

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

ROBERTA MEDEIROS DE QUEIROZ

A EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO E O CONTROLE SOCIAL

FORTALEZA
2009

ROBERTA MEDEIROS DE QUEIROZ

A EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO E O CONTROLE SOCIAL

Monografia submetida à Coordenação da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Marcos Antônio Paiva Colares

FORTALEZA
2009

ROBERTA MEDEIROS DE QUEIROZ

A EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO E O CONTROLE SOCIAL

Monografia submetida à Coordenação da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Aprovada em: 12/06/09

BANCA EXAMINADORA

Prof. Marcos Antônio Paiva Colares (Orientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestranda Luciana Nogueira Nóbrega
Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC

Mestranda Martha Priscylla Monteiro Joca Martins
Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade Federal do Ceará – UFC

Aos que buscam a coragem de lutar ao lado da coragem de amar.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela força em todos os momentos.

A minha família pelo apoio, paciência e compreensão.

Ao Torres pelo companheirismo de sempre.

Aos amigos que ajudaram a superar os desafios durante o percurso.

Ao CAJU pelos espaços de reflexões e críticas proporcionados.

Ao CEDECA-Ceará pela inspiração na luta na defesa de direitos humanos de crianças e adolescentes.

A todos que de alguma forma fortaleceram em mim a vontade de lutar por um mundo mais justo e solidário.

“A educação sozinha não transforma a sociedade, sem ela tampouco a sociedade muda.”

Paulo Freire

RESUMO

A monografia versa sobre a efetividade do direito à educação. O objetivo é analisar os mecanismos jurídicos e sociais de exigibilidade da real efetivação desse direito. A metodologia empregada para a investigação foi a pesquisa bibliográfica e documental. No trabalho, parte-se da análise do contexto de normatização internacional do direito à educação, com vistas à observância dos impactos provocados pelo reconhecimento da educação como um direito humano no ordenamento jurídico brasileiro. Segue-se com a análise do conteúdo material do direito à educação, a partir da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, identificando a relação existente entre o reconhecimento da educação como um direito fundamental e a reconstrução do conceito de cidadania no Brasil. Seguidamente, é feito um estudo acerca da eficácia dos direitos fundamentais, detendo-se, sobretudo, na análise da eficácia das normas definidoras de direitos sociais e, de forma mais específica, do direito à educação. Posteriormente, são apresentados mecanismos jurídicos e sociais de efetividade do direito à educação, apontando-se alguns limites e possibilidades e destacando-se a importância da mobilização social na luta por esse direito.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Direito Fundamental à Educação. Efetividade. Políticas Públicas. Participação. Controle Social. Mobilização Social.

RESUMEN

El trabajo monográfico versa acerca de la efectividad del derecho a la educación. El objetivo es analizar los mecanismos legales y sociales de la real efectucción de este derecho. Tratase de una investigación bibliográfica y documental. El trabajo tiene inicio con un análisis del contexto de la normatización internacional del derecho a la educación, con vistas a la observancia de los impactos provocados por el reconocimiento de la educación como un derecho humano en el sistema legislativo brasileño. Se sigue con el análisis del contenido material del derecho a la educación, a partir de la Constitución Federal de 1988 y del Estatuto del Niño y del Adolescente, identificando la relación existente entre el reconocimiento de la educación como derecho fundamental y la reconstrucción del concepto de la ciudadanía en el Brasil. Seguidamente, ha sido realizado un estudio acerca de la eficacia de los derechos fundamentales, con foco, principalmente, en el análisis de la eficacia de las normas definidoras de derechos sociales y, de forma más específica, del derecho a la educación. Más adelante, presentase los mecanismos legales y sociales de la eficacia del derecho a la educación, señalándose algunos límites y posibilidades, destacándose la importancia de la movilización social en la lucha por este derecho.

Palabras-llave: Derechos Humanos. Derecho Fundamental a la Educación. Efectividad. Políticas Públicas. Participación. Control Social. Movilización Social.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 A EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO HUMANO..... | 14 |
| 2.1 Pressupostos Históricos na Afirmação dos Direitos Humanos..... | 14 |
| 2.2 O Direito à Educação entre os Direitos Humanos | 19 |
| 3 O DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO NO BRASIL | 27 |
| 3.1 A Constituição Federal de 1988: Marco da Concepção de Educação como um Direito Fundamental no Brasil..... | 27 |
| 3.1.1 O conteúdo material do direito à educação escolar na Constituição de 1988 | 32 |
| 3.1.1.1 Princípios constitucionais da educação | 32 |
| 3.1.1.2 Garantias constitucionais e o dever do Estado com a educação escolar | 36 |
| 3.1.1.3 Distribuição de competências e vinculação de recursos..... | 40 |
| 3.2 O Direito Fundamental à Educação e o Novo Paradigma Jurídico acerca da Criança e do Adolescente no Brasil | 43 |
| 3.3 Os Impactos do Reconhecimento da Educação como um Direito Fundamental na Reconstrução do Conceito de Cidadania no Brasil..... | 47 |
| 4 A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 | 51 |
| 4.1 A Eficácia dos Direitos Fundamentais..... | 51 |
| 4.1.1 A eficácia dos direitos econômicos sociais e culturais..... | 54 |
| 4.1.1.1 A eficácia do direito social à educação | 57 |
| 5 MECANISMOS DE EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO | 62 |
| 5.1 O Financiamento da Educação..... | 63 |
| 5.2 A Exigibilidade Judicial | 66 |

| | |
|--|-----------|
| 5.3 A Participação e o Controle Social na Educação..... | 68 |
| 5.3.1 Conselhos Gestores de Políticas Públicas | 71 |
| 5.3.2 Orçamento público | 74 |
| 5.3.3 Mobilização social..... | 75 |
| 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 77 |

1 INTRODUÇÃO

A educação se manifesta em todas as dimensões da vida, compreendendo os processos de formação do indivíduo e do seu reconhecimento no espaço social, que implicam, necessariamente, no desenvolvimento e no exercício de suas liberdades e garantias fundamentais.

A concepção de educação como um direito humano decorre de um processo histórico, marcado por conquistas sociais de direitos, liberdades e garantias, considerados fundamentais à dignidade da pessoa humana, sendo a educação reconhecida como base constitutiva na formação do ser humano, bem como na defesa e na composição de outros direitos.

Esse entendimento encontra-se em consonância com a moderna compreensão dos Direitos Humanos como direitos universais, indivisíveis e interdependentes entre si, de modo que a satisfação de todos os direitos assegura a realização de cada um individualmente, assim como a negação de um deles provoca uma violação em cadeia.

Nesse sentido, faz-se necessário destacar a importância da efetivação do direito à educação para a exigibilidade e a realização de outros direitos, considerando o caráter de formação constante nos processos educativos, que permitem uma melhor compreensão dos elementos sociais, políticos e econômicos, bem como a percepção dos indivíduos enquanto sujeitos ativos do processo histórico vivenciado.

Dessa forma, a educação constitui-se em elemento imprescindível para a realização da cidadania plena, não se restringindo esta ao exercício dos direitos individuais e políticos, mas compreendendo a exigibilidade e o exercício coletivo de direitos individuais e sociais. Importante ressaltar que, a educação, além de contribuir no processo de reconhecimento e exigibilidade de direitos, apresenta-se, ainda, como consequência desse processo de vivência cotidiana dos Direitos Humanos.

O contexto de normatização internacional do direito à educação, sendo esta reconhecida como um direito indispensável à convivência digna de todas as pessoas, remonta à conquista dos direitos econômicos, sociais e culturais, com o fim de promover melhores condições de vida a pessoa humana e a diminuição das desigualdades sociais, evitando a exclusão de inúmeras oportunidades, dentre as quais o inalienável poder quanto à condução dos destinos do país.

No caso do Brasil, o direito à educação sempre esteve presente nos textos constitucionais, desde a primeira constituição, outorgada em 1824, até a atual, promulgada em 1988, que reconhece o direito à educação como um direito fundamental, público e subjetivo, sendo dever do Estado assegurá-lo a todos os cidadãos de forma igualitária, respeitando a diversidade dos sujeitos, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art. 205, da CF/88).

Esse entendimento é reforçado por outras normativas nacionais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional e o Plano Nacional de Educação, que se propõem a delinear o conteúdo do direito à educação, bem como mecanismos para a sua efetivação, em conformidade com o disposto na Constituição Federal, incorporando ao ordenamento jurídico pátrio o posicionamento adotado em diplomas internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989)¹.

Entretanto o reconhecimento legal e estatal desses direitos não foi suficiente para que viessem a ser efetivamente garantidos, tanto que condições desiguais no acesso a serviços educativos continuam sendo uma realidade no País. Conforme estudo do Observatório da Equidade², o nível de escolaridade brasileira é baixo e desigual, persistindo um elevado contingente de analfabetos; acesso reduzido à educação infantil de qualidade, sobretudo, por crianças de 0 a 3 anos; níveis insuficientes e desiguais de desempenho e conclusão do ensino fundamental, com acesso limitado para alunos com deficiência; níveis insuficientes de acesso, permanência, desempenho e conclusão do ensino médio; insuficiência e inadequação de oferta de educação profissional; acesso restrito e desigual ao ensino superior.³

Diante da realidade apresentada, considerando a educação como um direito fundamental, consubstanciando-se em uma garantia individual e ao mesmo tempo social, que tem sua expressão máxima no exercício da cidadania, impõe-se a exigência de ações

¹ O Estado brasileiro ratificou o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) em 1992 e desde então responde formalmente às questões do Comitê DESC sobre situações de violações aos direitos humanos, assumindo o compromisso formal de avançar na efetivação destes direitos. A Convenção sobre os Direitos da Criança foi ratificada pelo Brasil em 1990.

² O Observatório da Equidade é uma estrutura do Conselho do Desenvolvimento Econômico e Social (CDES), vinculado à Presidência da República, que tem por finalidade aportar capacidade e instrumentos ao Conselho e à sociedade brasileira para acompanhar o enfrentamento do problema das desigualdades no país, e para apoiar a formulação de políticas públicas e ações sociais que promovam maior equidade no acesso aos direitos de cidadania. (Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/observatoriodaequidade/>. Acesso em: 02 junho 2009.)

³ Observatório da Equidade. **As desigualdades na escolarização no Brasil**. 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/observatoriodaequidade/relatorio2.htm>. Acesso em: 02 junho 2009.

concretas do Estado, mediante a formulação e a execução de políticas, ressaltando-se a importância da participação e do controle social dessas políticas, com vistas à satisfação de tais direitos de forma universal e equânime.

Nesse sentido, a proposta deste estudo é analisar os mecanismos jurídicos e sociais de efetivação do direito à educação, com base na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 8069/90, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), bem como em que sentido esses mecanismos podem contribuir para a realização da cidadania no País.

Importante ressaltar que, embora se reconheça a abrangência dos processos educativos, que permeiam todas as dimensões da vida, a análise do presente trabalho circunscreve-se, por razões metodológicas, à educação escolar básica, que compreende a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio.

A opção pelo enfoque na abordagem da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente acerca do direito à educação, em detrimento de outros instrumentos legais de inquestionável relevância para o tema, justifica-se pelo caráter mais geral de mencionados dispositivos, tendo em vista as pretensões do presente estudo, enquanto um trabalho monográfico de conclusão de curso, não se pretendendo, dessa forma, esgotar o tema.

A metodologia utilizada para atingir os objetivos do presente trabalho foi a interpretação teórico-dialógica, envolvendo pesquisa bibliográfica e documental, que se dará através da leitura de obras científicas, publicações especializadas, artigos e dados publicados na internet, e, ainda, através da leitura da legislação pertinente ao tema.

No primeiro capítulo, traçamos um panorama histórico da afirmação dos Direitos Humanos, reconhecendo-os como conquistas sociais e políticas, cujo processo de internacionalização ganha força, sobretudo, no período que sucede a Segunda Guerra Mundial. A análise desse percurso objetiva, primordialmente, contextualizar a concepção teórica da educação como um direito humano, bem como identificar o seu contexto de normatização internacional.

No capítulo seguinte, chamamos a atenção para os impactos do reconhecimento da educação como um direito humano no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, que se configura como marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no País, bem como pelo novo paradigma jurídico no trato da criança e do adolescente no País, que veio a ser regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990. Esse estudo será complementado com uma

análise dos impactos do reconhecimento da educação como direito fundamental na reconstrução do conceito de cidadania no Brasil.

O capítulo posterior destina-se à análise do tratamento dispensado ao direito à educação, como um direito fundamental, pela Constituição brasileira de 88, conferindo-lhe *status* hierárquico diferenciado. Para tanto, pretende-se, inicialmente, discorrer acerca da eficácia dos direitos fundamentais, bem como do significado e da abrangência do princípio da aplicabilidade imediata. Posteriormente, pretende-se destacar alguns aspectos referentes à eficácia jurídica e social dos direitos fundamentais de conteúdo social, econômico e cultural, finalizando com uma análise acerca da eficácia do direito social à educação.

Ao fim, perceber-se-á que embora o direito à educação esteja previsto na Constituição como um direito fundamental, tendo sido, pormenorizadamente, detalhadas algumas de suas garantias, não significa que seja efetivamente realizado, fazendo-se necessário a utilização sistemática e articulada de um conjunto de mecanismos jurídicos e sociais, acerca dos quais se pretende delinear alguns comentários, apontando limites e possibilidades.

Em suma, objetiva-se com este trabalho analisar os mecanismos de exigibilidade da real efetivação do direito à educação, destacando a importância da mobilização social na luta por esse direito.

2 A EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO HUMANO

2.1 Pressupostos Históricos na Afirmação dos Direitos Humanos

A compreensão da educação como um direito pressupõe uma breve análise do processo de identificação e afirmação histórica de direitos e liberdades fundamentais da pessoa humana.

Desde os primórdios da humanidade, é possível identificar ações que se caracterizam pela busca da afirmação de determinados valores como inerentes à condição humana, seja através de expressões mitológicas, religiosas, filosóficas ou científicas, que hoje nos permitem compreender o sentido da dignidade humana como primado da efetivação dos direitos humanos.

Na antiguidade, valores como a liberdade e a igualdade entre os homens eram idéias fundantes na filosofia clássica, especialmente, na greco-romana, e no cristianismo (SARLET, 2007, p.45) ⁴.

Essas idéias inspiravam a democracia ateniense, que se constituía em um modelo político onde o povo⁵ era detentor do poder supremo, não havendo justificativa ética para a organização da vida humana em sociedade numa instância superior ao povo. Assim o homem tornava-se o principal objeto de análise e reflexão daquela cultura, como ser dotado de liberdade e razão.

Por outro lado, do cristianismo, apreende-se a exigência de amor universal, consubstanciado na tese da unidade da humanidade e da igualdade essencial entre todos os homens em dignidade.

Esse reconhecimento de que todos os seres humanos devem ser igualmente respeitados, inicialmente com base em argumentos religiosos, torna-se o fundamento da vigência de um conjunto de regras não escritas, compreendidas como leis superiores, regras

⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45.

⁵ O “povo” deve ser entendido aqui como os cidadãos atenienses.

gerais e absolutas, válidas para todos os homens em todas as nações, representando um instrumento de limitação do arbítrio governamental.

Posteriormente, os sofistas e a doutrina estoíca adotaram como fundamento para a vigência desse direito universal a natureza, compreendendo, portanto, as primeiras doutrinas jusnaturalistas, que tiveram grande importância no reconhecimento posterior dos Direitos Humanos decorrente dos processos revolucionários do século XVIII.

