

ESTUDOS EM HOMENAGEM A JORGE MIRANDA

O regime jurídico do direito à educação na Constituição Brasileira de 1988

Nina Beatriz Stocco Ranieri¹

Este artigo em homenagem ao insigne Professor Jorge Miranda, da Universidade de Lisboa, trata do direito à educação à luz da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

O objetivo geral é analisar o seu campo de possibilidades como espaço privilegiado de realização dos direitos fundamentais, da perspectiva da universalidade, indivisibilidade e interdependência daqueles direitos. O objetivo específico é analisar o direito à educação a partir da “Constituição da Educação”, como o Professor Jorge Miranda denomina o conjunto das disposições constitucionais brasileiras relativas ao direito à educação.

Não se trata de análise articulada de seus dispositivos, nem da de seus desdobramentos no direito educacional, integrado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de 20/12/96) e por outras disposições legais. A temática, ademais, tem sido objeto de intensa produção doutrinária, de dissertações de mestrado e teses de doutoramento na área do Direito, notadamente nos últimos anos, disseminando-se, de forma notável, o seu conteúdo.²

¹ Profa. Associada do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

² Clarice Seixas Duarte, *O direito público subjetivo ao ensino fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988*. 2003, Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003; Lélío Maximino Lellis, *O Direito Fundamental na Constituição do Brasil*, Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003; Eduardo Martines, *Educação, Cidadania e Ministério Público – o art. 205 da Constituição e sua abrangência*. 2006, Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006. Monica Sifuentes, *Direito fundamental à educação*, Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. Carlos Eduardo B. Rátis Martins, 2009, *Habeas*

Nesse tema, contudo, impõe-se a identificação do regime jurídico do direito à educação, do qual resultam prerrogativas e restrições para o indivíduo, a sociedade, a família e o Estado, que o destacam no conjunto dos direitos sociais, dado seu impacto na formação da cidadania e da própria nacionalidade.

1 – A perspectiva da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais

O direito à educação, no direito internacional e no brasileiro, apresenta características jurídicas que o diferenciam em relação aos demais direitos fundamentais, embora todos tenham a natureza jurídica de direitos subjetivos.

É direito fundamental social, é direito individual e também direito coletivo. Os seus titulares e os seus sujeitos passivos são, simultaneamente, uma coisa e outra. Comporta obrigações de fazer e não fazer, por parte de titulares e sujeitos passivos, que não se exaurem e exigem diferentes atendimentos, algumas vezes sob reserva do possível. Seu regime jurídico, portanto, é complexo: envolve diferentes poderes e capacidades de exercício, com a inerente sujeição ao regime jurídico específico dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, §1º; art. 60, § 4º, IV), mesmo dependendo de prestações materiais e de recursos financeiros.

É direito fundamental, categoria jurídica de direito subjetivo que se reveste dos elementos estruturantes próprios dos sistemas de direitos fundamentais em regimes democráticos substantivos, quais sejam, a universalidade, a igualdade, a indisponibilidade e a natureza constitucional, com a finalidade de assegurar interesses e necessidades identificadas como vitais e, por isso, fundamentais. Sua concepção é regida pelo conceito de dignidade humana, apresentando-se nos textos constitucionais, de modo geral, inserido no conjunto de valores básicos e, ao mesmo tempo, nos marcos de proteção de situações jurídicas subjetivas, próprios do Estado Constitucional de Direito. Nesse sentido, a posição jurídica do direito fundamental é de tal modo relevante que se reveste das garantias inerentes às Constituições rígidas (v.g. cláusulas pétreas, exigência de quoruns qualificados para deliberação etc.) e, por

Educationem: a busca da proteção judicial ao acesso ao ensino fundamental de qualidade, Salvador, Podivm; Erik Arnesen, Educação e Cidadania na Constituição Federal de 1988, Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010; Daniel Bernardes de Oliveira Babinski Direito à Educação no âmbito do MERCOSUL, Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010 etc.

isso, ao abrigo dos critérios de maiorias parlamentares simples, além de contar com garantias específicas.

Constitui um dos direitos econômicos, sociais e culturais, os chamados “direitos humanos de segunda geração”, ou “direitos de segunda dimensão” (Jorge Miranda)³, direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade ou direitos de exigir que exprimem, no sistema jurídico, a exigência de solidariedade. Distinguem-se das liberdades e dos direitos políticos porque representam direitos que se realizam por intermédio da ação do Estado.

No plano individual, o direito à educação prende-se à realização pessoal; nesse sentido, é corolário da dignidade humana e dos princípios da liberdade e da igualdade. No plano coletivo, conecta-se com a vida em sociedade, com a participação política, com o desenvolvimento nacional, com promoção dos direitos humanos e da paz; ou seja, conecta-se com a pessoa inserida num dado contexto social e político. O preparo para a participação na vida política e para o trabalho, por sua vez, é elemento comum aos dois planos em que se expressa.

Além de perseguir vários objetivos (direito à universalização da educação fundamental e à progressiva universalização do ensino médio, ou mesmo à educação continuada, por exemplo), sua concretização exige meios (recursos financeiros e materiais) ou situações que precisam ser criadas (vagas e condições de permanência na escola, como material escolar, transporte, alimentação, tempo disponível etc). Bem entendida, essa concretização também comporta considerações acerca das diferenças entre os indivíduos e grupos de indivíduos, em termos de educação regular e especial, educação de jovens e adultos e assim por diante.

O direito à educação permite a adultos e crianças marginalizados a integração na comunidade, a promoção da emancipação feminina e a proteção das crianças contra a exploração sexual ou a de seu trabalho. Possibilita, ademais, a difusão da democracia, dos direitos humanos e da proteção do meio ambiente, valores cruciais no mundo contemporâneo. Desse ponto de vista, convém lembrar que a efetividade do direito à educação e suas repercussões beneficiam reciprocamente o indivíduo e a coletividade. Interesse particular e interesse público, assim, se fundem, da mesma forma que os interesses locais, regionais e nacionais.

³ Cf. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Coimbra, Coimbra Editora.

Não por outras razões, ao contrário dos demais direitos sociais, o direito à educação é compulsório (pelo menos nos primeiros níveis de ensino), não sendo dada aos indivíduos, nesta fase, a opção de exercê-lo ou não; por isso é gratuito e deve ser universalizado. Daí se seguem as correlatas obrigações dos demais sujeitos passivos do direito à educação: o Estado (que deve promover-lo, protegê-lo e garanti-lo), a família (a quem incumbe promover o acesso à educação) e a sociedade (que o financia), traduzidas em deveres também fundamentais. No direito brasileiro, a educação fundamental é direito subjetivo público, assegurado inclusive a todos que a ele não tiveram acesso na idade própria (CF, art. 208, I e § 1º).

