pré-existentes, além de apresentar uma perspectiva para a aquisição de novos direitos.

Como se verifica em sua redação:

“Concedemos também a todos os homens livres do reino, por nós e por nossos herdeiros, para todo o sempre, todas as liberdades abaixo remuneradas, para serem gozadas e usufruídas por eles e seus herdeiros, para todo o sempre [...]”¹¹

“(...) desejamos e firmemente ordenamos que a igreja inglesa seja livre e que os homens do nosso reino tenham e conservem todas as liberdades, direitos e concessões acima, sólidos e em paz, livre e serenamente, plena e completamente, para si e para os seus herdeiros, em todas as coisas e lugares, perpetuamente como será dito. Isto foi jurado por nós e por nossos barões, que tudo o acima referido será mantido em boa-fé e sem malícia.”¹²

A Carta Magna inglesa é considerada um dos documentos jurídicos mais importantes da história. Seu texto trazia, entre outras coisas, uma preocupação quanto à limitação à tributação, à prestação de serviços e à aplicação de penas, além do acesso à justiça e liberdade de locomoção, porém sempre com a ressalva da necessidade e preponderância do melhor interesse do Estado. É certo que seu conteúdo possuía as limitações inevitáveis de qualquer documento legal, mas isso não impediu a Carta Magna inglesa de ser, historicamente, um símbolo de avanço legislativo no mundo ocidental até a presente data.

Declaração dos direitos do bom povo da Virgínia (1776)

Cerca de cinco séculos e meio após a Carta Magna inglesa, surge um novo documento legal no mundo, por meio do qual os direitos fundamentais

¹¹ COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹² Magna Carta Inglesa (1215). Item 63. Disponível em: <http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf>. Acesso em 09 set. 2017.

são reconhecidamente inatos ao ser humano, a quem são conferidos os poderes soberanos de Estado. Neste sentido, observa-se em seu parágrafo I:

“Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.”¹³

O documento inova, ainda, ao prever a tripartição de poderes do Estado, o respeito às leis e à liberdade de imprensa, como direitos inerentes ao homem, indispensáveis ao regime democrático.

Declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789)

No mesmo período, o povo francês promulga esta declaração, reiterando os ideais e direitos outrora manifestados pelos documentos predecessores, destacando-se a previsão de defesa da liberdade de pensamento e de manifestação, como se observa em sua redação:

“Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.”¹⁴

Documento culminante da Revolução Francesa, sua divulgação refletiu um ideal de universalidade, por meio do qual se pensava os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade para além de quaisquer interesses particulares.

Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948)

Com 30 artigos, foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos – também chamada de Declaração Universal dos Direitos do Homem. A motivação era o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, verificando o desrespeito por parte dos Estados e objetivando o compromisso dos mesmos para com a observância e o cumprimento de tais direitos.

¹³ COMPARATO, Fabio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁴ Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 09. Set. 2017.

Trata-se do documento de maior abrangência, tanto de direitos positivados, quanto de adesão por Estados, servindo de referência para o reconhecimento dos direitos fundamentais, reiterando os direitos já afirmados e apresentando outros novos a serem observados.

Entre todos os documentos legais históricos mencionados até então, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é a primeira a estabelecer especificamente o direito à educação fundamental como elementar ao homem, sendo dever dos Estados permitir o seu acesso, responsável pela transmissão de conhecimento e pelo desenvolvimento de capacidades:

“Artigo 26. 1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito. 2. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz. 3. Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o gênero de educação a dar aos filhos.”¹⁵

O documento serviu para ressignificar a ideia de direitos humanos e garantias fundamentais para todos, sendo um marco histórico na efetivação da universalidade de tais direitos. Até a presente data, é igualmente, considerado um marco legislativo na contribuição da efetivação destas medidas humanizadoras.

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

Se o tema dos direitos humanos é central para qualquer discussão que pretenda abordar os fundamentos de um estado democrático, documentos como o presente pacto são de fundamental importância ao presente estudo. As Nações Unidas tinham a intenção de elaboração de uma Carta Internacional de Direitos Humanos, a qual seria composta pela Declaração Universal junto com o Pacto Internacional. No entanto, divergências entre os blocos mundiais levaram à elaboração de dois distintos tratados.¹⁶

Datado de 1966, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais detém um artigo específico, de número 13, dispendo sobre o direito à educação, como sendo obrigatória e acessível gratuitamente a educação fundamental a todos, inclusive àqueles que não receberam a educação primária, como forma de

¹⁵ TAVARES, Francisco de A. Maciel, NETO, Alfredo de S. Coutinho. *Direito Internacional: Estrutura Normativa Internacional. Tratados e Convenções*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

¹⁶ WEIS, Carlos. *O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado6.htm>>. Acesso em 06. Set. 2017.

capacitação do indivíduo, buscando fortalecer o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais. O dispositivo seguinte determina que:

“ARTIGO 14. Todo Estado Parte do presente pacto que, no momento em que se tornar Parte, ainda não tenha garantido em seu próprio território ou territórios sob sua jurisdição a obrigatoriedade e a gratuidade da educação primária, se compromete a elaborar e a adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano de ação detalhado destinado à implementação progressiva, dentro de um número razoável de anos estabelecidos no próprio plano, do princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos.”¹⁷

Pelo texto do artigo 14, percebe-se a preocupação do referido documento não apenas em determinar que o direito à educação é fundamental a todos os indivíduos, como também que haja uma imposição aos Estados para que façam cumprir tal determinação.