Foi, entretanto, a partir do pensamento medieval que a afirmação da igualdade essencial entre todos os seres humano se consolidou, desenvolvendo-se a idéia de postulados superiores que tinham por escopo fundamental limitar e orientar o poder, legitimando o seu exercício. Nesse sentido, o entendimento de Comparato (2007, p.20):

Foi de qualquer forma, sobre a concepção medieval de pessoa que se iniciou a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, não obstante a ocorrência de todas as diferenças individuais ou grupais, de ordem biológica ou cultural. E é essa igualdade de essência da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos. A expressão não é pleonástica, pois que se trata de direitos comuns a toda a espécie humana, a todo homem enquanto homem, os quais, portanto, resultam da sua própria natureza, não sendo meras criações políticas. Desse fundamento, igual para todos os homens, os escolásticos e canonistas medievais tiraram a conclusão lógica de que todas as leis contrárias ao direito natural não teriam vigência ou força jurídica; ou seja, lançaram-se as bases de um juízo de constitucionalidade *avant la lettre*.⁶

Esse limite, conforme se depreende da leitura do trecho acima, consistia na obrigatória observância de todas as leis escritas ao direito natural, sob pena de não possuírem força jurídica. Nesse sentido, o pensamento de Santo Tomás de Aquino, conforme Sarlet (2007, p. 46), assume particular relevância, professando:

[...] a existência de duas ordens distintas, formadas respectivamente, pelo direito natural, como expressão da natureza racional do homem, e pelo direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população. Também o valor fundamental da dignidade humana assumiu particular relevo no pensamento tomista, incorporando-se, a partir de então, à tradição jusnaturalista, tendo sido o humanista italiano Pico Della Mirandola quem, no período renascentista e baseado principalmente no pensamento de Santo Tomás de Aquino, advogou o ponto de vista de que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na idéia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem.⁷

A doutrina jusnaturalista é incorporada e desenvolvida pelas teorias contratualistas que emergem no cenário dos séculos XVII e XVIII, culminando no iluminismo, de inspiração jurracionalista. É nesse contexto que o fundamento religioso deixa

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 20.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 46.

de ser a sustentação para a existência de um direito natural, passando este a ser compreendido como expressão da liberdade e da dignidade da pessoa humana, a partir de uma razão tida como universal, posto que comum a todos os seres humanos.

Sobre a contribuição das teorias contratualistas para o reconhecimento de eficácia aos direitos naturais e inalienáveis do homem, expressa Sarlet:

Decisiva, inclusive pela influência de sua obra sobre os autores iluministas, de modo especial franceses, alemães e americanos do século XVIII, foi também a contribuição doutrinária de John Locke (1632 - 1704), primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência) uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores do poder, este, por sua vez, baseado no contrato social, ressaltando-se, todavia, a circunstância de que, para Locke, apenas os cidadãos (e proprietários, já que identifica ambas as situações) poderiam valer-se do direito de resistência, sendo verdadeiros sujeitos, e não meros objetos do governo. Na lição de Perez Luño, com Locke a defesa dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade converteu-se na finalidade precípua da sociedade civil e em princípio legitimador do governo. Cumpre salientar, neste contexto, que Locke, assim como já o havia feito Hobbes, desenvolveu ainda mais a concepção contratualista de que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com a sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade-liberdade se funda na autovinculação dos governados, lançando assim, as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que, por sua vez, desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal.⁸

Entretanto foi no pensamento de Kant que se consolidou essa etapa da afirmação histórica dos Direitos Humanos, adotando o direito à liberdade como a centralidade da afirmação de todos os outros direitos, posto que estes seriam limitados apenas pela liberdade coexistente dos indivíduos. Para Kant, o princípio primeiro de toda a ética é o de que “o ser humano e, de modo geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talante” (COMPARATO, 2007, p. 21) ⁹.

Dessa concepção de que as pessoas devem existir como um fim em si mesmo, decorre a negativa de qualquer possibilidade de exploração do outro, como um meio, posto que também resguarda em sua condição humana um fim em si mesmo, possuindo valores intrínsecos absolutos, insubstituíveis e únicos.

Por outro lado, referida concepção implica, além do dever negativo de não prejudicar ninguém, o dever positivo de contribuir para a realização da felicidade do outro, constituindo-se em fundamento para o reconhecimento dos direitos humanos de conteúdo

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 47 e 48.

⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 21.

econômico e social, cuja efetivação, conforme será abordado a seguir, depende de uma postura ativa do Estado, mediante a realização de políticas públicas.

Além de compreender a dignidade da pessoa como um fim em si mesmo, Kant defende que “ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita.”¹⁰

Assim, os direitos considerados universais assumem posição de destaque, a partir da transformação dos fundamentos da ética e da descoberta do mundo dos valores, sendo reconhecidos como os valores mais importantes da convivência humana, sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação.¹¹

Percebe-se que, ao longo da história da humanidade, vários foram os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, evidenciando seu caráter histórico, em contínuo processo de construção e afirmação.

Resta, portanto, ultrapassada a disputa entre defensores de um direito natural, este compreendido como algo estático e imutável, e os defensores do juspositivismo, restringindo o reconhecimento desses direitos à esfera estatal, sobretudo, quando consideramos que a tradução desses direitos em termos jurídicos jamais será concluída, tendo em vista a complexidade das relações sociais, que refletem o permanente inacabamento do ser humano.

Esses direitos passaram a ser reconhecidos na esfera do direito positivo, sobretudo, a partir do século XIII, período em que se fortalece um movimento de reconstrução de uma unidade política no continente Europeu, marcado pela disputa de poderes políticos e econômicos entre a nobreza e o clero. Nesse contexto, com o objetivo de conter os abusos dessa reconcentração do poder, foram elaborados documentos legais, estabelecendo limites e privilégios feudais aos estamentos superiores da sociedade. Destaca-se como um dos principais documentos desse período, a *Magna Charta Libertatum*, de 1615, firmada pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses.

Entretanto, foi com a Declaração de Direitos dos Povos da Virgínia, de 1776, e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que os Direitos Humanos assumiram, pela primeira vez na história, a condição de direitos fundamentais constitucionais.

¹⁰ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p.22.

¹¹ *Ibidem*, 2007, p.26.

Como aponta Sarlet,¹² tanto a declaração francesa, quanto a americana tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento.

A declaração de direitos norte-americana, juntamente com a Declaração francesa de 1789, ao afirmarem a liberdade e a igualdade dos seres humanos, o fizeram no plano legal. Entretanto essa isonomia logo se tornou insuficiente para assegurar a proteção dos milhares de trabalhadores que eram compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas, submetendo-se a precárias condições de trabalho e de vida.

Assim, fez-se necessário afirmar os Direitos Humanos de caráter econômico e social, que, ao contrário dos direitos e garantias individuais, objetivam não uma abstenção, mas uma atividade positiva do Estado, compelindo-o a promover políticas públicas realizadoras desses direitos, com vistas à materialização da tão almejada igualdade. A origem do reconhecimento desses direitos remonta à Constituição Mexicana de 1917 e à Constituição de Weimar de 1919. Para Comparato (2007, p. 54):

O reconhecimento dos direitos humanos de caráter econômico e social foi o principal benefício que a humanidade recolheu do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. O titular desses direitos, com efeito, não é o ser humano abstrato, com o qual o capitalismo sempre conviveu maravilhosamente. É o conjunto dos grupos sociais esmagados pela miséria, a doença, a fome e a marginalização. Os socialistas perceberam, desde logo, que esses flagelos sociais não eram cataclismos da natureza nem efeitos necessários da organização racional das atividades econômicas, mas sim verdadeiros dejetos do sistema capitalista de produção, cuja lógica consiste em atribuir aos bens de capital um valor muito superior ao das pessoas.¹³

Observa-se que o processo de reconhecimento e afirmação universal dos Direitos Humanos ganha força, sobretudo, em períodos de extremas violações da dignidade humana, em que a concentração de poder e o seu exercício de forma arbitrária ocasionaram grandes massacres à humanidade, fazendo surgir a exigência de novas regras de vida mais digna para todos.

Esse entendimento pode ser constatado, quando da análise dos impactos da Segunda Guerra Mundial na compreensão do valor supremo da dignidade humana. A partir de 1945, no pós-guerra, há um fortalecimento do processo de universalização dos Direitos

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 52.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, 54.

Humanos, extrapolando o domínio reservado do Estado. Nesse sentido, aponta Flávia Piovesan:

Perceber-se-á que, em face das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional passou a reconhecer que a proteção dos direitos humanos constitui questão de legítimo interesse e preocupação internacional. Ao constituir tema de legítimo interesse internacional, os direitos humanos, transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva. São criados parâmetros globais de ação estatal, que compõe um código comum de ação, ao qual os Estados devem se conformar, no que diz respeito à promoção e proteção dos direitos humanos.¹⁴

Assim, após o fim da 2ª Guerra Mundial, foram celebradas várias convenções internacionais, versando sobre Direitos Humanos, no âmbito da Organização das Nações Unidas. Destacando-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada unanimemente pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948, que reuniu os fundamentos teóricos elaborados ao longo da história da humanidade, proclamando, em seu art. VI, que todo homem tem direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa.

Poder-se-ia destacar, ainda, vários outros documentos normativos de particular relevância no processo de afirmação dos direitos humanos, entretanto extrapolariam as pretensões deste trabalho, que objetiva, com a análise desse percurso histórico, tão-somente, identificar o contexto de normatização internacional do direito à educação, com vistas à observância de seus impactos no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 O Direito à Educação entre os Direitos Humanos

O caráter histórico dos Direitos Humanos evidencia-se no fato de que estes se encontram em constante processo de (re)construção, seja no que toca ao conteúdo, seja no que toca à sua titularidade, eficácia e efetivação. Assim, alguns doutrinadores da matéria, defendem a existência de gerações dos direitos humanos, conforme o conteúdo dos direitos reconhecidos. Há quem critique a expressão “gerações”, preferindo “dimensões”, por entender que a primeira poderia ensejar uma falsa impressão da substituição gradativa de uma geração

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 5.

por outra, tratando-se na verdade de um reconhecimento progressivo e cumulativo dos direitos.¹⁵

O reconhecimento da primeira dimensão dos direitos humanos possui forte influência do pensamento liberal-burguês do século XVIII, marcado pelo individualismo, consistindo na afirmação de direitos do indivíduo frente ao Estado. Fazendo parte deste grupo o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, sendo, posteriormente, complementados por um conjunto de liberdades de expressão coletiva e pelos direitos de participação política (direito de voto e capacidade eleitoral passiva). São os chamados direitos civis e políticos¹⁶.

Foi a partir do século XIX, com o agravamento dos problemas sociais e econômicos decorrentes do crescente processo de industrialização, que surgiram os primeiros movimentos reivindicatórios pelo reconhecimento progressivo de Direitos Humanos de caráter social, econômico e cultural, dentre eles o direito à educação, influenciados pelas doutrinas socialistas, que contestavam o reconhecimento meramente formal, ou seja, perante a lei, da liberdade e da igualdade.

Tais direitos, que compreendem a segunda dimensão dos Direitos Humanos, em um processo de reconhecimento cumulativo ao longo da história, conforme abordado anteriormente, diferenciam-se dos direitos individuais por sua dimensão positiva, indo além da não-intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas promovendo essa liberdade mediante a execução de políticas públicas.

Os Direitos Humanos de caráter social foram previstos normativamente pela primeira vez na Constituição Francesa de 1791, que incorporou como preâmbulo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ademais de conter sua própria declaração de direitos, com acréscimos em relação àquela. No que toca ao direito à educação, mencionado documento determinou a organização de uma “Instrução pública comum a todos os cidadãos, gratuita no que concerne às partes do ensino indispensáveis a todos os homens”.¹⁷

Já na Constituição Francesa de 1848, evidencia-se como objetivo do ensino público, precipuamente, a formação para o mercado de trabalho, em detrimento da formação

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 54.

¹⁶ *Ibidem*, 2007, p. 56.

¹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, P. 153.

plena do cidadão, revelando os anseios dos detentores do poderio econômico decorrente da expansão do capitalismo industrial, conforme se pode perceber da leitura do seu art. 13:

Art. 13. A Constituição garante aos cidadãos a liberdade de trabalho e de indústria. A sociedade favorece e encoraja o desenvolvimento do trabalho, pelo ensino primário gratuito, a educação profissional, a igualdade nas relações entre o patrão e o operário, as instituições de previdência e de crédito, as instituições agrícolas, as associações voluntárias e o estabelecimento pelo Estado, os Departamentos e os Municípios, de obras públicas capazes de empregar de braços desocupados; ela fornece assistência às crianças abandonadas, aos doentes e idosos sem recursos e que não podem ser socorridos por suas famílias.¹⁸

A previsão do direito à educação em documentos legais assume aspecto diferenciado com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, através da expansão do sistema de educação pública, cabendo precipuamente ao Estado o dever de garantir a educação escolar, incorporando a idéia de proteção ao trabalhador, frente às opressões provocadas pelo capitalismo industrial, inaugurando a chamada democracia social. Assim comenta Comparato (2007, p. 195) o disposto na Constituição Alemã no que se refere à educação e à escola:

Consagrando a evolução ocorrida durante o século XIX, e que contribuiu decisivamente para a elevação social das camadas mais pobres da população em vários países da Europa Ocidental, atribuiu-se precipuamente ao Estado o dever fundamental de educação escolar. A educação fundamental foi estabelecida com a duração de oito anos, e a educação complementar até os dezoito anos de idade do educando. Em disposição inovadora, abriu-se a possibilidade de adaptação do ensino escolar ao meio cultural e religioso das famílias (art. 146, segunda alínea). Determinou a Constituição que na escola pública, em ambos os níveis – o fundamental e o complementar –, o ensino e o material didático fossem gratuitos (art. 145, *in fine*). Ademais, previu-se a concessão de subsídios públicos aos pais de alunos considerados aptos a cursar o ensino médio e o superior (art. 146, última alínea).¹⁹

A internacionalização desse direito decorre de um movimento geral de universalização dos Direitos Humanos, sobretudo, no período pós-guerra, concretizando-se, em termos jurídicos positivos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que retomou os ideais da Revolução Francesa, reconhecendo os valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, sendo necessária uma progressiva incorporação desses ideais, cristalizados em direitos efetivos, no plano nacional e internacional.

O princípio da solidariedade, ou fraternidade, é o fundamento do reconhecimento dos direitos econômicos e sociais na Declaração referida, consubstanciando-se em exigências elementares de proteção às classes ou grupos sociais desfavorecidos, contra a dominação socioeconômica exercida pela minoria rica e poderosa, com vistas à materialização da

¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, P. 172.

¹⁹ *Ibidem*, 2007, P. 195.

igualdade no acesso a condições de vida digna, que antes era considerada apenas no plano legal. Nesse grupo de direitos, além do direito à educação, encontram-se os direitos à seguridade social, ao trabalho e à proteção contra o desempregado, além de outros relacionados ao contrato de trabalho.

Em relação ao direito à educação, a Declaração Universal de 1948 dispõe, no artigo XXVI, que:

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

Diante do caráter de recomendação que assumiu a Declaração de 1948, fez-se necessário conferir maior eficácia jurídica a esses direitos, garantindo a vinculação dos Estados Partes, o que, de certa forma, concretizou-se com o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), celebrados em 1966, que desenvolveram pormenorizadamente o conteúdo da Declaração de 1948.

Vale ressaltar que, ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, foi anexado um Protocolo Facultativo, atribuindo ao Comitê de Direitos Humanos, instituído pelo próprio Pacto, competência para receber e processar denúncias de violação de direitos humanos, formuladas por indivíduos contra qualquer dos Estados-Partes. Entretanto a atuação fiscalizadora deste Comitê limita-se aos direitos civis e políticos, ao passo em que os direitos que têm como objeto políticas públicas ou programas de ação estatal, como o são os direitos econômicos, sociais e culturais, seriam realizados progressivamente, conforme os recursos disponíveis.