O dever do Estado, em particular, não se esgota no oferecimento e financiamento final da educação, pelo contrário; deve prover todos os meios necessários para que o direito esteja a todos disponível, seja acessível, adequado às necessidades sociais e adaptado às necessidades dos indivíduos. Além disso, como os direitos humanos exigem leis que os assegurem e tornem possíveis expor as suas violações, remediá-las e preveni-las, cabe ao Estado legislar sobre a matéria, inclusive no que diz respeito aos instrumentos de acesso à justiça, decidindo acerca dos pleitos que lhe são apresentados. O acesso à informação, garantido pelo Estado, ademais, é uma forma de permitir que a população tenha meios de aquilatar a *accountability* de seus governos.

Mas o conteúdo dos direitos sociais abrange não só sua garantia e promoção - tais como o direito à organização e ao procedimento, à não-eliminação de posições jurídicas etc. - como também a proibição de excesso e da proteção insuficiente, expressando um postulado de proteção.

De outra parte, o Estado, como sociedade política, tem expectativas em relação aos titulares que, nesse sentido, são também sujeitos passivos do direito à educação. Tais expectativas traduzem-se nas exigências da cidadania, que demandam participação política e contribuição individual e coletiva para a construção dos objetivos nacionais. Nesse sentido, o direito à educação, corolário da liberdade assegurada pelos Estados Constitucionais Democráticos, consiste em autonomia moral, mas também auto-responsabilidade na atuação social e política, porquanto os indivíduos não podem se considerar desligados ou irresponsáveis pelos valores que fundamentam o regime jurídico que lhes assegura os próprios direitos.

O direito à educação exprime, enfim, simultaneamente, uma posição jurídica subjetiva, individual e coletiva, fundamental e universal, e um dever jurídico subjetivo, igualmente individual, coletivo, fundamental e universal. E, como é próprio dos direitos fundamentais, se desdobra em diversos direitos e faculdades, de conteúdo específico e autônomo, distinguindo-se nesse conjunto entre o direito à educação e os direitos na educação.

De forma sintética, consideremos o direito à educação como o gênero do qual os demais direitos educacionais são desdobramentos. No caso brasileiro, o direito à educação (gênero) é, fundamentalmente, um direito a prestações positivas materiais, de custo social. Ou seja, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; o ensino fundamental na língua materna das diversas comunidades indígenas; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiências; oferta de ensino noturno; atendimento ao educando no ensino fundamental, dentre outros direitos previstos na legislação brasileira. São essencialmente direitos de promoção e proteção, realizados mediante ações positivas.

Os direitos na educação (os desdobramentos) têm a função primária de defesa das liberdades no campo da educação, tais como a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; o pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; a gestão democrática do ensino público; o ensino religioso facultativo; a autonomia universitária etc. São direitos de natureza instrumental, que se realizam por intermédio de abstenções, e submetidos ao regime das liberdades e garantias, de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Sopesados todos esses elementos, o direito à educação, enfim, ocupa lugar central no conjunto dos direitos fundamentais, correspondente à sua importância na salvaguarda da dignidade humana: é indispensável ao desenvolvimento da pessoa e ao exercício dos demais direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, levando à consolidação da cidadania como “o direito de ter direitos” (H. Arendt)⁴. Em outras

⁴ Cf. Hannah Arendt, 1989, *Origens do totalitarismo – anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo*, São Paulo, Companhia das Letras.

palavras, “a educação é um imperativo dos direitos humanos, sustento e guardião da vida.” (Muñoz, 2008).⁵

Por tudo isso, é o campo privilegiado de discussão dos direitos fundamentais, decorrência lógica do princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais. Essa é uma visão relativamente nova.

2- Da educação como meio de formação do cidadão à educação como direito

Desde o final do séc. XVIII, embora a educação fosse valorizada como meio de formação do cidadão, não foi considerada um direito. Àquela altura, sem dúvida, houve uma modulação no desenvolvimento da educação, que alterou o curso do seu evoluir histórico, em benefício da participação política; mas até o final do século XIX, embora o exercício dos direitos de primeira geração houvesse se ampliado, a educação produziu pouco ou nenhum impacto na diminuição da desigualdade social.

Os direitos civis outorgavam poderes legais cuja utilização era limitada por preconceitos de classe e exclusão social, enquanto os direitos políticos outorgavam poderes potenciais, para os quais, além de determinados requisitos de gênero, escolaridade e renda, o seu exercício exigia organização e conhecimento das funções de governo. Quanto aos direitos sociais, além de muito reduzidos, não se voltavam à afirmação da cidadania.

No Brasil não foi diferente. A instrução pública não foi valorizada como benefício individual nem público além de seu caráter utilitário imediato, marcado pelos traços dominantes de nossa cultura católica, agrícola e escravocrata. Na fase colonial, sem plano de conjunto ou articulação, foi oferecido pela Companhia de Jesus (até sua expulsão em 1759), que atuou como colaboradora do poder régio para a obra da catequese e da instrução. A primeira escola oficial do Brasil, aliás, foi o Colégio da Bahia, criado em 1564 pela Companhia de Jesus, mantido, assim como os demais colégios que ela dirigia, por um sistema de taxas instituídas pela Corte, que incidia sobre todas as utilidades taxáveis da colônia. De modo geral, os jesuítas preocuparam-se com um projeto humanista, que pouco tinha de prático ou tecnológico, mas que

⁵ *Education is a human rights imperative. It is life-sustaining and lifesaving, yet denied to many.* Vernon Muñoz. Cf. A/63/292, da Assembléia Geral da ONU, de 14/08/08.

manteve uma rede de colégios dotada de docentes bem preparados e de boas bibliotecas

O sistema educacional criado para substituir o ensino jesuítico não passou de um arremedo de ensino, devido à sua estreiteza (ler, escrever e fazer contas), precariedade das instalações físicas e baixa qualidade. Como *jus régio*, foi centralizado pela Coroa, que concedia as autorizações para ensinar e as nomeações de professores, mas o manteve na penúria. Na avaliação da historiadora Maria Luíza Marcílio⁶, as aulas régias (ensino primário) assim se mantiveram praticamente ao longo do século XIX, por todo o País, de tal forma que não atendia às necessidades de instrução popular, nem mesmo dos restritos grupos das classes dominantes.

O País torna-se independente com, praticamente, toda a população analfabeta. Foi Pedro I quem introduziu o tema da instrução pública na Assembléia Constituinte de 1823, ressaltando a necessidade de que fosse promovida por uma legislação especial, editada em 1827, sob inspiração da lei votada pelas Cortes Constituintes de Portugal, para diminuir o controle da Coroa sobre o ensino privado. O Imperador, porém, com a outorga da Carta de 1824, reduziu o escopo e a abrangência do ensino público, tal como previsto originalmente pela Assembléia Constituinte, muito embora a instrução primária gratuita tenha sido elevada à categoria de direito (Constituição do Império, art. 179, §32), de competência das Províncias após o Ato Adicional de 1834, regulamentado pela lei de 25 de outubro de 1827.