Convenção americana sobre direitos humanos (1969)

O Pacto de San José da Costa Rica, de abrangência no continente americano, reitera direitos reconhecidos, instituindo ainda importante instrumento de efetivação dos mesmos, qual seja, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que é responsável pela apuração, pelo julgamento e pela punição do Estado Parte, quando do descumprimento de normativas de direitos fundamentais, por iniciativa de qualquer um, como dispõe o artigo 44:

“Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte.”¹⁸

Tentando contribuir com a efetivação de um sistema global de garantias de proteção dos direitos humanos, o documento tornou-se referência histórica na legislação mundial sobre o tema.

Características dos direitos fundamentais

O presente artigo pretende tratar do direito fundamental à educação, motivo pelo qual faz-se necessária breve análise acerca dos elementos característicos desta categoria de direitos.¹⁹

¹⁷Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.

¹⁸TAVARES, Francisco de A. Maciel, NETO, Alfredo de S. Coutinho. Direito Internacional: Estrutura Normativa Internacional. Tratados e Convenções. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.

¹⁹RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.

Superioridade normativa

No direito brasileiro, as normas de direitos fundamentais estão em um patamar constitucional, sendo hierarquicamente superiores às demais normas do ordenamento jurídico pátrio. Isto significa dizer que constituem fonte de interpretação legal, não podendo ser contrariadas por normas infraconstitucionais.

Tal fato pode ser constatado a partir do artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição de 1988, que considera cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais, não podendo ser alterados, nem mesmo por Poder Constituinte Derivado.

Universalidade

Embora seja controverso e de difícil justificação, o elemento relativo à universalidade deve ser entendido em três planos, quais sejam: o da titularidade, o temporal e o cultural.

O plano da titularidade prevê que os direitos fundamentais são pertencentes a todos os seres humanos, sem distinção de cor, raça, gênero, convicção política, nacionalidade, etc. O plano temporal é entendido como a possibilidade de reconhecimento de tais direitos em qualquer momento da história da humanidade, desde que haja a presença humana. Já no plano cultural, entende-se que os direitos fundamentais têm a capacidade de permear toda e qualquer cultura, sendo um elo de conexão entre as diferentes culturas, pertencente a todas elas.

Há uma série de objeções quanto à ideia de universalidade, tendo em vista as diferenças culturais, com pouquíssimos direitos em comum entre os povos, principalmente se comparado o Ocidente com o Oriente. Além disso, a própria formulação dos documentos internacionais que fundamentam os direitos fundamentais não contou com a participação de diversos países, além de ter tido abstenções em sua votação, como ensina André de Carvalho Ramos:

“Os estudos de POLLIS e SCHWAB, dois dos mais agudos críticos do universalismo, explicitam tal crítica ao demonstrar que, embora a Declaração Universal dos Direitos Humanos tenha sido aprovada sem voto em sentido contrário sob a forma de resolução da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, houve oito abstenções (Bielorrússia, Checoslováquia, Polônia, União Soviética, Ucrânia, Iugoslávia, Arábia Saudita e África do Sul). Além disso, lembram que as potências ocidentais possuíam colônias e diversos territórios dominados, em especial na Ásia e na África, que não participaram da formulação da Declaração. Assim, concluem os autores citados, a universalização dos direitos humanos é expressão disfarçada do imperialismo cultural eurocêntrico.”²⁰

²⁰ RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. Rio de Janeiro: Renovar. 2005

De toda sorte, pode-se afirmar que, por meio de diversas manifestações, há em todas as sociedades elementos garantidores dos direitos fundamentais, sempre a partir de uma visão liberal²¹, que é própria dos direitos humanos.

Indivisibilidade

A presente característica tem como objetivo conferir a mesma proteção jurídica a todos os direitos fundamentais, independentemente da geração em que surgiram, posto que têm sua importância reconhecida. É certo que os direitos de 1ª geração têm uma aplicabilidade muito mais fácil dos que os direitos de 2ª geração, haja vista a desnecessidade daqueles de aplicar recursos para a sua efetivação, fator altamente limitador destes.

O que se busca é a preservação da dignidade da pessoa humana, interligando todos os direitos, entendendo os mesmos como um todo, de maneira a não permitir a exclusão ou a inaplicabilidade de nenhum deles.

Interdependência

Esta característica caminha em conjunto com a indivisibilidade, posto que se complementam quanto ao seu conteúdo, sendo alguns direitos desdobramentos de outros, merecendo um tratamento especial quanto a sua interpretação e aparente colidência de sentidos.

Indisponibilidade

Trata-se do reconhecimento da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais, em razão de os mesmos pertencerem à humanidade, como uma prerrogativa a ser preservada, observada a ordem social em razão do seu titular, que pode ser um idoso, um incapaz, uma criança, etc.

Não se permite, com esta característica, que o indivíduo abra mão de sua condição humana, assumindo uma condição de objeto, vindo a ferir a ordem pública. Mesmo o aparente interesse do indivíduo em abrir mão de determinado direito fundamental deve ser desconsiderado, pois há uma clara limitação à autonomia da vontade, para a preservação da dignidade da pessoa humana.