Tais fatos decorreram de acordos diplomáticos, isso porque as potências ocidentais defendiam o reconhecimento apenas das liberdades individuais, que limitavam a interferência estatal na vida dos indivíduos, enquanto países do bloco comunista e jovens países africanos preferiam destacar os direitos sociais e econômicos, diante do que decidiram dividir a previsão de tais direitos em tratados distintos, de modo a permitir a limitação da atuação fiscalizadora do Comitê de Direitos Humanos apenas aos direitos civis e políticos.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por sua vez, não criou órgão de fiscalização e controle da aplicação de suas normas, tendo sido criado apenas em 1985, com oposição isolada dos Estados Unidos da América, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, que tem o objetivo de monitorar o cumprimento dos compromissos que os Estados assumem ao ratificar o PIDESC. A principal tarefa do Comitê consiste na análise dos Informes encaminhados pelos Estados, acerca do cumprimento do PIDESC e na emissão de Comentários Gerais sobre o conteúdo e as estratégias para cumprir o que determina o Pacto.²⁰

Assim dispõe o Pacto, acerca do direito à educação:

Artigo 13

1. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade, e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam, ainda, em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da Paz.

2. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos.

b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.

c) A educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.

d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária.

e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.

f) Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais, de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

g) Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1º do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado.

Artigo 14

Todo Estado-parte no presente Pacto que, no momento em que se tornar Parte, ainda não tenha garantido em seu próprio território ou território sob a sua jurisdição a

²⁰ Plataforma DhESC Brasil. **Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais. O Cumprimento do PIDESC pelo Brasil. Contra Informe da Sociedade Civil – Resumo Executivo. Observações Conclusivas do Comitê. Comentários / Plataforma DhESC Brasil.** Brasília: Plataforma DhESC Brasil, 2003, p. 62.

obrigatoriedade ou 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 estabelecido no próprio plano, do princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos.

Em 1960, a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura celebrou a Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino, com vistas à promoção da igualdade de oportunidades e tratamento a todas as pessoas nesse campo. Assim, em seu art. 1º, dispõe acerca da abrangência do termo discriminação:

Artigo 1º

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por discriminação toda a distinção, exclusão, limitação ou preferência que, com fundamento na raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou de nascimento, tenha a finalidade ou efeito de destruir ou alterar a igualdade de tratamento no domínio de educação e, em especial:

- a) Excluir qualquer pessoa ou um grupo de pessoas do acesso a diversos tipos e graus de ensino;
- b) Limitar a um nível inferior a educação de uma pessoa ou de um grupo;
- c) Sob reserva das provisões do artigo 2 da presente Convenção, instituir ou manter sistemas ou estabelecimentos de ensino separados para as pessoas ou grupos; ou
- d) Colocar uma pessoa ou um grupo numa situação incompatível com a dignidade humana.

2 — Para efeitos da presente Convenção, a palavra “ensino” refere-se ao ensino de diversos tipos e graus e compreende o acesso ao ensino, o nível e a sua qualidade e as condições em que é ministrado.

Importante destacar, ainda, no que toca ao reconhecimento do direito à educação no plano internacional, o que dispõe a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), aprovada em 1989, pela Assembléia Geral da ONU, sobre a matéria:

Artigo 28

1. Os Estados-partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:

- a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente a todos;
- b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;
- c) tornar o ensino superior acessível a todos, com base na capacidade e por todos os meios adequados;
- d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;
- e) adotar medidas para estimular a freqüência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar.

2. Os Estados-partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana da criança e em conformidade com a presente Convenção.

3. Os Estados-partes promoverão e estimularão a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente visando a contribuir para eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino. A esse respeito, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento.

Artigo 29

1. Os Estados-partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de:

- a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança e todo o seu potencial;
- b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas;
- c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem e aos das civilizações diferentes da sua;
- d) preparar a criança para assumir uma vida responsável em uma sociedade livre, com espírito de compressão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena;
- e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente.

2. Nada do disposto no presente artigo ou no artigo 28 será interpretado de modo a restringir a liberdade dos indivíduos ou das entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que sejam respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1º do presente artigo e que a educação ministrada em tais instituições esteja de acordo com os padrões mínimos estabelecidos pelo Estado.

Em âmbito regional, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em abril de 1948, na Cidade de Bogotá, a mesma conferência em que foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA), reconhece que toda pessoa tem direito à educação, nos termos do seu art. XII:

Artigo XII - Toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios da liberdade, moralidade e solidariedade humana.

Tem, outrossim, direito a que, por meio dessa educação, lhe seja proporcionado o preparo para subsistir de uma maneira digna, para melhorar o seu nível de vida e para poder ser útil à sociedade.

O direito à educação compreende o de igualdade de oportunidade em todos os casos, de acordo com os dons naturais, os méritos e o desejo de aproveitar os recursos que possam proporcionar a coletividade e o Estado.

Toda pessoa tem o direito de que lhe seja ministrada gratuitamente, pelo menos, a instrução primária.

Posteriormente, em 1969 subscreve-se a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de San José de Costa Rica, que estabelece o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, obrigando os Estados-Partes a adotarem as medidas legais ou de outro caráter que sejam necessárias à efetivação dos direitos e liberdades nela reconhecidos. Como meios de proteção dos direitos e liberdades, estabelece dois órgãos para conhecer dos assuntos relativos ao cumprimento da Convenção: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Convenção Americana não enuncia de forma específica qualquer direito social, cultural ou econômico, limitando-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos. Em 1988, a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos reafirmou o propósito de consolidar no Continente um regime de justiça social, mediante a propositura de um Protocolo Adicional à Convenção, em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, conhecido como Protocolo de San

Salvador, com vistas a especificar e garantir maior força jurídica a esses direitos, dentre os quais se encontra o direito à educação.

Assim dispõe o Protocolo de San Salvador acerca do direito à educação:

Artigo 13

Direito à educação

1. Toda pessoa tem direito à educação.

2. Os Estados Partes neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm, também, em que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz.

3. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação:

- a) O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente;
- b) O ensino de segundo grau, em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional de segundo grau, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;
- c) O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito;
- d) Deve-se promover ou intensificar, na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau;
- e) Deverão ser estabelecidos programas de ensino diferenciado para os deficientes, a fim de proporcionar instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental.

4. De acordo com a legislação interna dos Estados Partes, os pais terão direito a escolher o tipo de educação a ser dada aos seus filhos, desde que esteja de acordo com os princípios enunciados acima.

5. Nada do disposto neste Protocolo poderá ser interpretado como restrição da liberdade dos particulares e entidades de estabelecer e dirigir instituições de ensino, de acordo com a legislação interna dos Estados Partes.

Mencionados documentos foram incorporados pela maioria das Constituições do segundo pós-guerra, que, reconhecendo e assegurando tais direitos no plano jurídico interno, abertas a princípios dotados de elevada carga axiológica, destacando-se entre eles a dignidade da pessoa humana, expressavam o fim de um período marcado por regimes totalitários.

3 O DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO NO BRASIL

3.1 A Constituição Federal de 1988: Marco da Concepção de Educação como um Direito Fundamental no Brasil

Conforme visto anteriormente, o período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial foi marcado pelo fortalecimento de um movimento de internacionalização dos Direitos Humanos, reconhecendo-se a importância da incorporação efetiva das normas de proteção a esses direitos, constantes nos tratados internacionais, pelos Estados pactuantes, com vistas à realização da dignidade humana nas esferas nacionais.

No Brasil, esse processo de aproximação dos Direitos Humanos tem início nos anos 80, quando o desejo de liberdade impulsionou um processo de mobilização de vários segmentos da sociedade pelo fim do regime autoritário militar²¹, que se estendeu de 1964 até 1985, permeado por contradições internas e marcado pelo cerceamento dos direitos e garantias individuais.

A partir da pressão desses movimentos, o regime militar seria compelido a dividir parcelas do poder, culminando com o processo de elaboração de uma nova Carta Política, marcada por princípios democráticos e de preservação da dignidade humana em todas as suas expressões.

A Constituinte de 1987/1988 agregou a participação da sociedade civil organizada, através de movimentos sociais e coletivos representativos de diversos segmentos e seus interesses, incorporando ao texto da nova constituição as demandas provenientes de suas pautas de reivindicação, que, em sua maioria, acompanhavam o debate internacional de reconhecimento e efetividade dos Direitos Humanos, consubstanciando-se em importantes conquistas sociais e políticas.

A Constituição Federal de 1988 situa-se, portanto, como marco jurídico da transição democrática no país, bem como da institucionalização dos Direitos Humanos no

²¹ Alguns dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988 já estavam presentes no texto constitucional de 1946, no entanto não eram cumpridos.

ordenamento jurídico brasileiro, através do elenco de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, inclusive considerados cláusula pétrea, ou seja, compondo o núcleo imutável da Constituição, introduzindo considerável avanço na proteção de segmentos desfavorecidos da sociedade brasileira.²²

Considera-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os Direitos Humanos jamais adotado no Brasil, objetivando, primordialmente, a realização plena da cidadania, situando-se entre as Constituições mais avançadas do mundo.²³

O preâmbulo da Constituição de 1988 projeta a instituição de um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Em seu artigo 1º, estabelece como fundamentos do Estado Democrático de Direitos: a soberania, a **cidadania**, a **dignidade da pessoa humana**, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo jurídico. Tendo como objetivos, conforme preceitua seu artigo 3º: **construir uma sociedade livre, justa e solidária**; garantir o desenvolvimento nacional; **erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais**; e **promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação**.

Tais dispositivos revelam a íntima relação existente entre os princípios fundantes do Estado Democrático de Direito, bem como dos seus objetivos, com os direitos fundamentais, isso porque estes se configuram como elementos realizadores da cidadania²⁴ e da preservação da dignidade humana, exercendo uma função democratizadora essencial na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Os direitos fundamentais compreendem os direitos e garantias considerados essenciais para uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas, constituindo-se, dessa forma, em princípios jurídicos, informadores dos valores e ideologia em determinado

²² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 25.

²³ *Ibidem*, 2007, p. 24.

²⁴ A cidadania é aqui compreendida não apenas no seu aspecto jurídico-formal, que confere aos sujeitos a titularidade de direitos políticos, mas na sua concepção plena, que confere a exigibilidade e o exercício coletivo de direitos individuais e sociais.

ordenamento jurídico. Nesse sentido, por direitos fundamentais, assim entende José Afonso da Silva (2005, p. 178):

[...] além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia de cada ordenamento jurídico, é reservada [a expressão “*direitos fundamentais do homem*”] para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive, e, às vezes, nem mesmo sobrevive; *fundamentais do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.²⁵

Vale destacar ainda, que os objetivos do Estado Democrático de Direito exigem prestações positivas deste, para que seja possível a concretização de uma democracia econômica, social e cultural, com vistas à efetivação na prática da dignidade da pessoa humana²⁶, que se coloca como o núcleo básico informador, servindo como critério interpretativo de todo o ordenamento jurídico, valor essencial que lhe confere unidade de sentido, tanto no âmbito interno, como no âmbito internacional.

A Constituição Portuguesa estabelece o princípio da democracia econômica, social e cultural, sobre o qual leciona J. J. Gomes Canotilho (1995, p. 470 e 471):

O princípio da democracia econômica e social justifica e legitima a intervenção econômica constitutiva e concretizadora do Estado nos domínios econômico, cultural e social (“realização e concretização dos direitos sociais”). [...] O princípio da democracia econômica, social e cultural é, porém, uma imposição constitucional conducente à adopção de medidas existenciais para os indivíduos e grupos que, em virtude de condicionalismos particulares ou de condições sociais, encontram dificuldades no desenvolvimento da personalidade em termos econômicos, sociais e culturais.²⁷

Acresce, ainda, Canotilho (2005, p. 477 e 478) que:

Para além da dimensão subjectiva do princípio da democracia social, implícita no reconhecimento de numerosos direitos sociais (direitos subjectivos públicos), o princípio da democracia social, como princípio objectivo, pode derivar-se ainda de outras disposições constitucionais. Desde logo, a dignidade da pessoa humana é considerada noutros países como um princípio objectivo e uma via de derivação política de direitos sociais. Do princípio da igualdade, deriva-se a imposição, sobretudo dirigida ao legislador, no sentido de criar condições sociais que assegurem uma igual dignidade social em todos os aspectos. Do conjunto de princípios referentes à organização econômica deduz-se que a transformação das estruturas econômicas visa também uma igualdade social. Neste sentido, o princípio da democracia social não se reduz a um esquema de segurança, previdência e assistência social, antes abrange um conjunto de tarefas conformadoras, tendentes a

²⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 178.

²⁶ *Ibidem*, 2005, p. 105 e 106.

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição. Coimbra-Portugal: Livraria Almedina, 1995, p. 470 e 471.

assegurar uma verdadeira dignidade social ao cidadão e uma igualdade real entre os portugueses.²⁸

Ademais, a Constituição de 1988, ao elencar, pela primeira vez, os direitos sociais, dentre os direitos fundamentais, ao lado dos direitos civis e políticos, reconhece e acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, expressando a necessária conjugação dos valores da liberdade e da igualdade, para a promoção da dignidade da pessoa humana.²⁹

Acerca da dignidade da pessoa humana, preceitua José Afonso da Silva (2005, p. 105), utilizando-se dos ensinamentos de Gomes Canotilho e Vital Moreira:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana”.³⁰

Os direitos sociais estão previstos no capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, do título II, que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, além de serem abordados em um título especial sobre a ordem social, que, embora distanciado, não implica em tratamento diverso a esses direitos, senão como pertencentes à ordem social.

É o que se depreende da leitura do Art. 6º, da CF de 88:

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

Assim, os fundamentos constitucionais da educação encontram-se inseridos de forma detalhada no título VIII – Da Ordem Social, especificamente, no capítulo III: “Da Educação, da Cultura e do Desporto”, em sua Seção I, “Da Educação”, assumindo a condição de direito fundamental do homem.

O art. 205 preceitua ser a educação um direito de todos e dever do Estado e da família, sendo promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, com os objetivos básicos de garantir o pleno desenvolvimento da pessoa, o seu preparo para o exercício da cidadania, além de sua qualificação para o trabalho, não consistindo, portanto, em mero

²⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição. Coimbra-Portugal: Livraria Almedina, 1995, p. 477 e 478.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 34.

³⁰ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 105.

enunciado formal, mas consubstanciando-se em um indicador do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Percebe-se a intenção do legislador em repartir deveres entre o campo público e privado. O papel da família como devedora da prestação educacional compreende a co-participação e o compromisso com a efetivação do direito à educação, sobretudo, das crianças e dos adolescentes que se encontram sob sua responsabilidade. Ademais, o princípio da participação sociofamiliar se expressa na imprescindibilidade da colaboração da sociedade em geral para a boa consecução das atividades educacionais, ainda que reduzida aos espaços determinados pelo próprio Estado.³¹

Em relação aos objetivos elencados pela Constituição, temos que a educação deve proporcionar a formação integral da pessoa humana, com vistas ao pleno desenvolvimento, possibilitando os meios necessários para a compreensão da realidade. Esse desenvolvimento deve ser compreendido em todos os aspectos da personalidade humana, inclusive, no que toca às habilidades profissionais, como destacou o legislador.

Entretanto, embora reconhecido o papel da educação como um instrumento de formação cidadã, percebe-se em nossos currículos a prevalência da finalidade referente à qualificação para o trabalho, evidenciando o atendimento aos anseios dos detentores do poder econômico, que necessitam de mão-de-obra qualificada para o sucesso de seus empreendimentos, limitando-se as possibilidades dos sujeitos titulares do direito à educação, que, diante de uma realidade de profundas desigualdades sociais, necessitam, cada vez mais cedo, garantir recursos financeiros mínimos para sua sobrevivência, sendo a sua ocupação determinada pelo mercado de trabalho.