Se a República acenou com o reconhecimento ampliado da cidadania, fosse pela abolição da escravatura, fosse pela ampliação do direito de voto (ainda restrito às mulheres, aos religiosos, aos analfabetos e aos conscritos), pouco ou quase nada fez pela educação pública. Manteve-se a descentralização do ensino primário para os Estados, inclusive em relação à sua obrigatoriedade. Suprimiu-se do texto constitucional a garantia de gratuidade, o que, associado à previsão da laicidade nos estabelecimentos públicos, à liberdade de manifestação de pensamento, de profissão e de propriedade (art. 72, §§6º, 12, 17 e 24), garantiu a expansão da iniciativa privada.

Será apenas com a Constituição Federal de 1934 que a educação se revestirá da natureza de direito social e dever do Estado, garantido a todos pelo seu art. 149. Sob os influxos da ampliação dos direitos sociais e dos debates e iniciativas educacionais

⁶ Marcílio, Maria Luíza, 2008. *História da Escola em São Paulo e no Brasil*. São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, Instituto Fernand Braudel, p.:83.

promovidos nos anos anteriores pelos Estados (notadamente em São Paulo, com Sampaio Dória; Lourenço Filho, no Ceará; Anísio Teixeira, na Bahia e Fernando de Azevedo, no Distrito Federal, entre outros), correspondeu ao figurino da República federativa. Nesse sentido estabeleceu, de forma pioneira, a organização dos sistemas de ensino mediante subordinação às diretrizes e bases fixadas pela União (art. 5º, XIV), acompanhada da atribuição, aos Estados, de competências legislativas concorrentes e encargos administrativos, sob regime de vinculação excepcional de receitas tributárias para a educação (arts. 156 e 157) e de isenção tributária para os estabelecimentos privados de ensino (art. 154).

Seu regime de direitos fundamentais – que reconhece, ao lado das liberdades públicas tradicionais, direitos sociais de proteção à família, à educação e ao trabalho - assinala a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito. Consideremos os avanços assim promovidos: ensino primário integral obrigatório e gratuito (art. 149); proibição de ingresso no mercado de trabalho para menores de 14 anos e de trabalho noturno para os menores de 16 anos (art. 121, § 1º, “d”); garantia de educação rural, acompanhada de outras medidas de apoio ao trabalhador rural (art. 121, § 4º).

A identificação do direito à educação gratuita (primária, pelos menos), como direito individual e social, será mantida pelas Constituições posteriores, malgrado os retrocessos em sua proteção na vigência da Constituição de 1937. Nesta a gratuidade não foi universalizada, mas condicionada ao dever de solidariedade que os mais abastados tinham em relação aos menos contemplados economicamente. Por outro lado, é significativo que a área da educação tenha acompanhado o crescente interesse do governo Vargas na industrialização do País. Daí a edição da Lei Orgânica do Ensino Industrial; seu objetivo era preparar mão de obra fabril qualificada, e a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI, subordinado ao Ministério da Educação, mas sob a direção da Confederação Nacional da Indústria - CNI, dada a aproximação entre o governo e a burguesia industrial desde a derrota da Revolução Paulista de 1932. Outro retrocesso da Constituição de 1937 foi a supressão da organização federativa dos sistemas de ensino, tal como prevista em 1934, e da vinculação de receitas tributárias para sua manutenção (arts. 15, IX e 16, XXIV).

A despeito da ampliação dos direitos sociais entre 1930 e 1945, a escassa ou nula participação política, aliada à precária vigência dos direitos civis, não fez desse ato uma conquista democrática, comprometendo, em parte, o desenvolvimento de um

cidadania autêntica. Em 1934, embora introduzido o direito de voto para as mulheres, fora este limitado àquelas que exercessem função pública remunerada (art. 109). Em 1937 dá-se a igualdade entre homens e mulheres diante do direito de voto, mantida a exclusão dos analfabetos e mendigos, mas não a dos praças-de-pré e alunos das escolas militares (art. 117); em 1946, retoma-se a previsão de 1934, excluídos os mendigos e incluídos os que não se expressassem em língua nacional (arts. 131 e 132).

Muito embora a Constituição Federal de 1946 tenha mantido a natureza jurídica individual e social do direito à educação e adotado inúmeras medidas para ampliação do acesso ao ensino primário, o fato é que os direitos sociais em geral pouco avançaram em benefício da cidadania. Tal fato é notado a despeito da ampliação dos direitos políticos, em ambiente democrático, e da retomada de diversos preceitos da Constituição de 1934. São assegurados os princípios de liberdade e solidariedade no oferecimento da educação, assim como a sua oferta, obrigatória e gratuita, no nível primário (art. 166 a 168). Retoma-se a organização federativa dos sistemas de ensino, desta feita com maior liberdade de organização para os Estados, sob atuação supletiva da União na medida das necessidades locais e regionais (arts. 170 e 171).

Após 1964, a imposição do regime autoritário sacrificou os direitos civis e políticos, mas ampliou os direitos sociais, o que parece revelar que o autoritarismo brasileiro sempre procurou compensar a falta de direitos políticos com paternalismo social.⁷ No caso do direito à educação, a Constituição de 1967 assegurará a educação universal, gratuita e compulsória dos sete aos quatorze anos para o ensino primário, estendendo a gratuidade do ensino público secundário àqueles que demonstrassem insuficiência de recursos; para tanto, ampliou o percentual de impostos destinados ao financiamento e manutenção da educação (art. 176, §4º) e instaurou um sistema de financiamento do ensino primário pelas empresas comerciais, industriais e agrícolas, mediante o qual ou asseguravam o seu oferecimento direto a seus empregados e filhos ou contribuía com salário educação (art. 178). No plano dos direitos políticos, eliminou a vedação do alistamento eleitoral para os analfabetos.

A Emenda Constitucional nº. 1, de 1969, manterá basicamente o mesmo posicionamento, à exceção da previsão de substituição gradativa da gratuidade no ensino médio e superior pela concessão de bolsas. A novidade está na previsão de

⁷ Cf. José Murilo de Carvalho, 1995. *Desenvolvimento de la ciudadanía en Brasil*, México, Fondo de Cultura Económica, Fideicomiso Historia de las Américas, p. 141.

intervenção dos Estados nos Municípios em hipótese de descumprimento da aplicação vinculada de recursos tributários na educação (art. 15, §3º, “f”), o que será mantido, de modo ampliado, pela Constituição de 1988. Por outro lado, vedou o alistamento eleitoral dos analfabetos (art. 147, §3º, “a”).