Na doutrina, um caso curioso se apresenta para ilustrar o objeto de estudo. Um anão era lançado toda noite pelos frequentadores de uma casa noturna em uma cidade nos arredores de Paris. Tal atividade foi proibida pela prefeitura municipal por tal prática ferir a ordem pública. Inconformado, o anão recorreu da decisão, informando que concordava com a atividade, que era remunerada, que recebia os equipamentos de segurança devidos, argumentando que tinha direito a trabalho e que abria mão de outros direitos para que lhe fosse permitida a prática descrita. O caso chegou até a Suprema Corte francesa, que manteve a decisão municipal, baseada na dignidade da pessoa humana, limitando a autonomia da vontade do indivíduo.

²¹ Em contraposição aos comunitaristas.

Caráter *erga omnes*

O caráter *erga omnes* se refere ao reconhecimento por todos da existência dos direitos fundamentais, bem como a sua aplicação por todos e para todos, não importando qualquer característica pessoal. Mesmo aqueles que se encontram em situação vulnerável, como os estrangeiros em situação irregular, têm direito ao respeito dos direitos fundamentais.

Exigibilidade

O primeiro passo para a efetivação dos direitos fundamentais é a sua previsão nos documentos que regem aquela sociedade. No entanto, é preciso que os textos legais façam mais do que meramente descrever tais direitos, sendo preciso mecanismos que os tornem concretamente exigíveis por parte de quem tem legitimidade para demandá-los: os cidadãos.

Assim, o que se busca com esta característica é a implementação dos direitos fundamentais, como bem assinala Norberto Bobbio:

“Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais e históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.”²²

Deste modo, mais do que a descrição abstrata dos direitos fundamentais, os documentos regentes de um estado democrático devem estabelecer medidas de caráter intimidatório de forma a não permitir – ou, ao menos, a tentar evitar – que violações de tais direitos ocorram impunemente.

Abertura

Significa dizer que, com esta característica, se busca a ampliação dos direitos fundamentais, através do seu entendimento como não-típico ou aberto, servindo os direitos já existentes como exemplos para a produção de outros direitos a serem reconhecidos.

Aplicabilidade Imediata

Em atendimento ao parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição de 1988, os direitos fundamentais são autoaplicáveis:

“Art. 5º 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:

²² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Campus, 2007.

(...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”²³

Ocorre que há uma diferença na aplicabilidade dos direitos, principalmente nos de 1ª e 2ª geração, estes exigem a utilização de recursos públicos, quase sempre escassos, o que inviabiliza a efetividade imediata dos mesmos.

A estratégia utilizada nestes casos é vincular os direitos de 2ª geração aos de 1ª geração, além de buscar a implementação do conteúdo mínimo de políticas públicas, bem como implementar os direitos que não ensejam gastos, mas apenas atos de império.

Dimensão objetiva

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais guarda estreita relação com sua característica de exigibilidade, sendo necessária para transformar os direitos humanos em regras de imposição de deveres, sobre o que explica André de Carvalho Ramos:

“A dimensão objetiva dos direitos humanos implica em reconhecer que os direitos humanos não devem ser entendidos apenas como um conjunto de posições jurídicas conferidas a seus titulares, mas também como um conjunto de regras impositivas de comportamentos voltadas à proteção e satisfação daqueles direitos subjetivos conferidos aos indivíduos. De fato, essa dimensão objetiva faz com que direitos humanos sejam regras de imposição de deveres, em geral ao Estado, de implementação e desenvolvimento dos direitos individuais.”²⁴

Sendo assim, a presente característica refere-se ao fato de que a concessão de garantias aos cidadãos depende diretamente da limitação dos direitos individuais e coletivos que possam vir a afrontar tais garantias, de forma a que o coletivo seja preservado em sua integridade, bem como os cidadãos que o compõem, individualmente.

Proibição de retrocesso

Trata-se de uma finalidade pela qual, no mínimo, resguarde-se os direitos sociais já adquiridos e, se possível, busque-se uma concretização e um avanço destes direitos. Neste sentido, consolida tal ideia Felipe Derbli:

²³ BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2017.

²⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

“O que se está a tratar é de uma finalidade, qual seja, garantir o nível de concretização dos direitos fundamentais sociais e, além disso, a permanente imposição constitucional de desenvolver essa concretização. Note-se bem que não se descrevem condutas permitidas, obrigatórias ou proibidas – muito embora se dirija a proibição de retrocesso social fundamentalmente ao legislador, não se lhe impõe a prática ou a abstenção de um ato específico.

Assim, pretende-se que o legislador, no exercício de seu mister de elaborar atos normativos, tome em linha de conta o objetivo de não suprimir, ao menos de modo desproporcional ou irrazoável, o grau de densidade normativa que os direitos fundamentais sociais já houverem alcançado. Não é ocupação da norma em exame descrever a forma pela qual o legislador pode ou deve (ou não) interferir na concretização existente do direito fundamental social.

Observa-se que a finalidade descrita, no caso, volta-se mais para que não se retorne a um estado indesejável de coisas. Em outras palavras, pretende-se, especificamente sob esta perspectiva, impedir que se retroceda a uma situação já superada, mais distante do ideal que a existente – é, portanto, uma finalidade precipuamente negativa.”²⁵

É importante salientar que não se busca proteger uma questão específica referente a um direito, mas sim o núcleo da norma, seja com um formato ou com outro, resguardando o melhor interesse para o titular do direito. Isto porque há uma necessidade real de renovação de sua forma de maneira a preservar o seu conteúdo, atendendo a demanda social e a mutação social.