Percebe-se a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no texto constitucional brasileiro, ao afirmar que toda pessoa tem direito à educação. Ademais, a CF de 1988 destaca o dever do Estado com o oferecimento da educação escolar a todos os cidadãos, em todos os níveis. Este avanço estava em consonância com os esforços da comunidade internacional em ampliar o acesso ao ensino, sobretudo, nos países periféricos, que ainda não conseguiam efetivar o disposto na Declaração de 1948.

Essas idéias foram sistematizadas, em âmbito internacional, em 1990, com a aprovação da Declaração Mundial de Educação para Todos, que compreende um conjunto de

³¹ HORTA, José Luiz Borges. **Direito constitucional da educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007, p. 126.

princípios e compromissos assumidos pelos países presentes na Conferência Mundial de Educação para Todos: Satisfação das Necessidades Básicas, realizada em Jomtien, Tailândia, a partir da avaliação do contexto mundial de deficiências na área da educação, ratificando de forma detalhada a idéia sistematizada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ampliando a garantia da educação básica.³²

A Declaração Mundial de Educação para Todos estabelece como objetivo a satisfação das necessidades básicas de aprendizagem, exigindo, para tanto, mais do que a ratificação do compromisso pela educação básica, mas a universalização do acesso à educação e a promoção da equidade, concentrando a atenção na aprendizagem, ampliando os meios e o raio de ação da educação básica, propiciando um ambiente adequado à aprendizagem e fortalecendo alianças.

3.1.1 O conteúdo material do direito à educação escolar na Constituição de 1988

3.1.1.1 Princípios constitucionais da educação

Considerando o direito à educação como parte do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana, não há como compreendê-lo isolado dos princípios informadores dos direitos e garantias individuais. Assim o art. 206, da CF de 88, estabelece os princípios da universalidade do ensino, da igualdade, da liberdade, do pluralismo, da gratuidade do ensino, da gestão democrática da escola e referenciais de qualidade, como princípios norteadores da prestação da atividade educacional.

O art. 206, I, estabelece o direito de aprender mediante acesso e permanência na escola em igualdade de condições, consubstanciando-se no princípio da universalização do ensino. Conforme aponta Liberati (2004, p. 217), “a garantia material do acesso à escola – representado, aqui, pela concretização da matrícula – e da permanência na mesma supõe a

³² Campanha Nacional pelo Direito à Educação. **Reflexões sobre a Declaração Mundial de Educação para Todos**. São Paulo: Estação das Artes, 1999, p. 5.

garantia de outros direitos, que se materializam na possibilidade de regresso do aluno que deixou a escola, por algum motivo, e do sucesso, ou seja, da qualidade de ensino em geral”.³³

Cumpra observar que o legislador replicou ao caso específico da educação o princípio da igualdade previsto no art. 5º, da CF de 88, que se materializa através da diferenciação no tratamento dos sujeitos, conforme as suas necessidades específicas, de modo a combater as desigualdades. Vale mencionar, nesse sentido, a Convenção Internacional Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino, de 1960, que assegura, concretamente, a universalização de oportunidade ao ensino, pelo princípio da igualdade.

O princípio da universalização do ensino expressa, dessa forma, a necessidade de considerar as desigualdades, que marcam as relações entre os seres humanos no Brasil e no mundo, na exigência, na formulação e na implementação das políticas educacionais. Essas desigualdades evidenciam-se no tratamento destinado às faixas etárias, nas questões de gênero, de etnia e raça, aos grupos vulneráveis, fazendo-se necessário um movimento pelo respeito às diferenças e pela superação das desigualdades, mediante a adaptação das condições de ensino a essas necessidades específicas. É o caso, por exemplo, das pessoas com deficiência, às quais não se pode vedar o acesso à rede regular de ensino, fazendo-se necessária uma adaptação da rede, não apenas estrutural, como também pedagógica, para que seja assegurada a permanência desses sujeitos na escola, garantindo a plena realização do seu direito de aprender.

Ainda no comentário aos princípios gerais presentes no artigo 206, observa-se que a liberdade no direito à educação foi considerada em vários aspectos, incluindo-se a liberdade de aprendizagem, de ensino, de pesquisa e de divulgação do pensamento, da arte e do saber, como uma decorrência lógica dos direitos fundamentais do homem consagrados no Título II, da Constituição Federal, garantindo a autonomia da escola e dos professores e a livre atuação na área educacional para as instituições privadas.

No mesmo sentido, o princípio do pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas encontra-se interligado com o princípio da liberdade de ensinar, garantindo o processo educacional como campo da pluralidade ideológica, reafirmando a possibilidade de coexistência de instituições públicas e privadas de ensino. É o que se depreende, ainda, da leitura do Art. 209, que faculta à iniciativa privada a prestação dos serviços educacionais de

³³ LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Direito à Educação**: uma questão de Justiça. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 217.

forma secundária e condicionada às normas gerais da educação nacional, bem como à autorização e à avaliação de qualidade pelo Poder Público. Dita autorização, entretanto, deve ser compreendida como uma decorrência natural do caráter social da atividade, e não como uma concessão ou permissão.

O princípio da gratuidade total do ensino, em todos os níveis, nos estabelecimentos oficiais evidencia a preferência constitucional pelo ensino público gratuito, inspirada em princípio universal que se erigiu num direito fundamental do homem, nos termos do art. 26, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, subscrita pelo Brasil.³⁴ Destarte a educação se consubstancia em serviço público essencial, sendo a sociedade o maior interessado na sua consecução de forma universal e equânime pelo Poder Público. Nesse sentido, acerca da gratuidade na sistemática da Constituição de 1988, assim leciona Horta (2007, p.130):

Na sistemática própria da Constituição de 1988, [...], a gratuidade ocupa lugar de destaque: a Educação pública desconhece o financiamento pessoal do ensino. Isto, evidentemente, implica numa profunda reflexão sobre o papel do Estado na Educação (elevado à maior potência possível em um regime não estatizante) e sobre o maior interessado no processo educativo: a sociedade, que arca com ele, e não o particular, apenas aparentemente o maior interessado.³⁵

Assim, o dever do Estado com a satisfação dos direitos educacionais, de forma gratuita e universal, evita que esta seja restrita a pequena parcela da sociedade que pudesse custear os serviços oferecidos pela iniciativa privada nesse campo, aprofundando, dessa forma, as desigualdades sociais, em total desacordo com as suas finalidades.

Em relação à garantia de padrão de qualidade, também elencada dentre os princípios norteadores da prestação da atividade educacional no País, observa-se que esta se apresenta como elemento indispensável para a realização do direito fundamental à educação, que não se restringe à simples oferta do direito, garantindo-se a matrícula na educação básica, compreendendo ademais a garantia de um ensino de qualidade.

Mencionado princípio informado pela Constituição de 1988 deve ser considerado a partir de alguns aspectos apontados pela legislação correlata no tema da educação, compreendendo um conjunto de indicadores que o concretizam no ambiente escolar, incluindo-se aqui, a relação entre o ensino e a aprendizagem, a utilização do tempo, a organização do espaço, a composição e a dinâmica do currículo escolar, a orientação didático-

³⁴ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 840.

³⁵ HORTA, José Luiz Borges. **Direito constitucional da educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007, p. 130.

pedagógica, as formas de avaliação, a participação dos pais na escola, a valorização e o aperfeiçoamento dos profissionais da educação e a gestão da escola.³⁶

A valorização dos profissionais da educação escolar foi expressamente indicada, no art. 206, V, da CF/88, como um princípio norteador das políticas educacionais no País, através da garantia de planos de carreira, além do ingresso exclusivo por concurso público de provas e títulos. Vale destacar que, inicialmente, a previsão constitucional limitava-se aos profissionais do ensino, tendo sido a ampliação para os profissionais da educação decorrente da Emenda Constitucional nº 53, de 2006, a qual também incluiu a garantia do piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública. De acordo com Liberati (2004, p. 262), “não se pode existir ensino ou escola de qualidade se os profissionais da educação não tiverem ser mérito reconhecido. Além do mérito profissional, os profissionais da educação devem manter-se constantemente atualizados, através de treinamento e capacitação profissional”.³⁷

Deve-se considerar, ainda, como um elemento indispensável para a garantia do direito à educação de qualidade, o modelo de gestão que a Constituição de 1988 adotou para o ensino público, fundado na democracia, exigindo para a sua realização um compartilhamento da administração escolar com a comunidade, com os pais, com os alunos e com os profissionais da educação. A participação da comunidade escolar nos processos de construção e execução da proposta pedagógica, bem como de fiscalização da aplicação dos recursos disponíveis, tornam-se imprescindíveis para a construção desse modelo, que interfere diretamente na qualidade do ensino. Tais práticas compreendem um repensar cotidiano das estruturas de poder autoritário que permeiam as relações sociais e, no seio dessas, as práticas educativas.

Nesse sentido, Liberati (2004, p. 258) afirma que:

Por “gestão democrática” deve-se entender, contudo, a autonomia da escola, a participação de todos os segmentos envolvidos com a escola, o respeito à diversidade de opiniões e procedimentos, além de considerar o trabalho coletivo. Isso permitirá que se instale um ambiente de trabalho favorável ao crescimento, reduzirá as formas de imposição e manipulação de poder, além de permitir uma melhor integração do trabalho de todos e melhor aproveitamento do aluno. Conclusão: melhoria da qualidade do ensino, direito da criança e do adolescente.³⁸

³⁶LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Direito à Educação**: uma questão de Justiça. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 257.

³⁷*Ibidem*, 2004, p. 262.

³⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Direito à Educação**: uma questão de Justiça. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 258.

Assim, reforça-se o entendimento de que a qualidade da educação não se restringe aos aspectos relativos à melhoria da capacitação do professor, à organização curricular, ou à avaliação, aspectos estes medidos por indicadores numéricos de produtividade, por exemplo. A qualidade da educação implica, ademais, no envolvimento da escola com toda a ambiência cultural e comunitária em que está inserida, devendo ser consideradas as pressões sociais e de natureza cultural que estão presentes na escola no processo de avaliação dessa qualidade.

3.1.1.2 Garantias constitucionais e o dever do Estado com a educação escolar

Cabe ao Estado o empenho na satisfação da prestação dos serviços educacionais, em consonância com os princípios acima mencionados, de modo a garantir a universalização do acesso à educação pública de qualidade pelos cidadãos brasileiros, na forma do mínimo estabelecido no Art. 208, *in verbis*:

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; (EC 14/96)
- II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (EC 14/96)
- III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (EC 53/06)
- V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.
§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.
§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

Percebe-se que, para a efetivação do dever do Estado na prestação da atividade educacional, foram estabelecidas algumas garantias, dentre as quais o legislador conferiu destaque ao ensino fundamental obrigatório e gratuito, “assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria”. Essa redação foi

conferida pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996, que eliminou a obrigatoriedade antes prevista também para os que não haviam tido acesso ao ensino fundamental na idade própria.

A obrigatoriedade do ensino fundamental, conforme Liberati (2004, p. 222), “desdobra-se em dois momentos: do Poder Público, que deve oferecer (obrigatoriamente) o serviço essencial e básico da educação; e dos pais, que devem (obrigatoriamente) matricular seus filhos”³⁹, constituindo-se a participação desses dois atores como imprescindível para a efetivação do direito de crianças e adolescentes ao acesso, permanência e ao ensino de qualidade no ensino fundamental. Cumpre observar que a não-efetivação do dever de matrícula pelos pais implica a prática do crime de abandono intelectual, conforme dispõe o art. 246 do Código Penal brasileiro.

Como decorrência desse compartilhamento de responsabilidade entre o Estado e a família na efetivação do direito à educação, temo o disposto no § 3º, do art. 208, da CF/88, ao estabelecer que “Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola”.

O acesso ao ensino fundamental gratuito é expressamente reconhecido, no § 1º, do art. 208, como um *direito público subjetivo*, ou seja, como um direito líquido, certo e indisponível, que possui aplicabilidade imediata, sendo exigível judicialmente a qualquer tempo, quando da omissão ou atuação irregular do Poder Público na realização deste direito, importando, inclusive, na responsabilidade da autoridade competente (§ 2º, art. 208). Destarte o Poder Público deverá garantir vagas em escolas suficientes para atender à demanda de todos aqueles dependentes de ensino fundamental (tanto os que estejam em idade escolar, quanto os já em defasagem).

Ademais, reforçando a prioridade conferida pelo legislador na garantia do ensino fundamental, foi estabelecido o atendimento ao educando, nesse nível de ensino, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. Tais medidas apresentam-se como garantias do direito à igualdade no acesso e permanência na escola, tendo em vista que estes direitos não poderiam ser efetivados se o educando não encontrasse condições para frequentar as aulas e permanecer na escola, em condições indispensáveis para desenvolver o aprendizado.

³⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Direito à Educação**: uma questão de Justiça. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 222.

Com a redação da Emenda Constitucional nº 14, de 1996, o dever do Estado com a educação será efetivado, ainda, mediante a garantia da “progressiva universalização do ensino médio gratuito” (art. 208, II), em substituição à proposta inicial do legislador que estabelecia a garantia da “progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio”. Percebe-se que referida alteração do texto constitucional possui finalidade restritiva, provocando o falso entendimento de que a obrigatoriedade do ensino estaria restrita ao ensino fundamental. Acerca da referida Emenda, comenta Horta (2007, p. 171):

É altamente questionável a justiça da Emenda. A Constituição de 1988, ao pretender a obrigatoriedade do ensino médio, havia sido extremamente cautelosa, ciosa mesmo das dificuldades de universalização do ensino fundamental, ao qual dedicou, como se verá, uma inteira década de esforços (e, se este esforço nacional seria indispensável para atingir a meta da extensão das oito primeiras séries de escolarização a todos os brasileiros, presumivelmente só após tal prazo poderia o País, como um todo, dedicar-se ao ensino médio). Entretanto, pela Emenda em questão, a universalização do ensino médio acabará tornando-se letra morta: como universalizar algo que não é obrigatório? Pelo livre convencimento de educandos e dos administradores públicos, o que é pouco provável? Lastimavelmente, ainda no campo constitucional, o ensino médio traduz-se em problema de difícil equacionamento, tal e qual no campo da Educação.⁴⁰

Entretanto, cumpre observar que, a Constituição Federal, ao reconhecer a educação como um direito fundamental, não especificou um nível ou modalidade de ensino, devendo ser compreendida a educação como um direito fundamental em sua totalidade, cabendo ao Poder Público garantir a *todos* o direito ao acesso, inclusive ao ensino médio, que constitui apenas uma etapa da educação básica, bem como à frequência, à permanência e ao ensino de qualidade, com vistas ao atendimento de suas finalidades.

Assim, embora a Constituição não tenha consagrado explicitamente a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino médio, tal entendimento justifica-se no enunciado do art. 205, que reconhece a educação como direito de todos, sendo dever do Estado assegurar a sua prestação, e no art. 206, IV, ambos da CF/88, que estabelece o princípio da gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais. Nesse sentido, vale conferir o entendimento de Liberati (2004, p. 228):

O princípio constitucional, disposto no art. 206, IV, da CF, significa que o Estado deve, de imediato, assegurar a gratuidade ao ensino fundamental e, conseqüentemente, oferecer o serviço público essencial do ensino médio, em progressiva universalização ou progressiva extensão, a todos aqueles que a ele acorrerem. Ou seja, havendo demanda na procura do serviço público e essencial do ensino médio, é dever do Estado assegurá-lo.⁴¹

⁴⁰ HORTA, José Luiz Borges. **Direito constitucional da educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007, p. 171.