No período que vai de 1940 a 1980, a frequência escolar da população em idade escolar aumentou de 15,1% para cerca de 47%, sendo que, após a II Guerra Mundial, o ritmo de crescimento da educação ficou acima do da Argentina, Chile e Uruguai, embora não tenha alcançado resultados quantitativos favoráveis (Fausto, 1994:543). Entre a população adulta, no mesmo período, o analfabetismo ficou entre 54,50% (1940) e 25,41% (1980).⁸

As taxas de expansão e a distribuição dos encargos de financiamento da educação, contudo, não contribuíram, na prática, para estabelecer igualdade de oportunidades na educação. Dentre os fatores de impedimento de acesso estavam as elevadas taxas de repetição e evasão, a inadequação da escola às camadas mais pobres da população e a pressão das necessidades sociais que, no mais das vezes, impediam sua permanência na escola. A falta de qualidade das escolas públicas de 1º e 2º graus, ademais, resultava na reduzida possibilidade de aprovação dos seus egressos nas universidades públicas, em comparação com os alunos egressos das escolas privadas, em sua maior parte de melhor qualidade. A redução das bolsas de estudo contribuiu para agravar a situação, de maneira que a educação pública de qualidade era um privilégio de poucos.

Os direitos políticos ampliados a partir de 1985 demonstram, contudo, que os efeitos negativos da introdução de direitos sociais foram menores que no Estado Novo, haja vista a mobilização popular pela democracia no período; em contrapartida, durante o período militar reduziu-se a eficácia dos direitos civis (a suspensão das garantias do habeas corpus, da inviolabilidade de domicílio, da liberdade de manifestação de pensamento), assegurando-se o mínimo, como suficiente.

A ampliação do conteúdo direito à educação será feito pela Constituição Federal de 1988, que o singularizará no conjunto dos direitos sociais. Mas, apesar da ampliação do percentual da vinculação de recursos para as despesas decorrentes de seu oferecimento (art. 167), a crise econômica provocou, pelo menos no início da Nova

⁸ Cf. www.ibge.gov.br Acesso em 17/05/11.

República, a redução da eficácia dos direitos sociais, com resultados negativos para a oferta do ensino público. Essa situação começa a ser revertida com a criação de fundos de equalização, tais como o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério - FUNDEF, pela Emenda Constitucional nº. 14 de 1996, que permitiu o equacionamento das questões relativas ao financiamento e expansão da educação fundamental por parte dos Estados e Municípios, alcançando, em muitos casos, a sua universalização. Após dez anos, a Emenda Constitucional nº. 53, de 19 de dezembro de 2006, ampliou o escopo do FUNDEF, por meio do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, com vigência até 2020, pretende garantir padrão nacional mínimo de qualidade (cf. Lei 11.494, de 20/06/07).

3- A Constituição da Educação

A Constituição Federal de 1988 trata diretamente do direito à educação em cerca de trinta artigos, dois dos quais no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT); desse conjunto, sete artigos foram alterados, inclusive o art. 60 do ADCT, sempre ampliando a proteção e a promoção do direito. Indiretamente, são mais de vinte artigos dedicados à educação.⁹

Em realidade, a educação é o direito social que mereceu o maior número de dispositivos no atual texto constitucional. Para que se tenha uma idéia dessa proporção,

⁹ Art. 6º; Art. 22, inc. XXIV; Art. 23, inc V; Art. 24, inc. IX; Art. 35, III; Art. 150, VI; Art. 167, inc. IV – excetua a manutenção do ensino da proibição de vinculação de impostos. (redação alterada pela EC 42/2003); Art. 170; Art. 193 – a ordem social e a formação para o trabalho; Art. 200, III – formação para a área da saúde; Art. 201, § 8º - Aposentadoria especial para magistério na educação infantil e no ensino fundamental (redação alterada pela EC 20/1998); Art. 205; Art. 206 – (redação alterada pela EC 53/2006 – Sobre o dispositivo, especificamente quanto ao inciso IV, há a Súmula Vinculante nº 12 do STF); Art. 207 – (redação alterada pela EC 11/1996); Art. 208 - (redação alterada pela EC 14/1996 e pela EC 53/2006); Art. 209; Art. 210; Art. 211 - (redação alterada pela EC 14/1996 e pela EC 53/2006); Art. 212 - (redação alterada pela EC 53/2006); Art. 213; Art. 215 III – pleno exercício dos direitos culturais e formação de pessoal qualificado para gestão da cultura; Art. 218 §3 – apoio do Estado na formação recursos humanos para a ciência pesquisa e tecnologia; Art. 214 – plano nacional de educação; Art. 218, § 5º - Faculta aos Estados e ao DF vincularem parcela de sua receita orçamentária a entidades de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica; Art. 221- programação de emissoras cm preferências a atividades educativas; Art. 225, V – educação ambiental; Art. 226, §7. – educação para planejamento familiar; Art. 227 – Princípio da absoluta prioridade da atividade estatal em prol da criança, inclusive quanto à educação; Art. 229 – Dever dos pais de educar seus filhos; Art. 242 – Exclui a gratuidade em relação às instituições oficiais de ensino municipais ou estaduais existentes na data de promulgação da CF/88, ensino de História do Brasil, Colégio Pedro II.; ADCT: Art. 60 (redação alterada pela EC 53/2006), art. 61e art. 71.

a saúde é tratada em cerca de nove dispositivos constitucionais, a previdência social em oito e a assistência social, em quatro.

Nesse complexo de princípios e regras constitucionais – verdadeira política pública de curto, médio e longo prazos, que se desdobra em direitos e deveres, vínculos e limites - a Constituição Federal individualiza a educação como bem jurídico. Seu papel fundamental no desenvolvimento nacional, na construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º) e, bem assim, no desenvolvimento da pessoa e no preparo para o exercício dos demais direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (art. 205) justificam esta postura.

Definidos os fundamentos axiológicos e teleológicos do direito à educação, a Constituição Federal cerca-o de garantias, estende a sua titularidade da pessoa humana à sociedade, ao Estado, às gerações futuras e, de forma correlata, insere o Estado, a sociedade, a família e o próprio indivíduo no pólo passivo do direito.

Inserido nos Títulos II e VIII da Constituição, relativos, respectivamente, aos direitos e garantias fundamentais e à ordem social, o direito à educação é assegurado no art. 6º, no conjunto dos direitos sociais, e conceituado no art. 205 como direito de todos e dever do Estado e da família. Em relação à criança e ao adolescente, a educação é direito e dever de absoluta prioridade (art. 227). Por essa razão, o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é qualificado como direito subjetivo (art. 208, § 1º), assegurada a sua universalização, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria, e a responsabilização das autoridades no caso de não oferecimento ou oferta irregular (§2º). Dando continuidade à política, a Constituição exige a progressiva universalização do ensino médio sob a égide da equidade (art. 206), dentre outros princípios que orientam a atividade educacional.