Eficácia horizontal

Como última característica, consiste na aplicação obrigatória e direta dos direitos fundamentais no cumprimento das normas jurídicas entre particulares, podendo invocar tais direitos nas relações privadas.

Pode-se considerar os direitos fundamentais como aplicáveis às relações individuais, como se depreende nas palavras de Daniel Sarmento:

“(…) do reconhecimento dos deveres de proteção é possível extrair direitos subjetivos individuais à proteção, oponíveis em face do Estado, que terá a obrigação de, por meio de providências normativas, administrativas e materiais, salvaguardar os indivíduos de danos e lesões que podem sofrer em razão da atuação de terceiros.”²⁶

²⁵ DERBLI, Felipe. O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar. 2007. pp. 202/203..

²⁶ SARMENTO, Daniel. A Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. In SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 259.

Há resistência quanto a esta característica, vez que entendem alguns que a eficácia seria mediata, ou indireta, restrita às relações onde esteja o Estado, por ser instrumento de defesa contra o Estado.

Direito à educação como direito fundamental

Previsão normativa constitucional histórica

Ultrapassada a análise da determinação legal dos direitos fundamentais nos documentos históricos pelo mundo, o estudo apresentado no presente artigo depende da breve análise acerca da forma como o tema foi tratado pelas constituições brasileiras ao longo da história do país.²⁷

Constituição de 1824

A Constituição do Império previu a educação como um dos direitos fundamentais do indivíduo, mesmo que de maneira bem sucinta, estabelecendo o ensino fundamental gratuito e acessível a todos, conforme se observa no artigo 179, inciso XXXII:

“Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.”²⁸

A importância histórica de tal previsão se deve ao fato de que a Constituição do Império foi a primeira Constituição do Brasil independente. Após mais de três séculos sendo regido pelas Ordenações do Reino – legislações portuguesas da época do Brasil colônia –, a proclamação de independência do Brasil (1822) deu início à trajetória brasileira como nação independente. Este contexto torna ainda mais importante a menção ao direito à educação no referido dispositivo.

Constituição de 1891

Já a 1ª Constituição Republicana não repetiu a redação da Constituição anterior, no que se refere à gratuidade e acessibilidade a todos, restringindo-se a estabelecer o ensino leigo ministrado em estabelecimento público, conforme dispunha o artigo 72, parágrafo 6º:

²⁷ FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Democracia e Educação. In GARCIA, Emerson. A Efetividade dos Direitos Sociais. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2004.

²⁸ BRAZIL, Constituição Política do Império do, de 25 de março de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2017.

“Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.”²⁹

Assim como a Constituição anterior, a determinação da Constituição Republicana tem motivos históricos que a tornam especialmente importante. Desde os primórdios da história do Brasil independente, a lei maior do país fez constar a expressa determinação ao direito à educação.

Constituição de 1934

Esta Constituição tem por diferencial a designação de competência privativa da União para traçar as diretrizes da educação nacional, conforme estabeleceu o artigo 5º, inciso XIV: “Art 5º - Compete privativamente à União: (...) XIV - traçar as diretrizes da educação nacional;”³⁰

Da mesma maneira, recebeu a prerrogativa de fixar o plano nacional de educação, assegurando o ensino primário gratuito e obrigatório, conforme assegurava o artigo 150, parágrafo único, alínea a:

“Art 150 - Compete à União: (...) 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 extensivo aos adultos;”³¹

Consequência direta da Revolução Constitucionalista de 1932, a Constituição brasileira de 1934 teve como objetivo promover a melhoria das condições de vida da maior parte dos brasileiros e, por esta razão, criou leis sobre assuntos tais como educação, cultura, trabalho e saúde.

Constituição de 1937

A Constituição outorgada possuía outra ênfase, mitigando a ideia de gratuidade do ensino, bem como enfocando o aspecto de formação do indivíduo ao seu papel junto à Nação, de acordo com os artigos 130 e 132:

“Art 130 - O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais

²⁹ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

³⁰ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do, de 16 de julho de 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

³¹ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do, de 16 de julho de 1934. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

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.

(...)

Art 132 - O Estado fundará instituições ou dará o seu auxílio e proteção às fundadas por associações civis, tendo umas; e outras por fim organizar para a juventude períodos de trabalho anual nos campos e oficinas, assim como promover-lhe a disciplina moral e o adestramento físico, de maneira a prepará-la ao cumprimento, dos seus deveres para com a economia e a defesa da Nação.”³²

Ao contrário da Constituição anterior, a de 1937 não passou pela discussão ou apreciação de uma comunidade de especialistas no tema, tendo sido escrita por somente uma pessoa, no intuito de consolidar o novo Estado varguista. O texto elaborado para sustentar o regime de Vargas ancorava-se em modelos europeus.

Constituição de 1946

No retorno à democracia, a Constituição retoma à ideia da Constituição de 1934, conforme estabelecia o artigo 5º, inciso XV, alínea d: “Art 5º - Compete à União: (...) XV - legislar sobre: (...) d) diretrizes e bases da educação nacional;”³³ Dando continuidade à normatização do direito à educação, os artigos 166 a 169 inovam na previsão de dotação orçamentária mínima para assegurar e efetivar tal direito, como se observa em:

“Art 166 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana.