⁴¹ LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Direito à Educação: uma questão de Justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 228.

O art. 208 elencou, ainda, como dever do Estado em relação ao direito à educação, a garantia de “atendimento em creche e pré-escola, às crianças de zero a 6 (seis) anos de idade”, que, com a Emenda Constitucional nº 53, de 2006, passou a ser tratado como “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”, reforçando o entendimento adotado pela nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), de 1996, que reconhece a educação infantil como um dos níveis da educação básica, devendo, portanto, fazer parte da política educacional, e não de assistência, como historicamente foi afirmado esse atendimento. Referida emenda também reduziu a idade de atendimento nesse nível de ensino para até 5 (cinco) anos, tendo em vista a ampliação do ensino fundamental de 8 (oito) para 9 (nove) séries, iniciando-se a partir dos 6 (seis) anos de idade. Em relação à gratuidade e à obrigatoriedade da educação infantil, reiteram-se os argumentos referentes ao ensino médio, entendendo-se que a criança não está obrigada a freqüentar uma instituição de educação infantil, mas, sempre que sua família deseje ou necessite, o Poder Público tem o dever de atendê-la.

Encontra-se, ainda, dentre as garantias previstas pela Constituição de 1988, o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. Cumpre ressaltar que, a maioria das escolas públicas não atende com êxito aos alunos com deficiência, seja ela física ou de aprendizagem, constituindo-se em mais um espaço de exclusão desses sujeitos. Faz-se necessário o empenho, sobretudo, por parte do Poder Público, para permitir a inclusão e a permanência do aluno com deficiência na escola regular, garantindo não apenas reformas estruturais, mas fomentando a construção de uma proposta pedagógica inclusiva, através da capacitação dos profissionais da educação nesse campo, com vistas à superação de uma história de indiferença e discriminações diante das diferenças. Sobre o assunto, afirma Liberati (2004, p. 235):

É fundamental, pois, que a escola seja inclusiva e acredite que todos são diferentes nas suas capacidades e que têm condições de conviver todos juntos, em aprendizado, independentemente das diferenças de que são portadores. A escola inclusiva deverá patrocinar as diversidades, garantindo os diversos estilos e ritmos de aprendizagem dos alunos, não considerando as condições físicas, emocionais, intelectuais, raciais, étnicas, econômicas, religiosas etc.⁴²

A garantia do ensino noturno regular, adequado às condições do educando, também assegurada no art. 208, em seu inciso VI, proporciona melhores condições e mais oportunidades para jovens e adultos trabalhadores. Essa determinação constitucional decorre

⁴² LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Direito à Educação**: uma questão de Justiça. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 235.

do princípio da igualdade, que obriga o Estado a garantir o acesso, a permanência e o sucesso do ensino àqueles que não puderam ou não tiveram acesso a ele no período diurno.

3.1.1.3 Distribuição de competências e vinculação de recursos

A Constituição de 1988 estabeleceu um complexo de normas relativas à organização do Estado para a efetivação do direito à educação, constituindo a base da organização educacional no País. O conteúdo dessas normas refere-se, como se pode observar, aos princípios, aos direitos e deveres, às competências e à vinculação de recursos, bem como à prioridade na sua distribuição.

Nesse sentido, merece destaque a instituição dos sistemas de ensino, adotando-se uma descentralização articulada, por meio da qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, têm liberdade para a organização de seus respectivos sistemas, em regime de colaboração mútua e recíproca⁴³, na forma do Art. 211, *in verbis*:

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; (EC 14/96)

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. (EC 14/96)

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. (EC 14/96)

§ 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. (EC 14/96)

§ 5º A educação básica pública atenderá prioritariamente ao ensino regular. (EC 53/06)

Depreende-se, a partir da Emenda Constitucional nº 14, de 1996, que a União deverá organizar o sistema federal de ensino e o dos Territórios; financiar as instituições públicas federais; exercer, no que diz respeito à organização, manutenção e desenvolvimento do ensino, função redistributiva e supletiva; garantir equalização de oportunidades

⁴³ MOTTA, Elias de Oliveira. **Direito Educacional e educação no século XXI**: com comentários à nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília: UNESCO, 1997, p. 195.

educacionais; garantir padrão mínimo de qualidade do ensino; prestar assessoramento técnico e assistência financeira aos demais sistemas de ensino.⁴⁴

Os Municípios devem atuar, prioritariamente, mas não exclusivamente, no ensino fundamental e na educação infantil. A expressão “*educação infantil*” foi uma alteração da Emenda Constitucional nº 14, de 1996, que substituiu o termo “*pré-escolar*”, ampliando assim para a educação oferecida nas creches e na pré-escola. Aos Estados e ao Distrito Federal cabe a atuação prioritária no ensino fundamental e médio. Ademais, devem os estados e os municípios, na organização de seus sistemas de ensino, definir formas de colaboração, com vistas à universalização do ensino obrigatório.

Em seu Art. 212, a CF/88, estabelece o percentual mínimo da receita de impostos a ser destinado, anualmente, à educação, pela União, em 18%, e pelos Estados e Municípios, cada um, em 25%. Cumpre ressaltar, entretanto, que a EC nº 14, de 1996, além de definir as responsabilidades dos diferentes níveis de governo, alterou o art. 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), instituindo uma subvinculação para o ensino fundamental dos recursos dos Estados e Municípios vinculados à manutenção e desenvolvimento do ensino. Ademais, para operacionalizar essa destinação privilegiada de recursos ao ensino obrigatório, cria no âmbito de cada Estado, com vigência prevista para 10 (dez) anos, o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF).

Dessa forma, a Constituição estabelece preferência na destinação dos recursos públicos ao ensino público obrigatório, ressaltando-se a sua destinação a bolsas de estudos para o ensino fundamental e médio em estabelecimento privado, quando da falta de vagas e cursos regulares na rede pública da localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade (Art. 213).

Observa-se que o legislador originário delineou garantias constitucionais de modo a assegurar a plena efetivação do direito à educação, compreendendo não apenas o direito ao acesso à escola, mas também o direito à permanência e à qualidade do ensino, fazendo-se necessário um esforço conjunto do Estado, da família e da sociedade em geral, para a garantia de sua implementação de forma equânime e universal.

⁴⁴ MOTTA, Elias de Oliveira. **Direito Educacional e educação no século XXI**: com comentários à nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília: UNESCO, 1997, p. 195.

Embora muitos dos princípios constantes na Constituição de 1988 já fizessem parte da legislação infraconstitucional vigente à época, especialmente na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1961 (Lei nº 4.024/61)⁴⁵, com a promulgação do novo texto constitucional, fazia-se necessária a revisão da legislação secundária referente à educação, especialmente na lei que delineava suas diretrizes e bases, considerando as mudanças econômicas, sociais, políticas e culturais ocorridas no País e no mundo.

Em âmbito internacional, vale destacar a realização, em 1993, da Conferência de Cúpula E-9 sobre Educação Para Todos, em Nova Delhi, Índia, com a participação dos nove países em desenvolvimento mais populosos, dentre os quais estava presente o Brasil, patrocinada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), pelo Fundo das Nações para Atividades da População (UNFPA) e pelo Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), com o objetivo de dar continuidade ao debate mundial sobre a política de educação para todos, iniciada com a Declaração de Jomtien.⁴⁶

Esses países comprometeram-se a atingir a meta de universalização da educação primária até o ano 2000 ou o mais rapidamente possível, em cumprimento ao compromisso assumido na Convenção sobre os Direitos da Criança. Essa meta, entretanto, restringe o compromisso assumido em Jomtien, de universalização da educação básica e erradicação do analfabetismo.

Na oportunidade, o Brasil apresentou um Plano Decenal de Educação para Todos, com base nos princípios contidos na Declaração de Jomtien, propondo um conjunto de diretrizes que deveriam orientar a educação brasileira, com o objetivo-síntese de universalizar o acesso à educação no País com qualidade e equidade. A estratégia traçada para o alcance dos objetivos delineados seria desenvolvida mediante o estabelecimento de padrões mínimos de qualidade, a fixação de conteúdos curriculares mínimos, a valorização do magistério, a modernização da gestão educacional, a eliminação das desigualdades, o estímulo às práticas inovadoras e a melhoria do acesso e permanência na escola.⁴⁷

Os compromissos assumidos implicaram em mudanças na política educacional brasileira, adequando-se às diretrizes da Declaração de Nova Delhi, bem como às exigências

⁴⁵ A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1961 (Lei nº 4.024/61) foi inspirada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, reconhecendo em seus princípios gerais a finalidade do respeito à dignidade e ao desenvolvimento da pessoa humana.

⁴⁶ Brasil. Ministério da Educação. **Educação para Todos: A Conferência de Nova Delhi**. Brasília: MEC, 1994, p. 5.

⁴⁷ *Ibidem*, 1994, p. 10 e 11.

dos investidores externos, culminando com a reforma constitucional de 1996, mediante a Emenda Constitucional nº 14, de 12/09/96, e, posteriormente, na promulgação da nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/96).

Conforme abordado anteriormente, a Emenda Constitucional nº 14 teve por escopo eliminar o caráter de obrigatoriedade conferido pelo legislador originário à educação infantil e ao ensino médio, atribuindo a esses níveis de ensino menor efetividade, quando comparados ao ensino fundamental, o qual fora afirmado enquanto direito público subjetivo. Essa intenção do legislador também se evidencia com a promulgação da Lei 9.424/96, a qual trata do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef), que ao vincular grandes partes dos recursos destinados à educação a este nível de ensino, inviabiliza avanços nos demais.

3.2 O Direito Fundamental à Educação e o Novo Paradigma Jurídico acerca da Criança e do Adolescente no Brasil

A previsão constitucional da educação como um direito fundamental de todos, sendo dever do Estado a sua prestação irrestrita em todos os níveis, encontra-se em perfeita consonância com os princípios basilares norteadores do novo paradigma jurídico no trato da criança e do adolescente no País, que veio a ser regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, em 1990 (Lei nº 8.069/90).

A Constituição Federal de 1988, sob influência dos debates que permeavam a elaboração do conteúdo da Convenção sobre os Direitos da Criança⁴⁸, a partir de um amplo processo de mobilização da sociedade, consolidou a concepção de crianças e adolescentes enquanto sujeitos de direitos, que devem ser assegurados com absoluta prioridade, pelo Estado, pela família e pela sociedade, considerando a condição peculiar de desenvolvimento em que se encontram.

⁴⁸ Embora a Convenção sobre os Direitos da Criança tenha sido celebrada apenas em 1989, um ano após a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, suas idéias já vinham sendo discutidas pelos movimentos de infância em âmbito internacional e nacional.

Essa condição peculiar de desenvolvimento justifica-se pelo fato de que esses sujeitos vivenciam, em um curto espaço de tempo, que compreende a infância e a adolescência, um processo único, marcado por rápidas e constantes modificações físicas, psicológicas, sociais e culturais.

Assim, o princípio da prioridade absoluta consagrado pelo Art. 227 da CF/88, visa garantir à criança e ao adolescente a primazia no atendimento de seus direitos básicos, tendo em vista a urgência de suas necessidades.

A Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) veio operacionalizar e melhor detalhar os princípios e regras constitucionais referentes à criança e ao adolescente, disciplinando as principais relações jurídicas que se desenvolvem entre esses sujeitos de direitos, reafirmando os princípios consagrados na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, voltados à proteção dos valores fundamentais, com vistas ao pleno desenvolvimento dos mesmos, incorporando, assim, a doutrina jurídica de proteção integral à infância e à adolescência.⁴⁹, em oposição à visão adultocêntrica predominante na sociedade brasileira.

O ECA estabelece, em seu Art. 3º, que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, ou seja, de outros direitos fundamentais específicos, dispostos nessa Lei, decorrentes da sua condição peculiar de seres em desenvolvimento, devendo ser asseguradas a esses sujeitos todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

O Estatuto reitera, em seu Art. 4º, o mandamento constitucional de que é dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com **absoluta prioridade**, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, **à educação**, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

A garantia de prioridade deve ser assegurada mediante: primazia no recebimento de proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação e na execução das políticas

⁴⁹ A “doutrina da proteção integral”, incorporada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, consiste em um novo paradigma jurídico no trato da criança e do adolescente, reconhecendo-os enquanto sujeitos de direitos, independente da classe social, rompendo com a “doutrina da situação irregular”, constante no Código de Menores, a qual se fundava em uma visão tutelar, sendo a criança e o adolescente tratados como objetos passivos da intervenção da família, da sociedade e do Estado, voltada para as crianças e adolescentes em “situação de risco”.

sociais públicas; destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (Art. 4º, Parágrafo Único).

Em relação ao direito à educação, em seu Capítulo IV - “Do Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer”, do Título II – “Dos Direitos Fundamentais”, o ECA reitera as finalidades dispostas no texto constitucional, quais sejam: o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, o seu preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.

Para a consecução desses objetivos, o Estatuto delinea os seguintes princípios, em consonância com o disposto no texto constitucional: igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; direito de ser respeitado por seus educadores; direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; direito de organização e participação em entidades estudantis; acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência. Confere, ainda, aos pais ou responsáveis, o direito a ter ciência do processo pedagógico, bem como de participar da definição das propostas educacionais.

O direito ao respeito, conforme disposto no art. 17, do próprio ECA, consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. Conforme, Liberati (2004, p. 245), “é comum encontrarem-se professores, diretores ou outros profissionais da educação que colocam o aluno em condições vexatórias e constrangedoras, sem contar aqueles que se utilizam de castigos físicos para impor disciplina nas salas de aula”,⁵⁰ não sendo tais práticas compatíveis com o desejo de construção de uma sociedade fundada na solidariedade e cidadania.

Dentre os princípios, observa-se a preocupação do legislador em reforçar a participação dos diversos atores envolvidos no processo educacional, em consonância com o princípio constitucional da gestão democrática do ensino público, reconhecendo o direito de contestar critérios avaliativos; o direito de organização e participação em entidades estudantis; e o direito dos pais ou responsáveis de ter ciência do processo pedagógico, bem como de participar da definição das propostas educacionais. Tais previsões colocam a escola como um importante espaço de realização da cidadania, sendo este um dos objetivos da educação.

⁵⁰ LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Direito à Educação**: uma questão de Justiça. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 245.

Em relação ao direito ao acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência, observa-se tratar de um desdobramento do princípio constitucional do princípio da igualdade de condições no acesso e permanência na escola, exigindo do Poder Público que ofereça o serviço de educação com efetividade, ou seja, que o aluno possa, sem prejuízo do gozo dos demais direitos, ter acesso fácil à escola. Ressalte-se que se não é possível o oferecimento de escola próxima da residência do aluno, o Poder Público tem a obrigação de implantar o programa suplementar de transporte escolar. O direito à escola perto da residência do educando decorre, ainda, da garantia do fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários da criança e do adolescente, como uma expressão da Doutrina da Proteção Integral.

O Estatuto reforça o mandamento constitucional de que a prestação do direito à educação é dever não só do Estado, mas também da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, ao estabelecer, em seu Art. 55, que os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino. E, ainda, que os dirigentes de estabelecimentos de ensino fundamental comunicarão ao Conselho Tutelar os casos de: maus-tratos envolvendo seus alunos; reiteração de faltas injustificadas e de evasão escolar, esgotados os recursos escolares; e elevados níveis de repetência.