Entre outras medidas, consagram-se a liberdade de ensino, pesquisa e divulgação do pensamento, o pluralismo de idéias e concepções pedagógicas, a coexistência de instituições públicas e privadas, a gratuidade do ensino público de qualquer nível e modalidade, o ensino em língua indígena, a preservação de valores culturais e artísticos, nacionais e regionais, direitos especiais aos professores e demais profissionais da educação das redes públicas de ensino (art. 208 e 210). Compõe-se um complexo sistema de distribuição de competências legislativas, encargos e rendas às unidades federadas para fazer frente ao dever do Estado com a educação, no qual sobressaem a organização federativa dos sistemas de ensino em regime de colaboração

(art. 211), a discriminação de competências prioritárias por nível de ensino, em graus de generalidade crescente (art. 211), a indicação de percentuais mínimos de aplicação da receita de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212), ressalvada, neste caso, a proibição de vinculação de impostos (art. 167, IV) e, ainda, a proibição de instituir impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços das instituições de educação sem fins lucrativos (art. 150, VI, c). Exige-se o estabelecimento de Plano Nacional de Educação (Lei 10.172/01) visando à erradicação do analfabetismo, a universalização do atendimento escolar, a melhoria da qualidade de ensino, a formação para o trabalho, a promoção humanística, científica e tecnológica do País (art. 214).

As normas constitucionais desdobram-se nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas municipais, e em diversas leis federais que conferem substância ao conjunto das disposições referentes à exigibilidade do Direito à Educação, a saber: (a) o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990); (b) a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996); (c) a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985); (d) a Lei da Probidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992) e as leis de responsabilidade administrativa (Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967), além das normas procedimentais do Código de Processo Civil, do Mandado de Segurança e da Ação Popular.

Certamente, para grande parte da população brasileira, as diversas prerrogativas inerentes ao direito à educação e os limites da legislação ordinária são desconhecidos, assim como lhes são desconhecidas as instituições democráticas e os benefícios do regime democrático.¹⁰ Mas no modelo axiológico da Constituição da Educação, o indivíduo, os pais e responsáveis, os grupos ou categorias, as associações, as entidades de classe, as organizações sindicais ou os entes estatais personalizados, como é o caso do Ministério Público, são titulares de direito de ação para tutela das prerrogativas inerentes ao direito à educação, o que leva ao Judiciário muitas das omissões que poderiam ser solucionados nas instâncias executiva e legislativa.

¹⁰ É o que revela o baixo número de demandas individuais apresentadas ao Judiciário, no concernente ao direito à educação propriamente dito. No Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, prevalece o “demandismo educacional”, em comparação com a demanda efetiva do direito, expresso com a proliferação de questionamentos de natureza privatista e patrimonial, como ocorre com relação a decisões acadêmicas e disciplinares tomadas por autoridades educacionais, cobrança de mensalidades, sua semestralidade ou anualidade, cobrança de mensalidades em casos de abandono de cursos, controle de preços, descontos, pagamento prévio, transferência de alunos, remanejamento de classes etc.

3.1 – A tutela do direito à educação

A tutela pode ser solicitada do ponto de vista do interesse individual, coletivo ou público, por intermédio dos mecanismos previstos na Constituição Federal, na Lei de Diretrizes e Bases e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Na Constituição, em sede de controle abstrato, são eles: a ação direta de inconstitucionalidade (art.102, I, a), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art.102, I), a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, com fundamento no art. 35, III (cf. ainda, art. 28, da Lei 11.494, de 20/06/07); a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a); a argüição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º; cf. ainda, Lei 9.882, de 03/12/99); em sede de controle concreto: mandado de segurança (art. 5º, LXIX e LXX); mandado de injunção (art. 5º, LXX); ação popular (art.5º, LXXIII; cf. ainda, Lei 4.717, de 29/06/65), a ação civil pública (art. 129, III e art. 5º da Lei 7.347, de 24/06/85), além do direito de petição (art. 5º, XXXIV), utilizável na esfera administrativa. Na LDB, a ação de rito sumário prevista no § 3º, do art. 5º, em situações de omissão no oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público.¹¹ No ECA, a ação civil pública de responsabilidade prevista no art. 208, em hipóteses de não oferecimento de ensino fundamental, educação especial, atendimento em creche e pré-escola, ensino noturno regular, programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental, assistência social, acesso a ações de saúde e de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade; e a ação mandamental (art. 212, §2º), em casos de lesão aos interesses de crianças e adolescentes. Ainda com fundamento no ECA, eventuais irregularidades poderão ser objeto de provimento judicial específico, ordem a ser buscada em ação própria pelos respectivos legitimados (art.212).¹²

¹¹ “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.” Acerca do regime de proteção judicial ao direito fundamental público, cf. Carlos Rátis, *Habeas Educationes*, Salvador: Jus Podium, 2009. A propósito da atuação do Ministério Público, cf. Eduardo Martines, *Educação, Cidadania e Ministério Público – o art. 205 da Constituição e sua abrangência*. Tese de doutorado apresentada junto à Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

¹² “Art. 212. Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes. § 1º Aplicam-se às ações previstas neste Capítulo as normas do Código de Processo Civil. § 2º Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança.”

Na densificação da proteção dos interesses da criança e do adolescente, a legitimação ativa promovida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, além dos pais ou responsáveis, inclui o Ministério Público - MP. Estão legitimados concorrentemente a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, os Territórios e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos da criança e do adolescente.

Além dessas previsões, o direito à educação beneficia-se das garantias constitucionais próprias aos direitos e garantias fundamentais, expressas no § 1º, do art. 5º e do §IV, inciso IV, do art. 60, e também das normas internacionais relativas a direitos humanos, conforme assegura o §2º, do art. 5º.

De modo geral, podemos verificar que a exigibilidade do direito à educação se materializa em face de: (a) condutas omissivas do Poder Público e dos pais ou responsáveis; (b) condutas comissivas do Poder Público, dos pais ou responsáveis tipificadas como ilícito penal (o delito de abandono intelectual ou os crimes de responsabilidade ou de improbidade, v.g.); (c) infrações administrativas (recusa de matrícula, v.g.); (d) infrações disciplinares ou de natureza funcional.