Art 167 - O ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos Poderes Públicos e é livre à iniciativa particular, respeitadas as leis que o regulem.

Art 168 - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios:

I - o ensino primário é obrigatório e só será dado na língua nacional;

II - o ensino primário oficial é gratuito para todos; o ensino oficial ulterior ao primário sê-lo-á para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos;

(...)

Art 169 - Anualmente, a União aplicará nunca menos de dez por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nunca menos de vinte por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino.”³⁴

³² BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do, de 10 de novembro de 1937. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

³³ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do, de 18 de setembro de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

³⁴ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do, de 18 de setembro de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

Durante a sua vigência, foi promulgada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional³⁵, de maneira a complementar e efetivar o ideal constitucional de uma política de acesso irrestrito à educação.

Constituição de 1967

Com uma nova Constituinte, foi mantida a política educacional das outras Constituições, inovando na obrigatoriedade do ensino a todos com idade entre 7 e 14 anos, que era realizado nos estabelecimentos primários oficiais de maneira gratuita, como se depreende do artigo 168 e seus parágrafos:

“Art 168 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana.
§ 1º - O ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Poderes Públicos.
§ 2º - Respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à Iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive bolsas de estudo.
§ 3º - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas:
I - o ensino primário somente será ministrado na língua nacional;
II - o ensino dos sete aos quatorze anos é obrigatório para todos e gratuito nos estabelecimentos primários oficiais;”³⁶

A referida Constituição tem sua importância histórica justificada pelo fato de ter sido a primeira promulgada após a chegada dos militares ao poder, em 1964. Os novos representantes iniciaram uma empreitada de oposição política às diretrizes estabelecidas pela Constituição de 1946. Neste cenário, a Constituição de 1967 ter mantido as determinações voltadas ao direito à educação reforça a importância do tema na ordem constitucional do país a qualquer tempo.

O direito à educação na Constituição de 1988

Direito de todos e dever do Estado e da família

A responsabilidade de proporcionar educação ao indivíduo é dever tanto do Estado quanto da família, que deve, na medida do possível, oferecer condições para que aquele mesmo indivíduo possa estudar, sob pena de se responsabilizar os pais ou os responsáveis legais³⁷. Neste sentido, rege o artigo 205 da Constituição de 1988:

³⁵ Lei n 4.024/61, que foi revogada pela Lei n 9394/96.

³⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 20 de outubro de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

³⁷ No estado de Minas Gerais, o Ministério Público Estadual, em conjunto com as Secretarias Municipal e Estadual de ensino, mapearam a evasão escolar, identificando as crianças que estavam fora da escola, e ingressaram com ações judiciais contra os pais ou responsáveis legais das crianças, sob o argumento de estarem violando direito fundamental.

“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.”³⁸

A Educação tem três planos de atuação, buscando o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho. O pleno desenvolvimento da pessoa faz referência ao aspecto intelectual, ou seja, ao desenvolvimento da capacidade de aprendizado, à preparação para os outros níveis de ensino e à formação do raciocínio do indivíduo.

Já o preparo para o exercício da cidadania tem por finalidade o aspecto político, buscando a formação de um ser crítico e participativo da vida política do país, seja por meio do voto, seja por meio da cobrança de seus direitos, sempre sabedor de quais são eles. Por fim, a qualificação para o trabalho abrange o aspecto profissionalizante, em que o indivíduo está se preparando para o seu ingresso no mercado de trabalho, devendo adquirir conhecimento e desenvolver competências.

Princípios

Entendendo o princípio como espécie de norma, que serve como manifestação de valores a serem utilizados em sua interpretação³⁹, a Constituição elencou, a título exemplificativo, princípios norteadores do ensino.

Assim dispõe o artigo 206 da Constituição de 1988:

“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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade. VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou

³⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

³⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros. 2006.

adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)⁴⁰

Diante deste panorama, verifica-se que todo o ensino brasileiro, em especial o público, no caso em estudo, o fundamental, deve atender aos princípios emanados da Constituição, sob pena de os comandos legais contrários serem tidos como inconstitucionais. Passa-se então à análise de cada um deles.

Deve ser observada a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, onde não pode haver discriminação de nenhuma natureza, além de ser implementada uma política de estímulo ao estudo e de manutenção do aluno na escola. Por certo, há de haver uma liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, com o intuito de fornecer um ensino de qualidade, com uma visão libertária de reprodutora dos ideais democráticos.

O pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino devem ser respeitados, posto que na ciência não há uma verdade absoluta, devendo ser aproveitado o que há de melhor em cada dinâmica de ensino, para cada caso abordado. Deve ser mantida e defendida a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, o que foi instituído desde os tempos do império.

Imprescindível se faz a valorização dos profissionais da educação escolar das redes públicas, através de planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, além de terem voz ativa na formulação das pedagogias a serem utilizadas, pois estão mais próximos da realidade e das necessidades fáticas das escolas, sendo-lhes garantido ainda piso salarial profissional nacional.