Observa-se que o Estatuto introduz um modelo sistêmico e descentralizado de organização e de gestão das políticas públicas voltadas aos interesses de crianças e adolescentes, provocando a participação de diversos segmentos da sociedade, trazendo inegáveis avanços e inúmeros desafios ao Poder Público e à sociedade. A implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente é, pois, assunto que diz respeito diretamente a todas as instituições que operam nesse sistema e que integram sua rede de atendimento, em que a escola juntamente com o Juizado da Infância e o Conselho Tutelar exercem função de vanguarda.⁵¹

Tais enunciados normativos evidenciam a incorporação pelo Estado brasileiro do conteúdo dos tratados e convenções internacionais de proteção aos direitos humanos, sobretudo, no que toca ao direito à educação. Assim é que se impõe, às ações de monitoramento e controle das políticas educacionais no País, um olhar atento, não somente ao conteúdo normativo expresso na Constituição Federal ou nos textos legais

⁵¹ LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Direito à Educação**: uma questão de Justiça. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 73.

infraconstitucionais, mas também, ao disposto nesses instrumentos internacionais, aos quais o Brasil tenha firmado compromisso, como o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos Sociais e Culturais –PIDESC e a Convenção sobre os Direitos da Criança – CDC.

3.3 Os Impactos do Reconhecimento da Educação como um Direito Fundamental na Reconstrução do Conceito de Cidadania no Brasil

O direito fundamental à educação assegurado a todos de forma indiscriminada e universal tem como um dos seus objetivos primordiais o preparo para o exercício da cidadania, constituindo-se em um pressuposto para a efetivação do Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a “cidadania” e a “dignidade da pessoa humana”.

A efetiva implementação do modelo de democracia apregoado pela Constituição de 1988 compreende a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, e reduzindo as desigualdades sociais e regionais, que expressam concretamente o pretense Estado Democrático de Direitos.

Entretanto, para compreender os desafios desse projeto democrático, faz-se necessária uma reflexão acerca do que seria o “exercício da cidadania”, em um país marcado por profundas desigualdades sociais e econômicas, tanto entre regiões, como entre as pessoas, como o Brasil.

Cumprido ressaltar, inicialmente, que não há um conceito único e imutável de cidadania, variando o seu sentido no tempo e no espaço, ou seja, trata-se de um conceito historicamente definido, relacionado ao processo de reconhecimento de direitos. Destarte, a cidadania não é a mesma para todos, podendo variar conforme as regras que a define, a sua titularidade, ou, ainda, pelos direitos e deveres distintos que caracterizam o cidadão.

Assim é que, na sua concepção clássica, a cidadania compreende a titularidade do direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, que são conhecidos como direitos civis, bem como a participação nos rumos da sociedade, através do exercício de direitos políticos, sendo, portanto, um conceito próprio da democracia.

Ocorre que os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, que tem por escopo a garantia da participação de todos os indivíduos na riqueza coletiva⁵², proporcionando, assim, a construção de uma sociedade verdadeiramente livre, justa e solidária, comprometida com a liberdade e com defesa incondicional da vida.

Nesse sentido, o pleno exercício da cidadania no Brasil, considerando o contexto social de profundas disparidades de renda e oportunidades, somente se realizará mediante a ação concreta dos indivíduos, reconhecendo-se enquanto sujeitos de direitos e identificando as suas responsabilidades no processo de exigibilidade e exercício coletivo dos direitos individuais, coletivos e sociais, bem como na percepção das violações causadas pela omissão do Estado na prestação positiva de políticas públicas coordenadas, com vistas à promoção da dignidade humana de forma plena, posto que impossível conceber a observância dos direitos individuais, de cunho civil e político, sem a garantia de direitos sociais.

Sobre o assunto, vale mencionar as palavras de Antonio Carlos Gomes da Costa e Isabel Maria Sampaio Oliveira Lima (2000, p. 229):

Interessa-nos salientar que a idéia de titularidade (de direitos) corresponde ao reconhecimento da dignidade humana, isto é, à possibilidade de reconhecer o direito, de lutar por seus direitos. Essa possibilidade é identificada mediante a própria consciência de cidadania civil, política e social. Quando a cidadania está em crise não há identificação dos direitos de cada pessoa. Segundo Scherer-Warren, a simples situação de miséria, de discriminação ou mesmo de exploração não produz automaticamente esse reconhecimento... como reconhecer o direito de lutar por um direito? Nesse sentido é fundamental a existência de um fator subjetivo, ou seja, o reconhecimento de sua dignidade humana, que sempre foi solapada nas classes subalternas e tem suas raízes no sistema escravocrata e colonial. Assim ser titular de direito implica agir e superar a alienação, a dispersão de forças, a perda de foco. Implica, igualmente, buscar conhecimento sobre dados da sua realidade, reivindicar direitos relativos à necessária mudança do seu entorno e significa organizar-se coletivamente para reagir a determinadas condições.⁵³

Faz-se necessário, portanto, um pertencimento coletivo desses sujeitos em relação ao projeto de sociedade delineado pela Constituição do País, para que o conjunto dos direitos fundamentais seja efetivado de forma universal e equânime, fazendo parte do cotidiano de todos os cidadãos. Nesse sentido, afirma Norberto Luiz Guarinello (2003, p. 46):

Todo cidadão é membro de uma comunidade, como quer que esta se organize, e esse pertencimento, que é fonte de obrigações, permite-lhe também reivindicar direitos, buscar alterar as relações no interior da comunidade, tentar redefinir seus princípios, sua identidade simbólica, redistribuir os bens comunitários. A essência da cidadania, se pudéssemos defini-la, residiria precisamente nesse caráter público, impessoal,

⁵² PINSKY, Jaime e PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs.). **História da Cidadania**. 2ª edição. São Paulo: Editora Contexto, 2003, p. 9.

⁵³ COSTA, Antônio Carlos Gomes da e LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Estatuto e LDB: Direito à Educação. In: KONZEN, Afonso Armando (Coord. Geral). **Pela Justiça na Educação**. Brasília: Ministério da Educação. Fundo de Fortalecimento da Escola, 2000, p. 299.

nesse meio neutro no qual se confrontam, nos limites de uma comunidade, situações sociais, aspirações, desejos e interesses conflitantes.⁵⁴

Nesse processo, o reconhecimento da educação como um direito fundamental assume papel relevante, tendo em vista que a educação é em si base constitutiva na formação do ser humano, sendo importante instrumento na compreensão da realidade (a partir de uma leitura crítica do entorno social, político, econômico e cultural) e na percepção das possibilidades de transformação da ordem social, bem como na defesa e composição dos outros direitos (saúde, habitação, meio ambiente, participação política, etc.)⁵⁵, consubstanciando-se, dessa forma, em elemento realizador da cidadania, posto que esta somente é construída pela ação autônoma dos indivíduos.

Assim, a luta pela educação como um direito de todos os brasileiros está em consonância com os anseios de um novo projeto de sociedade, fundado na emancipação humana, sendo imprescindível o envolvimento de vários atores sociais nesse processo de promoção da cidadania plena no País.

Nesse contexto, emergem os “sujeitos coletivos no plano dos movimentos populares que, segundo Wolkmer, constitui a possibilidade de ‘mudança da sociedade em função de um novo tipo de sujeito histórico (...) um sujeito-histórico-em-relação, desalienado das condições determinantes de sua dominação e, por isso, emancipado’.”⁵⁶

Cumprido ressaltar que, embora o Estado de Direito se submeta ao Princípio da Legalidade, devendo implementar políticas públicas, de modo a assegurar a todos os brasileiros o exercício de seus direitos, esse princípio não assegura, por si só, a existência de um Estado de Justiça Social⁵⁷, fazendo-se necessário, para a garantia de efetivação desses direitos, a participação de fato da população.

Esta, por sua vez, não se restringe à escolha, através de voto, de representantes para exercer o poder político, mas compreende também o exercício direto desse poder (art. 1º,

⁵⁴ GUARINELLO, Norberto Luiz. Cidades-Estado na Antiguidade Clássica. In: PINSKY, Jaime e PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs.). **História da Cidadania**. 2ª edição. São Paulo: Editora Contexto, 2003, p. 46.

⁵⁵ HADDAD, Sérgio e GRACIANO, Mariângela (Orgs.). **A educação entre os direitos humanos**. São Paulo: Ação Educativa, 2006, p. 3.

⁵⁶ COSTA, Antônio Carlos Gomes da e LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Estatuto e LDB: Direito à Educação. In: KONZEN, Afonso Armando (Coord. Geral). **Pela Justiça na Educação**. Brasília: Ministério da Educação. Fundo de Fortalecimento da Escola, 2000, p. 303.

⁵⁷ COSTA, Antônio Carlos Gomes da e LIMA, Isabel Maria Sampaio Oliveira. Estatuto e LDB: Direito à Educação. In: KONZEN, Afonso Armando (Coord. Geral). **Pela Justiça na Educação**. Brasília: Ministério da Educação. Fundo de Fortalecimento da Escola, 2000, p. 300.

Parágrafo Único, da CF/88), mediante a prática do controle social, acompanhando e interferindo na gestão da administração pública.

Destarte, a política pública de educação não pode ser entendida como uma política de governo, mas sim como uma política de Estado, de cobertura universal, em consonância com os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito projetado pela Constituição de 1988. Isso porque não se limita a um mero programa de governo, mas exige a participação de diversos atores sociais, consistindo em um espaço de atuação da cidadania.

4 A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

4.1 A Eficácia dos Direitos Fundamentais

As normas jurídicas decorrem de elaborações de caráter político definidoras dos valores a serem protegidos e dos fins a serem alcançados por determinada sociedade, em determinado período histórico, expressando um “dever-ser”, que, uma vez imposto à sociedade, supostamente, produz efeito aperfeiçoador da realidade.

Quando a norma jurídica produz os efeitos que foram objetivados com a sua previsão, esta é considerada eficaz. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2002, p. 83) define a eficácia dos atos jurídicos, utilizando-se, ao final, das palavras de José Afonso da Silva:

A eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das conseqüências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos, ‘ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma’.⁵⁸

Faz-se necessário diferenciar a eficácia jurídica da eficácia social da norma, identificando-se a última com o conceito de efetividade, que, por sua vez, compreende o reconhecimento e o cumprimento efetivo do Direito pela sociedade, ou seja, a realização de sua função social, produzindo efetivamente os efeitos esperados.

Luís Roberto Barroso (2002, p. 85) define efetividade como “a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.⁵⁹

Em consonância com a concepção apresentada, vale conferir o posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 249):

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 83.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 85.

[...] podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.⁶⁰

A Constituição de 1988 inovou ao instituir o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 1º), devendo estas ser aplicadas no limite objetivo do seu teor normativo. Isso significa que tais normas possuem eficácia jurídica plena, sendo capazes de produzir efeitos a qualquer tempo, excluindo-se o caráter meramente programático das mesmas, de forma a consagrar o *status* jurídico diferenciado dos direitos fundamentais na Constituição vigente, reforçando a imperatividade das normas referidas.⁶¹ Nesse sentido, Flávia Piovesan (2007, p. 35 e 36) posiciona-se acerca do princípio em comento, utilizando-se, ao final, da lição de J. J. Gomes Canotilho:

Esse princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Tal princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. No entender de Canotilho, o sentido fundamental da aplicabilidade direta está em reafirmar que ‘os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via direta da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais’.⁶²

No caso brasileiro, a intenção do legislador originário de conferir maior proteção aos direitos fundamentais pode ser constatada, ainda, na inclusão de tais direitos no rol das “cláusulas pétreas”, tal como disposto no art. 60, §4º, da CF/88⁶³, impedindo a alteração dos preceitos relativos aos direitos e garantias individuais pelo poder Constituinte derivado.

Vale ressaltar que, embora a redação do mencionado dispositivo leve a um entendimento restritivo da proteção, em favor apenas dos direitos e garantias individuais de tradição liberal, tal hermenêutica não coaduna com os fundamentos e princípios do Estado

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 249.

⁶¹ *Ibidem*, 2007, p. 79.

⁶² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 35 e 36.

⁶³ **Art. 60.** A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (grifo nosso)

Democrático de Direito projetado pela Carta de 1988 e a sistemática de sua unidade. Nesse sentido, vale conferir o ensinamento de Paulo Bonavides (2004, p. 642 e 643):

Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. Em outras palavras, pelos seus vínculos principiais já expostos – e foram tantos na sua liquidez inatacável –, os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais do art. 60. Fruem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele poder constituinte derivado, limitado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico. (...)

Demais disso, não há distinção de grau nem de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais. No que tange à liberdade, ambas as modalidades são elementos de um bem maior já referido, sem o qual tampouco se torna efetiva a proteção constitucional: a dignidade da pessoa humana. Estamos, aqui, em presença do mais alto valor incorporado à Constituição como fórmula universal de um novo Estado social de Direito. É por essa ótica – a dignidade da pessoa humana – que se guia a diligência interpretativa das presentes reflexões. Garantias sociais são, no melhor sentido, garantias individuais, garantias do indivíduo em sua projeção moral de ente representativo do gênero humano, compêndio da personalidade, onde se congregam os componentes éticos superiores mediante os quais a razão qualifica o homem nos direitos da liberdade, traçando-lhe uma circunferência de livre-arbítrio que é o espaço de sua vivência existencial.⁶⁴

Faz-se necessário, ainda, observar o disposto no art. 5º, §2º, da CF/88, o qual determina que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. E, ainda, o seu § 3º, o qual preceitua que os direitos e garantias expressos nos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos de que o Brasil seja parte serão recepcionados com natureza de norma constitucional.

Mencionados dispositivos expressam a intenção de reforçar o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, pelo qual, segundo Jorge Miranda (1991, p. 260) *apud* Flávia Piovesan (2007, p. 58): “a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê; a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação”.⁶⁵

Portanto, os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição brasileira de 1988 compreendem não apenas o rol expresso no Título II – Dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, como também outros decorrentes do regime e dos princípios

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 642 e 643.

⁶⁵ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. v. 2, p. 260 *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 58.

adotados pela Constituição, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, conforme visto acima, sendo-lhes, de igual modo, conferida aplicabilidade direta e eficácia imediata. Nesse sentido, afirma Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 275):

Por estas razões, há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina, a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, de nossa Lei Fundamental) de todos os direitos fundamentais constantes no Catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Aliás, a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto constitucional, harmonizando, para além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art. 5º, § 2º, da CF, que já foi objeto de detida análise. Ademais, a ausência de vedação expressa e a *ratio* da norma que dá amparo ao reconhecimento de direitos fora do catálogo dão ensejo a que se recepcione, neste particular, o ponto de vista sustentado pela ampla maioria na doutrina lusitana, que justamente advoga o entendimento de que (além dos direitos sociais, econômicos e culturais, por expressamente excluídos do regime) todos os direitos, liberdades e garantias de natureza análoga, ainda que localizados fora do texto da Constituição, constituem normas diretamente aplicáveis.⁶⁶

Dessa forma, conclui-se que o princípio da aplicabilidade imediata deve ser considerado um “mandado de maximização”, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, devendo a recusa de sua aplicação ser necessariamente fundamentada e justificada à luz do caso concreto⁶⁷.

Ressalte-se que essa condição privilegiada dos direitos fundamentais, exigindo a concretização das condições jurídicas necessárias para a produção dos efeitos esperados, não dispensa ainda uma cuidadosa análise acerca dos mecanismos necessários para a efetividade dos seus efeitos, ou seja, cumpre analisar se estas normas possuem eficácia social, bem como os meios para a sua consecução.

4.1.1 A eficácia dos direitos econômicos sociais e culturais

A técnica legislativa utilizada na elaboração da atual Constituição brasileira pode levar a diferentes interpretações no que toca à composição do catálogo dos direitos fundamentais assegurados pela mesma. É o caso, por exemplo, dos direitos sociais, previstos

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 275 e 276.

⁶⁷ *Ibidem*, 2007, p. 284 e 285.

genericamente no art. 6º, sendo o conteúdo e o fundamento desses direitos delineados apenas no título referente à ordem social, provocando dúvidas acerca de quais dispositivos seriam efetivamente direitos fundamentais sociais.