Sabemos, no entanto, que o acesso ao Poder Judiciário nacional para tutela do direito à educação apresenta dificuldades, uma vez que a efetividade do direito depende de uma ação concreta do Estado e não apenas da possibilidade de agir em juízo. Muito embora essa seja uma circunstância que possa ser atenuada em função da natureza dos instrumentos processuais postos à disposição dos demandantes, os problemas jurídicos a serem enfrentados residem, no mais das vezes, na identificação dos titulares do direito de ação para exigir a execução de políticas públicas, bem como na competência do Judiciário para determinar ao Executivo a execução das mesmas, inclusive em face de compromissos internacionais. Mas não se pode negar, de nenhum modo, a relevância conferida à normativa constitucional do regime de promoção e proteção do direito à educação. Tal regime se destaca não só pela dimensão subjetiva do dever de proteção do direito quanto pela sua dimensão objetiva, isto é, pelas garantias institucionais, funcionais, organizativas e funcionais.

Em sua dimensão subjetiva, o direito à educação é densificado sob o ângulo dos titulares de posições jurídicas individuais ou coletivas perante o Estado e entre si; em sua dimensão objetiva, a densidade da proteção se revela sob o ângulo das garantias e dos deveres. A distinção entre as duas dimensões do direito à educação, isto é, entre os interesses próprios dos titulares e a estrutura que produz efeitos jurídicos, tem importantes conseqüências práticas no que diz respeito ao grau de vinculação do Poder Público e às relações entre os seus diversos titulares.

Uma delas diz respeito ao pacto federativo, no qual se instala uma forma de cooperação efetiva e eficaz no campo educacional; outra, à afirmação da dimensão democrática do direito à educação. Ambos aspectos se inter-relacionam na medida em que o dever do Estado se efetiva por meio de ações integradas e coordenadas de todos os entes federados, insinuando um federalismo cooperativo, com resultados altamente positivos para a ampliação do exercício do direito à educação, em seus diferentes níveis, tanto na esfera pública quanto na privada. Nesse modelo, não se pode deixar de mencionar a instituição dos já referidos FUNDEF e FUNDEB.¹³

Complementando as ações voltadas à valorização do magistério, foi instituído pela Lei 11.738/08 o piso salarial nacional para os profissionais do magistério público da educação básica.¹⁴ A exigência de piso salarial consta da alínea “e”, do inciso III, do caput do art. 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Considera-se “piso”, o valor abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios

¹³ O STF, na ADIn 1.749-5/DF, confirmou o caráter solidário e cooperativo do regime político, em benefício do equacionamento dos problemas inerentes às desigualdades regionais, em matéria de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental educacional, por intermédio do FUNDEF, sem se vislumbrar qualquer ataque à autonomia dos Estados nem ferimento ao princípio federativo. Referida ação foi requerida pelo Partido dos Trabalhadores – PT, pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, pelo Partido Comunista Brasileiro – PC do B, pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB e pelo Partido Verde – PV, contra o art. 5º, da EC no. 14/96, que alterou o art. 60 do ADCT, para determinar aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a destinação de 60% dos recursos a que se refere o art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, a serem geridos pelo FUNDEF. Cf. ADIn 1749-5/DF, Rel. Min. Octavio Galloti, Plenário, por maioria de votos o Tribunal não conheceu da ação direta. Vencidos o Relator e os Ministros Ilmar Galvão e Néri da Silveira. DJ 25/11/99. www.stf.jus.br. Acesso em 01/06/09.

¹⁴ A Lei 11.738/08 foi questionada em sede de controle de constitucionalidade pelos Governadores dos Estados do Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Mato Grosso do Sul e Ceará, tendo em vista a fixação da jornada de trabalho e a equiparação do piso salarial a vencimento inicial. Em abril de 2011 o STF, por maioria de votos, decidiu pela constitucionalidade da lei.

não poderão fixar o vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica, para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais.

É inegável, no caso brasileiro, o dirigismo constitucional em matéria de direito à educação. O amplo conteúdo normativo incorporado à Constituição Federal se, por um lado, assegurou a realização da política pública, de outro reduziu o espaço da controvérsia própria ao confronto político; disto pode resultar a exclusão de propostas e programas alternativos de realização do direito, muito embora tenha se assegurado a competência concorrente dos Estados nesta matéria. Do ponto de vista político, seria razoável supor que a atenuação do conteúdo normativo-programático da Constituição de 1988 de modo a permitir novas possibilidades de atuação no campo educacional qualificaria o debate político ordinário?

Essa é uma questão em aberto, difícil de ser analisada prospectivamente. É bem verdade que diversas políticas públicas voltadas à melhoria das condições da educação pública vêm sendo adotadas por vários Estados brasileiros (como São Paulo e Minas Gerais, por exemplo, em matéria de qualificação de professores), mas não há como se afirmar qualquer tendência.

3.2- O regime jurídico do direito à educação

O regime jurídico típico dos direitos sociais é o das prestações estatais, como ocorre nos campos do direito à saúde, do direito à previdência, à moradia, dentre os demais direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal. Isso porque, sendo direitos de igualdade material, supõem a criação e a efetivação de condições que não são nem inerentes à pessoa nem pré-existentes ao Estado.

Nesse regime, de modo geral, os direitos sociais dependem de opções políticas do legislador ou do administrador público e/ou da conformação dos direitos a prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente. Em outras palavras, enquanto não editada a legislação ordinária de Direito Administrativo ou não realizadas as ações que darão concretude aos direitos sociais, estes não se consolidam como direitos subjetivos plenos nem se realizam, o que enfraquece a possibilidade de serem demandados em juízo para tutela do bem protegido. Diferem, portanto, das liberdades públicas, cuja consolidação como direitos subjetivos decorre diretamente do texto constitucional, que não dependem de complementações ancilares. Devido a essa

concepção, a doutrina tradicional costuma denominar as normas consagradoras de direitos sociais como “normas programáticas”.

Não é o que se observa em relação ao direito à educação na sistemática da Constituição de 1988. Apesar de ter sido incluído no rol dos direitos sociais do art. 6º da Constituição Federal e de ser majoritariamente composto por ações estatais que promovem, protegem ou garantem a sua realização, o direito à educação mereceu tratamento excepcional, não enquadrado pela moldura teórica típica dos direitos sociais.

Sustentamos que o direito à educação, no conjunto dos direitos sociais, encontra-se conformado, por um regime jurídico singular que se caracteriza por *intensa determinação de conteúdo e densidade de proteção*; segue-se, portanto, que o seu regime jurídico se extrai direta e principalmente do texto constitucional, podendo ser complementado por normas de Direito Administrativo, ao contrário do que ocorre com os demais direitos sociais, cujo regime jurídico se extrai principalmente do Direito Administrativo (v.g. saúde, art. 196; previdência, art. 201; assistência social, art. 203).