Um instrumento muito importante para a universalização do ensino é a gestão democrática do ensino público, que serve para a discussão dos conceitos pedagógicos a serem utilizados, dos parâmetros entendidos como ideais para avaliação, dos meios de estímulo e resolução de problemas específicos de cada região.

Por último, deve ser criado um sistema de controle e garantia de um padrão de qualidade, com o propósito de atender às finalidades do ensino, principalmente no nível fundamental.

O direito à educação na legislação infraconstitucional

A nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação⁴¹ consolida o avanço constitucional, estabelecendo a obrigatoriedade do Estado em oferecer ensino fundamental a todos, como se depreende do artigo 4º da lei:

⁴⁰BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

⁴¹BRASIL, Lei n 9394/96. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

“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;”⁴²

Para tanto, a educação básica, especificamente acerca do direito ao ensino fundamental, recebeu especial atenção nos artigos 22 ao 34, onde passa a tratar da estruturação do ensino, de sua forma e de seu conteúdo. Prevê que a educação fundamental poderá ser organizada sob algumas formas, como se observa no artigo 23 da lei:

“Art. 23. A educação básica poderá organizar-se em séries anuais, períodos semestrais, ciclos, alternância regular de períodos de estudos, grupos não-seriados, com base na idade, na competência e em outros critérios, ou por forma diversa de organização, sempre que o interesse do processo de aprendizagem assim o recomendar.”⁴³

E autoriza expressamente a estruturação do ensino fundamental em ciclos, no parágrafo único do artigo 32 da lei:

“Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: (...) § 1º É facultado aos sistemas de ensino desdobrar o ensino fundamental em ciclos.”⁴⁴

Da mesma forma, preocupa-se com a forma de avaliação do rendimento escolar como um dos elementos garantidores do processo de aprendizado, como pode ser visto no inciso V do artigo 24:

“Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns: (...) V - a verificação do rendimento escolar observará os seguintes critérios: a) avaliação contínua e cumulativa do desempenho do aluno, com prevalência dos aspectos qualitativos sobre os quantitativos e dos resultados ao longo do período sobre os de eventuais provas finais; b) possibilidade de aceleração de estudos para alunos com atraso escolar; c) possibilidade de avanço nos cursos e nas séries mediante verificação do aprendizado; d) aproveitamento de estudos concluídos com êxito; e) obrigatoriedade de estudos de recuperação, de preferência paralelos ao período letivo, para os casos

⁴² BRASIL, Lei n 9394/96. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

⁴³ BRASIL, Lei n 9394/96. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

⁴⁴ BRASIL, Lei n 9394/96. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

de baixo rendimento escolar, a serem disciplinados pelas instituições de ensino em seus regimentos;”⁴⁵

E ainda dispõe no inciso IV do mesmo artigo acerca da obrigatoriedade de frequência do aluno no estabelecimento de ensino:

“VI - o controle de frequência fica a cargo da escola, conforme o disposto no seu regimento e nas normas do respectivo sistema de ensino, exigida a frequência mínima de setenta e cinco por cento do total de horas letivas para aprovação;”⁴⁶

Busca ainda reafirmar em toda a sua redação os princípios e garantias estabelecidas pelo constituinte, de maneira a proporcionar uma educação capaz de formar o indivíduo, desenvolvendo sua capacidade de aprendizado, sua capacitação para o trabalho e para a participação da vida política.

Efetivação do direito à educação

Considerações sobre qualidade na educação

O termo “qualidade” parece dominar o atual debate global sobre educação básica.⁴⁷ Em certa medida, a questão da qualidade na educação agora complementa, ou mesmo substitui, a atenção antecipada às prioridades, como a expansão educacional e o acesso à escola. Especificamente no Brasil, onde grandes avanços foram feitos para que a população tenha acesso universal à educação básica, o debate agora se volta para o quanto, e o quê, crianças e adolescentes estão realmente aprendendo nas escolas.

Enquanto em 1980 apenas 80,1% dos jovens de 7 a 14 anos estavam na escola, até 2015 essa porcentagem havia aumentado para 98,6%. No entanto, embora o número de crianças analfabetas entre 10 e 14 anos caiu de 20% em 1985 para 1,6% em 2015,⁴⁸ os resultados mais recentes do Brasil no Programa de Avaliação Internacional de Estudantes (PISA) mostraram uma queda em todos as três áreas avaliadas: ciência, leitura e matemática.

⁴⁵ BRASIL, Lei n 9394/96. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

⁴⁶ BRASIL, Lei n 9394/96. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

⁴⁷A Educação Brasileira é organizada em cinco níveis: Infante (0 a 5 anos de idade), Fundamental (6 a 14 anos), Secundário (15 a 17 anos), Superior (18 a 22 anos, corresponde à universidade) e Pós-Graduação em educação. Os três primeiros são muitas vezes referidos como Educação Básica, e os dois últimos como Educação Superior. Portanto, no Brasil, a educação básica compreende idealmente os primeiros 18 anos de vida das crianças.

⁴⁸ Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Esses resultados também refletiram uma queda no *ranking* mundial - o Brasil ficou em 63º lugar em ciência, 59º em leitura e 66º em matemática em 70 países.⁴⁹ A qualidade, portanto, foi adicionada a uma lista de termos, incluindo “desempenho”, “eficácia” e “eficiência”, que são intercambiados como palavras-chave para expressar a insatisfação geral sobre o estado atual da educação e política educacional.