Entretanto, conforme abordado no tópico anterior, embora o detalhamento do conteúdo dos direitos sociais tenha sido feito em título diverso dos demais direitos fundamentais, a unidade sistemática da Constituição não admite a exclusão daqueles do elenco dos direitos reconhecidos como fundamentais para a garantia da construção do Estado Democrático de Direito.

Isso porque a ausência de uma concreitude integrativa entre os direitos individuais e sociais implicaria, sem dúvida, em mera abstração da dignidade humana e do exercício pleno da cidadania, não sendo possível alcançar a redução das desigualdades sociais, tampouco a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Dessa forma, o reconhecimento e a defesa dos direitos sociais consubstanciam-se em pressupostos para a promoção eficaz da dignidade da pessoa humana, mediante uma organização democrática da sociedade e do poder, devendo, portanto, também ser conferida, às suas normas delimitadoras, a aplicabilidade direta e a eficácia imediata, reconhecendo-os enquanto direitos subjetivos a prestações, justiciáveis a qualquer tempo, afastando o caráter programático das mesmas.

Entretanto o entendimento exposto não tem sido consensual entre os doutrinadores, optando boa parte destes por negar a aplicabilidade imediata e a plena eficácia dos direitos sociais. Isso porque tais direitos, ao contrário dos direitos individuais, compreendem, em sua maioria, direitos a prestações positivas pelo Estado, implicando além da não-intervenção estatal na esfera das liberdades pessoais dos indivíduos, na obrigação de disponibilizar os meios necessários ao efetivo exercício das liberdades fundamentais, dependendo, por tanto, a sua efetivação, de uma postura ativa do Poder Público na esfera econômica e social, através da implementação e execução de políticas públicas.

Dentre os que defendem o segundo entendimento, apregoa-se que parte das normas delimitadoras de direitos sociais apresenta-se sob a forma de normas de cunho programático, ou seja, que possuem “normatividade insuficiente para alcançarem plena eficácia, porquanto se trata de normas que estabelecem programas, finalidades e tarefas a serem implementados pelo Estado, ou que contêm determinadas imposições de maior ou

menor concretude dirigidas ao Legislador”⁶⁸. Nesse sentido, afirma José Afonso da Silva (2005, p.180) que:

Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais se aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.⁶⁹

Outro aspecto a ser considerado na análise da eficácia e efetividade dos direitos sociais diz respeito à relevância econômica destes, na medida em que sua devida prestação implica na destinação, distribuição e criação de bens materiais, dependendo, para tanto, de recursos financeiros a serem destinados pelo Poder Público. Assim é que tal aspecto é considerado por alguns como um limite fático dos direitos fundamentais, sobretudo, os de cunho prestacional, como o são a maioria dos direitos sociais, tendo em vista a necessária existência de meios para o cumprimento das obrigações pelo destinatário das normas. Nesse sentido, vale conferir o posicionamento de Sarlet (2007, p. 304), acerca da abrangência do postulado da “reserva do possível”:

A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.⁷⁰

Ressalte-se que uma análise detalhada dos diferentes posicionamentos acerca da eficácia dos direitos sociais não se constitui no objeto de nosso estudo. Assim, optamos por reconhecê-los com base nas normas constitucionais como direitos subjetivos a prestações concretas pelo Estado, sendo imediatamente aplicáveis, na medida de sua eficácia, independente de interposições legislativas. Cabendo, entretanto, aos poderes públicos, posto

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 309.

⁶⁹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 180.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 304.

que vinculados pelos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, a maximização da eficácia das normas delineadoras de direitos fundamentais sociais, mediante a prioritária destinação dos recursos, bem como a proposição e a realização de políticas públicas, elementos necessários para a sua efetivação.

4.1.1.1 A eficácia do direito social à educação

A Constituição Federal de 1988 reconheceu o direito à educação como parte integrante do mínimo existencial, que compreende o núcleo comum dos direitos fundamentais. O mínimo existencial define o conteúdo mínimo e inderrogável destes direitos, sendo proibida ao Estado a tomada de medidas, sejam elas de natureza legislativa ou material, omissivas ou comissivas, com a finalidade de impedir a sua realização.

Assim, o direito à educação, como um direito fundamental social, está sujeito ao regime jurídico de proteção diferenciado atribuído a estes pelo Constituinte, qual seja a orientação do princípio da aplicabilidade imediata de suas normas definidoras (art. 5º, § 1º), além de sua inclusão no rol de normas impossíveis de serem suprimidas pelo Constituinte derivado (art. 60, § 4º, IV).

Entretanto, apesar da existência e importância inquestionáveis do mínimo existencial, alguns impõem restrições de caráter material à efetivação desses direitos, sobretudo, quando possuem natureza prestacional, como a maioria dos direitos sociais, incluindo o direito à educação.

Nesse sentido, ao prever de forma expressa que *o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo* (art. 208, § 1º), a Constituição buscou afastar interpretações restritivas acerca da possibilidade de direitos sociais serem acionáveis em juízo, reconhecendo maior potencial de efetividade ao direito à educação, na medida em que este se apresenta como originador de pretensões individuais. Em outras palavras, o reconhecimento do direito à educação como um direito público subjetivo significa que possui aplicabilidade imediata, sendo exigível judicialmente, a qualquer tempo, quando da omissão

na sua devida prestação, configurando-se, portanto, como um instrumento jurídico de controle da atuação do poder estatal.

Sobre o assunto, assim leciona Luís Roberto Barroso (2002, p. 102 a 104):

A idéia central em torno da qual gravita o tópico ora desenvolvido é a de *direito subjetivo*, entendido como o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse. A norma jurídica de conduta caracteriza-se por sua bilateralidade, dirigindo-se a duas partes e atribuindo a uma delas a faculdade de exigir da outra determinado comportamento. Forma-se, desse modo, um vínculo, uma relação jurídica que estabelece um elo entre dois componentes: de um lado, o *direito subjetivo*, a possibilidade de exigir; de outro, o *dever jurídico*, a obrigação de cumprir. Quando a exigibilidade de uma conduta se verifica em favor do particular em face do Estado, diz-se existir um direito subjetivo *público*.

(...)

Singularizam o direito subjetivo, distinguindo-o de outras posições jurídicas, a presença, cumulada, das seguintes características: a) a ele corresponde sempre um dever jurídico; b) ele é violável, ou seja, existe a possibilidade de que a parte contrária deixe de cumprir o seu dever; c) a ordem jurídica coloca à disposição de seu titular um meio jurídico – que é a ação judicial – para exigir-lhe o cumprimento deflagrando os mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado.

(...)

Delas (normas constitucionais definidoras de direitos) resultam, por tanto, para os seus beneficiários – os titulares do direito – situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações positivas ou negativas. Tais prestações são exigíveis do Estado ou de qualquer outro eventual destinatário da norma (dever jurídico) e, se não forem entregues espontaneamente (violação do direito), conferem ao titular do direito a possibilidade de postular-lhes o cumprimento (pretensão), inclusive e especialmente por meio de uma ação judicial.⁷¹

Importante ressaltar que, em se tratando de um direito social, não se pode restringir o seu objeto a uma prestação individualizada, consistindo este na prestação de políticas públicas, cuja titularidade estende-se aos grupos vulneráveis,⁷² ou seja, “ao invés do seu exercício de modo individual, torna-se possível e aconselhável que tal se dê em uma dimensão coletiva”⁷³. Acresce, ainda, Emerson Garcia:

Assim, quer seja considerado na individualidade de um dos componentes do grupamento, quer seja visto como direito de todos, o direito à educação, a depender da ótica em que seja analisado, será passível de enquadramento na categoria dos direitos subjetivos, pois integrante do denominado mínimo existencial.⁷⁴

O constituinte de 1988 apenas explicitou o caráter de direito público subjetivo em relação ao acesso ao ensino obrigatório e gratuito, que compreende o ensino fundamental, quando, na verdade, referido *status* deveria circunscrever-se a todo o sistema educacional. Isso porque, ao reconhecer a educação como um direito de *todos* e dever do Estado, faz-se

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103, 104 e 105.

⁷² DUARTE, Clarice Seixas. **Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais**. São Paulo em Perspectiva, 18(2): 113-118, 2004, p. 115.

⁷³ GARCIA, Emerson. **O direito à educação e suas perspectivas de efetividade**. Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>>. Acesso em: 23 maio 2009.

⁷⁴ *Ibidem*, acesso em: 23 maio 2009.

necessário uma correspondente transformação da obrigação estatal em direito do cidadão, exigível judicialmente, como forma de compelir o Estado ao seu devido cumprimento. Nesse sentido, posiciona-se Wilson Donizeti Liberati (2004, p. 214):

Embora o texto do art. 208, § 1º, da CF tivesse indicado como direito público subjetivo o acesso ao ensino obrigatório e gratuito, o principal comando constitucional, disposto no art. 205, orienta para outra direção, mais extensiva, sacralizando a educação como um direito de *todos* e dever do Estado e da família, que será promovida e incentivada pela sociedade. Ora, o termo “educação” é mais abrangente do que “ensino” ou “ensino obrigatório e gratuito”. De sorte que é dever do Estado garantir o oferecimento da educação a *todos*, como quis o legislador constituinte; e não simplesmente restringir o direito somente ao *acesso* ao ensino. Pensar de outra forma seria colocar à margem a maioria dos titulares do direito à educação e, por conseguinte, impedir a realização da plena cidadania, pois como disse Paula, “a educação, como direito e bem fundamental da vida, é um dos atributos da própria cidadania, fazendo parte de sua própria essência”.⁷⁵

Dessa forma, entende-se que, embora o legislador tenha optado por reforçar a possibilidade de exigibilidade plena em relação ao ensino fundamental, todas as outras relações jurídicas constitucionais afirmadas entre o Estado e os indivíduos, originando pretensões individuais, são plenamente exigíveis. Conforme ensinamento de Luis Roberto Barroso:

É bem de ver, no entanto, que o constituinte preferiu não sujeitar-se a riscos de interpretação em matéria à qual dedicou especial atenção: o ensino fundamental. Desse modo, interpretando a si mesmo, fez incluir no § 1º do art. 208 a *declaração* de que ‘o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo’. O dispositivo, todavia, não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outras situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao esquema direito individual – dever do Estado configuram, da mesma sorte, direitos públicos subjetivos. Não pretendeu o constituinte limitar outras posições jurídicas de vantagem, mas, tão-somente, ser meridianamente claro em relação a esta posição específica. Com isto evita que a autoridade pública se furte ao dever que lhe é imposto, atribuindo ao comando constitucional, indevidamente, caráter programático e, pois, insuscetível de ensejar a exigibilidade de prestação positiva.⁷⁶

Note-se que, os deveres do Estado com a educação não se restringem ao *acesso* ao ensino obrigatório e gratuito, inclusive aos que a ele não tiveram acesso na infância e na adolescência, compreendendo, ademais, a oferta gratuita do ensino médio; da educação infantil em creches e pré-escolas às crianças de zero a cinco anos de idade; do atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; bem como a oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; e o atendimento através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

⁷⁵ LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Direito à Educação**: uma questão de Justiça. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 214.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 6ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 115.

Algumas dessas garantias, como a implementação de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde, materializam o princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, estabelecido pelo art. 206, da CF/88, inequivocamente diretamente aplicável e dotado de plena eficácia, concretizando o princípio da isonomia, na medida em que impõe a garantia de igualdade de oportunidades ao desenvolvimento humano em todos os aspectos, mediante a satisfação dos direitos educacionais de forma universal e equânime.

A necessidade de implementação de referidos programas pelo Poder Público torna-se imprescindível no Brasil, país marcado por extremas desigualdades de renda e oportunidades, não sendo admissível o cerceamento do direito à educação em razão da ausência de condições estruturantes mínimas de boa parte da população, visto que muitos ainda vivem em condições miseráveis. No mesmo sentido, Emerson Garcia:

[...] ante a reconhecida miserabilidade da população brasileira, também os programas suplementares de oferta de material escolar, transporte, saúde e alimentação são indissociáveis do direito à educação: uma pessoa que não possua livros não poderá acompanhar as lições que lhe são ministradas; não possuindo recursos para custear o transporte, simplesmente não poderá comparecer à escola; estando doente, não poderá estudar e entrar em contato com outros estudantes; e, ainda, sem alimentação não haverá como assimilar as mais comezinhas lições.⁷⁷

Tais garantias, portanto, revelam o interesse do legislador em romper com uma história de indiferença frente aos problemas geradores e potencializadores das desigualdades entre pessoas e regiões no País.

Tais considerações reforçam o entendimento de que o direito à educação não se restringe ao acesso ao ensino obrigatório e gratuito, mas, ao contrário, compreende um conjunto de prestações necessárias ao atendimento de suas finalidades, incluindo, a garantia de um padrão mínimo de qualidade, estabelecida, de igual modo, como um dos princípios norteadores da prestação da atividade educacional, sendo, portanto, dotado de plena eficácia (art. 206).

Essa visão ampliada do direito à educação como um direito público subjetivo, ou seja, da possibilidade da extensiva obrigatoriedade do Poder Público de oferecer a educação a todos⁷⁸, está em consonância com os fundamentos da República Federativa do Brasil, na medida em que se consubstancia em elemento realizador da dignidade humana e do pleno

⁷⁷ GARCIA, Emerson. **O direito à educação e suas perspectivas de efetividade**. Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>>. Acesso em: 23 maio 2009.

⁷⁸ LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Direito à Educação: uma questão de Justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 212.

exercício da cidadania, não sendo possível aceitar que apenas o acesso ao ensino obrigatório e gratuito proporcione tais condições aos cidadãos.

Vale reforçar que a opção do legislador por explicitar o caráter de direito público subjetivo do acesso ao ensino obrigatório e gratuito não desobriga o Estado na prestação dos serviços educacionais em todos os níveis, submetidos, igualmente, à exigibilidade judicial, quando da omissão estatal na sua garantia, importando em responsabilidade da autoridade competente, conforme disposto no art. 208, § 2º.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2002, p. 149) considera possível a condenação do poder público a uma obrigação de fazer, no caso de insuficiência dos recursos materiais necessários à prestação do direito à educação, aqui inclusos: escolas, professores, materiais didáticos, merenda, transporte escolar etc.

Em toda e qualquer hipótese de direito subjetivo vulnerado, deve-se cogitar, antes de mais nada, da viabilidade de sua *tutela específica*, vale dizer: da utilização de remédio eficaz para que se atinja o mesmo resultado prático que decorreria do adimplemento por parte de quem tinha o dever de cumprir a obrigação. Na hipótese em exame, existe para o Estado uma obrigação de *fazer*, isto é prestar educação primária aos destinatários da norma constitucional. Descumprindo-a, pode o titular do direito – por exemplo, um menor, representado por seu responsável – recorrer ao Judiciário para vê-lo assegurado.

Não existe, ao ângulo técnico-jurídico, qualquer obstáculo a que se mova contra o Estado uma ação que tenha como objeto uma obrigação de fazer, inclusive com a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença. No caso figurado, as dificuldades práticas do deferimento de um pedido condenando o ente público à construção e operação de uma escola podem ser facilmente sanadas por uma providência alternativa: condenar-se o Estado a custear o estudo do menor em escola privada existente na área. Inviabilizadas todas as alternativas para o cumprimento em espécie da obrigação estatal restará a possibilidade – embora insatisfatória – de obtenção de uma indenização pela omissão ilícita.⁷⁹

Não se pode deixar de considerar, contudo, os impactos dessa técnica legislativa na efetivação do direito à educação escolar em todos os seus níveis e modalidades. Referida opção tem reforçado posturas negativas, de interpretação e aplicação restritivas, no que toca ao dever estatal de assegurar o acesso à educação em todos os níveis de ensino, oriundas não apenas do Poder Executivo, responsável pela propositura e execução das políticas públicas educacionais, mas também por parte do Poder Judiciário, tendo em vista a suposta diferenciação no grau conferido às pretensões dos direitos educacionais em questão, dificultando, dessa forma, à exigibilidade do direito fundamental à educação em todos os níveis.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 149.