Além disso, é direito universal a prestações continuadas, com a característica de serem compulsórias para o titular no ensino fundamental, compulsoriedade esta que pode ser progressivamente estendidas a outros níveis de ensino. A relevância desta característica pode ser aquilatada quando comparamos os efeitos que gera à situação de fruição dos demais direitos sociais como, v.g., os direitos de seguridade social que, embora universais, são fruídos na medida em que se apresentem as necessidades de prestações estatais; estas prestações, por sua vez, se esgotam com a efetivação do direito (a saúde, art. 196; a assistência social, art. 203). Situação análoga se observa em relação ao direito à previdência social (art. 201) que, sendo obrigatório e universal, tem natureza contributiva.

Notável, igualmente, no regime jurídico do direito à educação, é o fato de que a obrigação pública não se esgota com o atendimento material e administrativo das exigências constitucionais (universalização do ensino fundamental gratuito, garantia das condições de acesso e permanência [material escolar, transporte, alimentação, saúde], formação de professores etc.). Há deveres impostos ao Legislativo (art. 23, XXIV; art. 24, VIII) e também ao Ministério Público (CF, art. 129, III) e ainda os direitos derivados a prestações. Deles decorre a conclusão – já adotada pelo STF -

segunda a qual os Poderes Públicos não podem promover retrocesso social, ou seja, uma evolução reacionária das posições já alcançadas. Essa é a perspectiva das normas internacionais de proteção aos direitos fundamentais, em geral, diante do Estado social. É o que vem ocorrendo em relação ao atendimento obrigatório da educação infantil por parte dos Municípios brasileiros, direito em relação ao qual o STF e o STJ não tem admitido a existência de filas de espera ou de alocação de vagas na iniciativa privada, como veremos na seqüência.

Quanto aos modelos normativos, na Constituição Federal de 1988 algumas das normas referentes ao direito à educação se configuram como normas programáticas, outras como princípios, normas de organização ou direito subjetivo.¹⁵ Sendo princípios, sendo normas programáticas ou normas de organização ou direito subjetivo, são imperativas e têm força jurídica vinculante para o Poder Público, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. Nesse sentido, pouco importa o grau de eficácia: todas constituem padrões jurídicos de controle judicial e fator de interpretação normativa e tem aplicabilidade imediata por força do § 1º, do art. 5º da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Para exemplificar, consideremos um primeiro grupo de normas, integrado pelo art. 206, VIII (determina a fixação de piso salarial nacional para os profissionais da educação pública) e parágrafo único (determina a fixação, por lei, das categorias de trabalhadores da educação básica e dos respectivos planos de carreira), e também pelo art. 208, II (exige a progressiva universalização do ensino médio gratuito), pelo art. 210 (exige a fixação dos conteúdos mínimos para o ensino fundamental) e pelo art. 214 (que exige o estabelecimento do Plano Nacional de Educação, por lei). Todos demandam complementação legislativa não porque o texto constitucional assim se expressa literalmente, mas porque não discriminou todas as condições necessárias à fruição do direito (Silva, 2005:315). Consideremos, por outro lado, um segundo grupo, composto por algumas das normas que integram o arcabouço de encargos materiais e financeiros do direito à educação já especificados pela Constituição (v.g.

¹⁵ Na Constituição Portuguesa, as normas relativas aos direitos sociais contém diretivas para o legislador; são, portanto, normas programáticas, embora não exclusivamente. O direito à educação e à cultura, previsto em seu art. 73/I (“Todos tem direito á educação e à cultura.”), enquadra-se naquela categoria e se encontra devidamente inserido no Título III, relativo aos direitos e deveres econômicos e sociais. Em Portugal, o direito à liberdade de ensino também se encontra no capítulo das liberdades (art. 43).

art. 208, art. 211; art. 212 e art. 60, do ADCT), assim como a determinação de atendimento prioritário do ensino fundamental (art. 211, §§ 2º e 3º; art. 213, § 1º, parte final).

Todas essas normas, as do primeiro grupo (normas programáticas) e as do segundo grupo (normas de organização), têm como mandamento comum a proibição do *non facere*. Logo, o que protegem é a realização das ações ali determinadas. Desse ponto de vista, todas as normas, nos dois grupos, para serem eficazes, dependem de ação estatal comissiva, independentemente de complementação legislativa ou não. E da mesma forma os direitos educacionais vinculados à igualdade e à liberdade, nos quais a exigência da abstenção estatal, ou seja, a proibição de intervenção (como de resto ocorre em relação a todas as liberdades públicas), tampouco depende de complementação obviamente. A igualdade de acesso e permanência na escola (art. 206, I); as liberdades na educação (art. 206, II, III); a garantia da autonomia universitária (art. 207); a liberdade de ensino para a iniciativa privada (art. 209), dentre outras, encontram-se nessa categoria, na qualidade de princípios educacionais.

Todas manifestam, ainda, irradiação em relação ao legislador ordinário, pelo que não só se assegura a não diminuição do grau de realização do direito como também a proibição do arbítrio, haja vista que a liberdade de conformação do legislador não é total. A eficácia horizontal alcança igualmente os particulares, tendo em vista que estes também podem, potencialmente, ameaçar os direitos fundamentais. O reconhecimento desta potencialidade constitui uma das principais mudanças que conduziram à constitucionalização do Direito, característica do Estado Constitucional de Direito. Seus efeitos são distintos daqueles que derivam das relações entre o Estado e o sujeito do direito - por força da verticalidade - porém não menos providos de efetividade, em razão do quanto dispõe o art. 5º, § 1º da Constituição Federal.

Conseqüentemente, o problema de saber se os direitos sociais são ou não verdadeiros direitos subjetivos não se apresenta no campo do direito à educação como já o demonstraram diversos autores. A possibilidade de apreciação de sua violação em juízo tampouco é objeto de questionamento doutrinário e a jurisprudência é pacífica a esse respeito, com a observação de que o conteúdo materialmente exigível do direito à

educação, com fundamento nas normas constitucionais, é conteúdo mínimo, qualificado como direito ao mínimo existencial.¹⁶

Por essas razões, os bens protegidos pelo direito à educação – quais sejam, todos os processos formativos, formais e informais, públicos e privados, voltados a propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa, sua qualificação para o trabalho e seu preparo para a cidadania, assim como os demais direitos de liberdade e igualdade a eles inerentes – têm justiciabilidade imediata. A propósito, sobreleva notar que a doutrina vem reconhecendo que qualquer tipo de ação (coletiva, individual com efeitos coletivos ou meramente individual), pode ser empregada para provocar o Judiciário a exercer o controle e eventual intervenção em políticas públicas determinadas pela Constituição, como é o caso da efetivação do direito à educação pelo Estado.¹⁷

As dificuldades de efetivação do direito à educação, portanto, como problema do direito positivo, não derivam da força jurídica de suas normas definidoras, mas de sua eficácia e aplicabilidade como normas que dependem de complementos, quer porque dependem de reserva econômica possível, quer porque impõem uma proibição de omissão que nem sempre resulta nos resultados esperados (v.g. garantia de vagas em creches, art. 208, IV), por razões de discricionariedade estatal. Nesse sentido, a previsão de aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, prevista no § 1º, do art. 5º da Constituição Federal não opera os efeitos desejados pelo legislador constituinte.