Como resultado, um consenso e um ímpeto relativamente novos vêm aumentando em torno da necessidade de melhorar a qualidade educacional básica. Quão bem os alunos são ensinados e o quanto eles aprendem são susceptíveis de ter um impacto crucial sobre o comprimento e o valor de sua experiência escolar. Não só a qualidade pode influenciar a escolha dos pais para investir na educação de seus filhos, mas a gama de benefícios intrínsecos e sociais associados à educação, de uma melhor proteção contra doenças a uma renda pessoal mais elevada, depende fortemente da qualidade do processo ensino-aprendizagem.

Determinação constitucional

Conforme já fora visto, o direito à educação é assegurado pela atual Constituição brasileira. Assim determina o artigo 208 da Constituição de 1988:

“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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) (...) VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.”⁵⁰

O Ensino fundamental, conforme previsão constitucional, é obrigatório e gratuito, assegurada sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria, por meio de cursos, preferencialmente noturnos, para facilitar o seu acesso. Para tanto, de maneira a garantir maior eficiência na prestação deste direito, devem ser implementados, no ensino fundamental, programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. Isto porque a simples oferta pode não ser suficiente para garantir a frequência na escola, haja vista a realidade social, o custo inerente à frequência no estabelecimento de ensino.

⁴⁹ Dados do Programme for International Student Assessment (PISA), em 2016.

⁵⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

Acesso ao ensino obrigatório e gratuito: direito público subjetivo

Entende-se direito subjetivo como sendo aquele que confere certa faculdade de agir a seu titular, levando-se em conta a situação jurídica abstratamente prevista na norma e a possibilidade de exigir de outrem algum comportamento.⁵¹

Muitas vezes fica difícil para o operador do direito identificar quais são os direitos subjetivos pertencentes ao indivíduo, pois não é sempre que eles vêm destacados expressamente no texto legal, o que ocorre com o parágrafo 1º do artigo 208 que afirma ser direito público subjetivo o acesso obrigatório e gratuito ao ensino. Diz o referido artigo que “§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.”⁵²

Por certo que, em um Estado como o brasileiro, não se poderia exigir que todo o ensino, ou seja, nos seus três níveis, fosse obrigatório. Em razão de limites fáticos dos recursos públicos disponíveis, como se verá mais adiante, consolidou-se na doutrina que constitui direito público subjetivo apenas o ensino fundamental, que, devendo ser de boa qualidade, terá o condão de formar minimamente o indivíduo para a vida, para o trabalho e para a política.

Na hipótese de o Estado não oferecer o ensino fundamental nos moldes estabelecidos na Constituição, responde o agente público responsável por crime de improbidade administrativa, nos moldes da lei⁵³ e do parágrafo 2º do artigo 208 da Constituição: “§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.”⁵⁴

Organização do sistema

Assim determina o artigo 211 da Constituição:

“Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. § 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) § 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) § 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente

⁵¹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra. 2000.

⁵² BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

⁵³ Lei 8027/90.

⁵⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

no ensino fundamental e médio. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996) § 4º Na organização de seus sistemas de ensino, os Estados e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)”⁵⁵

Os municípios, de acordo com a divisão de atribuições e de cooperação dos entes federados, são os grandes responsáveis pelo ensino fundamental de crianças e jovens. Cabe aos estados e ao Distrito Federal atuarem no ensino fundamental de adultos e no ensino médio, enquanto que a União tem por responsabilidade principal o ensino superior. Isto não significa dizer que há uma rigidez neste sistema. Os entes podem atuar em outros níveis da educação, como efetivamente ocorre, na medida que municípios e estados têm faculdades e a União tem escolas de ensino fundamental e médio.

Porém, em razão da extensão territorial do país, os municípios são os entes federados mais próximos da realidade social e do interesse local, por isso os mais indicados para gerir o ensino fundamental, sendo auxiliados pelos estados na complementação àqueles que não tiveram acesso no tempo certo.

O único senão é a séria limitação orçamentária que atinge à quase totalidade dos municípios brasileiros, que se servem de uma estrutura nacional de repasse de verbas públicas para financiar esta estrutura, como se verá a seguir.

Previsão orçamentária mínima para educação

De maneira a viabilizar o direito à educação, o Constituinte estabeleceu uma série de regras de arrecadação, de investimento e de repasse de verbas, por meio do artigo 212:

“Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. § 1º - A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir. § 2º - Para efeito do cumprimento do disposto no “caput” deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213. § 3º - A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação. § 4º - Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários. § 5º

⁵⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) § 6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006).⁵⁶

Verifica-se que há uma vinculação mínima de verbas, por meio do orçamento anual, a ser aplicada em educação, em que a União deve investir um mínimo de 18%, os estados um mínimo de 25% e os municípios não menos que 25%. Da mesma forma, preveem-se outras formas de financiamento do ensino e dos programas complementares inerentes ao ensino, como transporte, alimentação, etc, por meio de arrecadações a complementar a dotação orçamentária.

Há ainda previsão de repasse de verbas por parte da União aos estados e municípios, de maneira a compensar a escassez de recursos, viabilizando a efetivação daquele direito por estes entes federados.

Em caso de descumprimento dos governantes, ao não respeitar as disposições constitucionais e infraconstitucionais, os mesmos incorrem no crime de improbidade administrativa. Além da responsabilidade criminal, há a possibilidade de se obrigar o Estado a prestar o serviço essencial, por meio de medidas judiciais.

Dentro do sistema de partição de poderes, cabe ao judiciário o controle dos atos de governo, através da provocação por todo e qualquer interessado. Mas há um debate acalorado quanto à possibilidade de o poder judiciário interferir nas políticas públicas estatais.

De certo, na total ausência de políticas de efetivação, pode sim o judiciário determinar a sua aplicação, como, por exemplo, obrigar a matrícula de uma criança em uma escola particular, às expensas do poder público, na hipótese de falta de vagas no ensino público fundamental.

Já na hipótese de haver uma política pública insuficiente, o discurso muda. Isto porque o controle só será legítimo quando for notório o desrespeito ao direito tutelado, ou seja, quando o seu núcleo estiver sendo atingido de maneira a comprometer o próprio direito.

Mas existe uma zona cinzenta, onde não há como dizer que há um desrespeito, pois inúmeros argumentos surgem para justificar uma política insuficiente, como falta de estrutura, previsão orçamentária legal insuficiente, etc. Neste caso, não raras vezes, vê-se o magistrado impedido de atuar de maneira a garantir o direito à educação.

Quanto às formas de buscar a tutela de direitos, existem alguns instrumentos processuais cabíveis, como o mandado de segurança, tanto o individual quanto o coletivo, o mandado de injunção, a ação civil, pública, dentre outros.

⁵⁶BRASIL, Constituição da República Federativa do, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acessado em 22 de outubro de 2007.

Educação fundamental como mínimo existencial

Nos dizeres de Emerson Garcia: “Também denominado de núcleo duro ou núcleo comum dos direitos fundamentais, o mínimo existencial indica o conteúdo mínimo e inderrogável desses direitos.”⁵⁷ Significa dizer que o Estado não pode lhe reduzir o conteúdo por meio de lei ou de outro ato administrativo, ferindo assim característica inerente aos direitos fundamentais, como já visto anteriormente.

O serviço de ensino é serviço público essencial, havendo obrigação do Estado em sua prestação, não podendo ele se esquivar sob a alegação de falta de recursos, pois, como também já visto, há vinculação obrigatória de boa parte do orçamento para tal finalidade.

Mais do que simplesmente a prática de ações, deve ser observado o respeito ao direito à educação como um todo, não se podendo atingir o seu núcleo, sob pena de se estar praticando uma ilegalidade. Não pode, portanto, o Estado agir de maneira a comprometer a qualidade do ensino, mesmo que sob uma roupagem de legalidade, pois o que se protege não é a forma, mas sim o seu conteúdo.

O direito à educação é instrumento efetivador e catalizador de outros direitos e garantias, não constituindo um pré-requisito em si, mas como um direito que potencializa outros direitos.

Conclusão

O direito à educação é inegavelmente a base de que o país precisa para sustentar-se em todos os seus pilares. A garantia da educação permite recursos que colaborarão com a efetivação dos demais direitos, relacionados à segurança, saúde, qualidade de vida em geral para os cidadãos. Não restam dúvidas de que isso não foi esquecido pela legislação brasileira, desde os primeiros diplomas legais do Brasil independente.

Atribui-se a não prestação do direito à educação a questões de ordem prática – portanto, questões que envolvem a arrecadação e gestão do dinheiro público destinado a tais fins. O argumento de que não há recursos para a efetivação de todos os direitos é amplamente utilizado. Ainda mais quando se trata de direitos de segunda geração, posto que são vistos apenas como normas programáticas.

Em resposta a tal argumento, há uma destinação específica dos recursos públicos, como visto ao longo do presente artigo. A Previsão orçamentária obrigatória supre qualquer ausência de política pública por parte dos governantes.

Um sistema que não possui mecanismos de proteção contra repetidas reduções orçamentárias, com cortes de gastos e retenção de investimentos, está fadado a criar uma legião de analfabetos funcionais, ou seja, pessoas que possuem um diploma, mas não desenvolveram as suas potencialidades básicas, como a leitura ou mesmo a escrita. Não qualifica os estudantes, ao contrário, mascara o problema e contribui para a perpetuação das mazelas que atingem a educação no Brasil.

⁵⁷GARCIA, Emerson. O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade. In GARCIA, Emerson. A Efetividade dos Direitos Sociais. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2004.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David, NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 1998.
- AVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios - Da Definição À Aplicação dos Princípios Jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Campus, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 21 edição. 2007.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Rio de Janeiro: DP&A, 2007.
- COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789)**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em 09. Set. 2017.
- DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.
- GARCIA, Emerson. **A Efetividade dos Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2004.
- Magna Carta Inglesa (1215)**. Disponível em: <http://corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf>. Acesso em 09 set. 2017.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra. 2000.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas. 19ª Edição. 2006.
- MUNIZ, Regina Maria Fonseca. **O Direito à Educação**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.
- Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 06. Set. 2017.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar. 2005.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.
- TAVARES, Francisco de A. Maciel, NETO, Alfredo de S. Coutinho. **Direito Internacional: Estrutura Normativa Internacional. Tratados e Convenções**. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2007.
- WEIS, Carlos. **O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado6.htm>>. Acesso em 06. Set. 2017.