O exemplo da educação infantil em creches, acima citado, não foi tomado ao acaso. Em verdade, a sua afirmação como prerrogativa indisponível da criança foi objeto de diversos recursos extraordinários levados à apreciação do STF; neles figurava o Município de Santo André, no Estado de São Paulo, como recorrente em virtude de decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP. Tais decisões conheceram e deram provimento à tutela requerida pelo Ministério Público do Estado, em benefício da garantia de atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e

¹⁶ Veja-se, por exemplo, as decisões monocráticas proferidas em Pedido de Tutela Antecipada, STA 13 (Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 04/12/03; no Recurso Extraordinário no. 431.773 (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/09/04); no Agravo de Instrumento no. 564.035 (Rel. Min. Carmén Lúcia, j. 30/04/07); na Suspensão de Tutela Antecipada 318-9 (REL. Min. Gilmar Mendes, j. 20/04/09)etc.

¹⁷ Veja, por todos, Ada Pellegrini Grinover, O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, in Carlos Alberto de Salles (coord.), *As grandes transformações do processo civil brasileiro - Homenagem ao Prof. Kazuo Watanabe*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 109-134.

escolas de educação infantil (ações interpostas antes da EC 53/06, que ampliou o ensino fundamental ao nele incluir as crianças de seis anos).¹⁸

Entre todos, se destaca o agravo regimental no Recurso Extraordinário de no. 410.715, no qual foi proferido o paradigmático voto do Min. Celso de Mello, em acórdão da Segunda Turma do STF que, por unanimidade, negou provimento ao recurso de agravo (22/11/05; DJ 03/02/06). Este voto, anteriormente proferido em decisão monocrática do referido recurso extraordinário (decisão de 27/10/05, DJ 08/11/05), assegurou a consolidação de nova construção jurisprudencial na promoção e garantia do direito à educação, confirmado a tendência já notada no STF de determinar a execução, pelas autoridades competentes, de políticas públicas constitucionais na área da educação.

De tudo observa-se, no conjunto das medidas de controle das políticas públicas educacionais, que tanto o STF quanto o STJ, quando provocados, vêm procedendo a exame de mérito do ato administrativo inquinado em face dos objetivos do Estado Brasileiro; ultrapassam, portanto, o dado da infringência de dispositivos constitucionais ou legais. A fundamentação jurídica, nessas situações, desconsidera, inclusive, a eventual natureza programática da norma constitucional, considerando que o seu não atendimento compromete a eficácia e a integridade de direitos individuais ou coletivos.¹⁹

Conclusão

O direito à educação ocupa lugar central no conjunto dos direitos fundamentais, correspondente à sua importância na salvaguarda da dignidade humana: é indispensável ao desenvolvimento da pessoa e ao exercício dos demais direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Tal direito tem no Estado não só um Estado prestador por excelência, como também um beneficiário do direito em face do princípio democrático e do republicano,

¹⁸ 431.773, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 15/09/04; RE 411.518, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 03/03/04; RE 402.024, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 05/20/04; RE352.686, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19/10/04; RE RE 411.332, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19/10/04; RE 398.722, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19/10/04; RE 443.158, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 21/03/05; RE 410.715, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/11/05; RE 436.996, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 26/10/05, RE 438.493, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 30/11/05, RE 463.210-1, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06/12/05; RE 384.201, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26/04/07, dentre outros.

¹⁹ No STJ, cf. REsp 212346 no Ag. 842866; REsp 814076; REsp 807683; AgRg no REsp 757012; REsp 684646; REsp 658323; REsp 625329, MS 8895; REsp 509753 MS8740; REsp 430526; REsp 338373, em matéria do direito à saúde.

além de uma potencial ameaça aos direitos de igualdade e liberdade na educação. Se os dois princípios implicam uma visão de valores definida pela vontade política popular, em benefício do bem comum, implicam, igualmente, a disposição de preservar e manter tais valores na sociedade estatal.

Não por outras razões, no Brasil o ensino fundamental e o alistamento eleitoral são obrigatórios (CF, art. 14, I). O princípio da soberania popular impõe deveres. E ainda que do voto obrigatório possam ser excepcionados os analfabetos, os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, nenhum deles foi dispensado do ensino obrigatório. Os efeitos do alistamento eleitoral e da matrícula no ensino fundamental também são distintos: alistado, o eleitor pode comparecer ou não à respectiva zona eleitoral e, em comparecendo, pode votar, votar em branco ou anular o voto; no ensino fundamental, diversamente, matriculado, o aluno deve comparecer à escola.

Do ângulo da formação da pessoa como indivíduo, trabalhador e cidadão, o Estado como sociedade política e o cidadão individualmente considerado são titulares dos mesmos direitos, a ponto de se diluir a verticalidade das relações entre Estado e indivíduo, no que tange ao oferecimento e fruição do direito à educação, não se verificando nem a relação de poder *ex parte populi* nem a *ex parte principis*, mas, antes, uma relação *inter pares*. Diluem-se, na mesma proporção, as tracionais fronteiras entre a esfera pública e a esfera privada.

Isso não significa o abandono das relações de natureza publicista ou a alteração da esfera pública do Estado, na qual residem as obrigações relativas à proteção dos direitos fundamentais. O indivíduo se mantém frente ao Estado, mas a ele não se opõe e o Estado não está dispensado de suas obrigações; o que ocorre é a identificação de interesses – expressa fundamentalmente pela realização da dignidade humana, em todas as vertentes de desenvolvimento da personalidade - nas condições reconhecidas e constitucionalmente estabelecidas pela sociedade política.

É nesse contexto que o tema da educação para a democracia, que alguns denominam “educação para a cidadania” ou “educação para direitos humanos”, como consta dos documentos internacionais, ganha relevância no Estado Democrático de Direito à luz dos princípios democrático e republicano. Entre os diversos pontos de interesse, está a exigência de preparo para a cidadania, conforme determina o art. 205 da Constituição Federal Brasileira.

O preparo para a cidadania não é uma vantagem, uma habilitação ou uma conquista individual, mas medida de interesse público e condição de funcionamento da sociedade estatal. Aliás, a positivação constitucional do direito à educação por si só já expressa o reconhecimento formal de que a educação é interesse público.