5 MECANISMOS DE EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Conforme a discussão anterior, não resta dúvida de que o direito à educação é plenamente exigível, integrando o rol dos direitos imprescindíveis a uma existência digna, tendo a Constituição, inclusive, delineado a organização e a operacionalização de sistemas e programas públicos com vistas à efetivação desse direito. Entretanto, a efetiva implementação desse direito exige um conjunto de mecanismos articulados de diferentes expressões, sejam elas políticas, sociais ou jurídicas.

Considerando o modelo político vigente, em que o Estado tende, cada vez mais, a desobrigar-se diante das facetas sociais, relegando ao mercado esse poder de intervenção, vale destacar a importância da mobilização da sociedade civil em torno da reivindicação de seus interesses, mediante a articulação de instrumentos políticos e sociais de exigibilidade de direitos, sobretudo, os de natureza prestacional que, embora tenham sido amplamente delineados pela Constituição, carecem de ações prioritárias dos poderes públicos com vistas a sua efetivação.

Assim, cabe ao cidadão o dever de ser agente promotor da eficácia dos direitos sociais⁸⁰, fazendo-se necessário, para tanto, o fomento de uma cultura de afirmação de Direitos Humanos, bem como de participação nos processos políticos, com vistas a um desenvolvimento sócio-econômico equilibrado e sustentável. Ademais, é preciso fortalecer os mecanismos de exigibilidade de direitos, compreendendo a política pública como direito do cidadão e dever do Estado.

A concretização de uma política pública educacional compreende não apenas a elaboração de planos, leis, ou, ainda, a realização de atos administrativos, mas, depende, sobretudo, da participação da sociedade nesses processos de elaboração e planejamento, definindo junto ao governo as prioridades e os meios adequados para atingir os fins estabelecidos, bem como na execução e na avaliação da política adotada, compreendendo o controle e a fiscalização de sua implementação.

⁸⁰ POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial**. Fortaleza: ABC Editora, 2005, p. 18.

Nesse sentido, vale reforçar que a efetivação do direito à educação de qualidade exige uma qualificação da participação popular no controle social sobre a formulação, coordenação e execução das políticas públicas, inclusive as políticas econômicas, através do fortalecimento dos espaços públicos de controle, bem como de uma cultura de educação em Direitos Humanos, de modo a potencializar o papel propositivo da sociedade civil, não se limitando a atuação desta, a posturas reativas frente aos desmandos dos governos.

A importância da incidência junto às políticas econômicas reside no fato de que uma das justificativas para a não-efetivação de direitos, sobretudo os de natureza prestacional, compreende a ausência de recursos para o financiamento de suas ações. Isso porque o modelo político vigente tem priorizado um desenvolvimento econômico excludente, em detrimento dos direitos humanos e de um desenvolvimento social equilibrado e sustentável.

Tratando-se, portanto, de um direito, percebe-se a interação entre os mecanismos sociais e judiciais de exigibilidade da educação, sendo necessário um esforço coletivo de utilização estratégica e sistemática desses mecanismos, com vistas à efetividade do direito à educação de forma universal e equânime.

5.1 O Financiamento da Educação

Um dos argumentos utilizados com frequência em nosso País como impedimento para a satisfação dos direitos educacionais consiste na ausência de recursos econômicos, o já referido limite fático da “reserva do possível” (Item 4.1.1). Entretanto, cumpre salientar que o próprio Constituinte de 1988 garantiu a destinação de recursos para viabilizar a realização do dever do Estado de garantir o direito à educação aos cidadãos.

De acordo com o art. 212, da CF/88, a União não poderá aplicar menos de 18%, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, menos de 25% da receita resultante dos impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino, demonstrando a importância atribuída à educação.⁸¹

⁸¹SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 358.

Observa-se ainda que a Constituição da República assegurou, em seu art. 227, às crianças e aos adolescentes, com *absoluta prioridade*, o gozo de inúmeros direitos, dentre os quais o direito à educação. Essa prioridade indica a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas, bem como a destinação privilegiada de recursos públicos necessários para a realização dos direitos de crianças e adolescentes, conforme se depreende da leitura do art. 4º, Parágrafo Único, do Estatuto da Criança e do Adolescente.⁸²

Assim, a efetivação do direito à educação não se trata de uma questão de mera discricionariedade administrativa, mas de uma vinculação Constitucional aos poderes públicos. Nesse sentido, vale conferir o posicionamento de Emerson Garcia:

Consagrada a prioridade, é praticamente suprimido o espectro de discricionariedade política do administrador público, já que eliminada a possibilidade de sopesar quaisquer outros direitos com aqueles das crianças e dos adolescentes. A ponderação entre os possíveis valores envolvidos foi realizada, a priori, pelo Constituinte Originário, pouco sendo deixado ao administrador.⁸³

A improcedência dos argumentos referentes à ausência de recursos como impedimento à efetivação dos direitos educacionais, considerando o suposto caráter programático de suas normas, resta evidente, portanto, mediante a vinculação de verbas específicas do orçamento para a implementação do direito à educação. Nesse sentido, posiciona-se Gina Vidal Marcílio Pompeu (2005, p. 100):

A previsão da dotação orçamentária a concretizar o objetivo de educar nas várias esferas da Federação exposta nos artigos 212 e 213 rechaça qualquer argumento de que o acesso à educação é norma constitucional de cunho programático, dependente da vontade do gestor, que uma vez eleito só encontrará barreiras ao seu arbítrio quando do período de novas eleições.⁸⁴

Percebe-se, contudo, no art. 212, § 3º, uma priorização na distribuição dos recursos ao ensino obrigatório (ensino fundamental). No mesmo sentido, a Emenda Constitucional nº 14/1996 reforça a prioridade do ensino fundamental, mediante previsão de que este contará com recursos decorrentes da contribuição social do salário-educação, como

⁸² **Art. 4º** É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com **absoluta prioridade**, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à **educação**, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
 b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
 c) **preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;**
 d) **destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.** (*grifo nosso*)

⁸³ GARCIA, Emerson. **O direito à educação e suas perspectivas de efetividade**. Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>>. Acesso em: 23 maio 2009.

⁸⁴ POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial**. Fortaleza: ABC Editora, 2005, p. 100.

fonte adicional de financiamento (art. 212, § 5º), além criar o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF).

O FUNDEF foi regulamentado pela Lei nº 9.424/1996 e pelo Decreto Federal nº 2.264/1997, introduzindo alterações na forma de desenvolvimento do ensino fundamental, com vistas a sua universalização, no âmbito dos diferentes entes da Federação.

Com vistas à efetivação do direito à educação, foi implementada uma partilha de recursos que variava de acordo com o número de alunos matriculados no ensino fundamental, com a possibilidade de complementação dos recursos pela União aos Estados em que a receita originária não fosse suficiente à garantia do valor individual por aluno fixado.

Referido Fundo evidenciou a prioridade de universalização do ensino fundamental, em detrimento dos demais níveis do ensino, restringindo, dessa forma, a implementação dos compromissos assumidos na Declaração Mundial de Educação para Todos, de 1990, realizada em Jomtien, que, em síntese, correspondiam à ampliação e universalização do acesso à educação básica.

Em 2006, foi aprovado o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica (FUNDEB), ampliando a destinação privilegiada de recursos, antes restrita ao ensino fundamental, para os três níveis da educação básica, contemplando suas diversas modalidades, afirmando a importância de integrar, conceitualmente e na prática, o conjunto que perfaz a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio.

O FUNDEB consiste na centralização de receitas resultantes de transferência e impostos em cada estado, sendo redistribuídas para as secretarias de educação estaduais e municipais em proporção às matrículas ponderadas em suas redes nas diversas etapas e modalidades, observando-se o valor do investimento mínimo por aluno determinado nacionalmente. Os estados que não possuem recursos suficientes para o investimento mínimo por aluno a todos os matriculados na educação básica, receberão uma complementação da União. Assim como o FUNDEF, visa promover uma redistribuição dos recursos financeiros vinculados à educação básica, adotando como critério o número de alunos matriculados por nível de ensino no âmbito de cada rede.

É sabido que desde a implantação do FUNDEF a União vem descumprindo o valor do Custo Aluno Mínimo estipulado em lei, que corresponde à média nacional. A Lei nº 9.424/1996, que instituiu o FUNDEF, determinou a implementação de Conselhos de acompanhamento e fiscalização do Fundo em cada esfera de governo, com o objetivo garantir

o controle social sobre a repartição, a transferência e a aplicação dos seus recursos. No entanto, esses espaços tem se mostrado pouco eficazes.

Dessa forma, considerando que o FUNDEB movimenta somas ainda mais elevadas de recursos, torna-se ainda mais indispensável o fortalecimento dessas instâncias e mecanismos de controle social efetivos e eficazes, de modo a garantir que os recursos constantes no Fundo sejam direcionados corretamente, com vistas à efetivação do direito à educação. Nesse sentido, aponta-se a importância de uma fiscalização participativa qualificada por parte da sociedade civil, bem como da atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário, frente destinação irregular dos recursos.

5.2 A Exigibilidade Judicial

Quando se trata da efetivação de direitos sociais mediante a atuação do Poder Judiciário, em face das demandas que envolvem a implementação de políticas públicas, é comum a colocação de limites à sua intervenção na esfera política, expressando alguns valores arraigados à cultura jurídica brasileira, tais como a “preservação da separação de poderes”, o ideal de “neutralidade axiológica” nas teorias e de “isenção política” nas práticas jurídicas.

Assim, não é diferente em relação ao direito à educação, cuja efetividade resta prejudicada por posturas omissas dos órgãos jurisdicionais, que alegam, com frequência, a ausência de competência dos tribunais para decidir sobre destinação de recursos públicos.

Nesse sentido, faz-se necessário delinear as possibilidades, bem como os limites, de atuação do Poder Judiciário no campo da efetivação dos direitos sociais, de modo a fortalecer a estratégia jurídica de efetivação do direito à educação em todos os níveis.

Conforme abordado no item anterior, o Constituinte garantiu, expressamente, a destinação mínima de recursos para o cumprimento do dever do Estado com a efetivação do direito à educação, além de estabelecer a prioridade absoluta na realização dos direitos de crianças e adolescentes, vinculando, dessa forma, todas as esferas do Poder Público.

Dessa forma, resta impertinente o argumento da incompetência dos tribunais para decidir sobre a matéria, tendo em vista não se tratar de uma questão de discricionariedade administrativa, como já dito, mas de uma vinculação constitucional, sendo dever do Poder Judiciário velar pela sua observância, determinando o contingenciamento ou a realocação de dotações orçamentárias para o atendimento do direito em questão, sobretudo, quando atentamos para a sua fundamentalidade.

Nesse sentido, Gina Vidal Marcílio Pompeu (2005, p. 106) conclui:

No que concerne à educação, não se há de pensar em discricionariedade do gestor, quando da aplicação de recursos, maneira e quantidade. A Constituição já determina o valor mínimo a ser aplicado e as prioridades e não deixa margens para manejo discricionário ou para contingências de momento que resultem em objeto de normas programáticas a serem efetuadas ou não.

Não pode o Estado-membro ou o município alegar insuficiência orçamentária para desobrigar-se da implementação do ensino infantil, fundamental e médio.⁸⁵

Para tanto, faz-se necessário construir uma contracultura de aceitação dos direitos sociais, mediante o reconhecimento da aplicabilidade imediata de suas normas delineadoras, na medida de sua eficácia, através de decisões positivas frente às demandas pela implementação das políticas públicas necessárias à realização de tais direitos. Provocando, com isso, mudanças na gestão administrativa, compelindo os poderes públicos a materializarem em suas ações as prioridades definidas constitucionalmente.

Não merece prosperar o argumento de que um julgamento favorável a uma pretensão de natureza prestacional implicaria em desrespeito ao princípio da separação de poderes, isso porque a independência no exercício das funções estatais tem por escopo primordial evitar os males decorrentes da concentração do poder, de modo a preservar as liberdades e os direitos dos indivíduos. Ora, como então se poderia admitir a utilização de tal preceito como óbice à realização dos direitos sociais, quando estes integram, imprescindivelmente, a satisfação das liberdades individuais?

Sobre o assunto, vale conferir o entendimento de Emerson Garcia:

A atuação do Judiciário não importará em qualquer ingerência externa na atividade desenvolvida, mas tão-somente, velará para que esta mantenha uma relação de adequação com a ordem jurídica, substrato legitimador de sua existência. Desta forma, não se tratará unicamente de juízo censório ou punitivo à atividade desempenhada por outro poder, mas de aplicação de eficaz mecanismo previsto no

⁸⁵ POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial**. Fortaleza: ABC Editora, 2005, p. 106.

regime democrático, sempre com o desiderato final de garantir o bem-estar da coletividade.⁸⁶

Contudo não se pode esperar que essa mudança de postura dos órgãos jurisdicionais ocorra espontaneamente, por toda a carga cultural já exposta, fazendo-se necessário ampliar o movimento de exigibilidade desses direitos, através da utilização dos instrumentos processuais indicados pela Constituição, dentre os quais, vale mencionar, o mandado de segurança, o mandado de injunção e a ação civil pública.

Reforça-se, por oportuno, a relevância da conjugação da estratégia judicial às estratégias de mobilização social, considerando que as respostas judiciais, na maioria das vezes, são lentas e pouco satisfatórias, sem que haja uma pressão da sociedade civil organizada.

5.3 A Participação e o Controle Social na Educação

A Constituição de 1988 apostou na descentralização e municipalização de recursos e responsabilidades como instrumentos potencializadores da democracia, rompendo, pelo menos em tese, com o padrão centralizado, autoritário e privatista de elaboração de políticas públicas no Brasil, acreditando na participação política como relevante instrumento de controle estatal.

A transferência da esfera decisória para o âmbito local aproximaria os sujeitos políticos dos processos de definição de prioridades e métodos, facilitando o controle social das políticas e fomentando a participação e a integração comunitária na defesa dos interesses públicos, em face dos arbítrios da ação administrativa. Sobre o assunto, assevera Gina Vidal Marcílio Pompeu (2005, p. 114, 116 e 117):

Acreditou-se durante os anos de 1990 e até o início do governo do Presidente Luís Inácio da Silva – uma vez que é difícil determinar, por enquanto, que percurso terá este governo – que a descentralização administrativa era uma das condições para a realização do ideal democrático. Representava uma estratégia que possibilita uma participação mais efetiva dos cidadãos nas decisões públicas. Estes teriam a oportunidade de fiscalizar e evitar vícios outrora decorrentes dos aparatos do Estado.

⁸⁶ GARCIA, Emerson. **O direito à educação e suas perspectivas de efetividade**. Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>. Acesso em: 23 maio 2009.

Com municípios política e institucionalmente mais fortes, a democracia de base territorial também estaria fortalecida.

(...)

Passou-se a defender a descentralização, sob a crença de que a maior proximidade entre os beneficiários de serviços públicos e os gestores implicaria maior responsabilidade destes, haja vista que a fiscalização seria constante, motivando a devida prestação dos serviços devidos. Por fim, seria efetivo o combate à ineficiência e ao clientelismo.⁸⁷

Ao mesmo tempo, acentua-se um descontentamento com o formato de democracia representativa, em razão da ausência do Estado na garantia do mínimo existencial, provocando o aprofundamento das desigualdades sociais. Ademais o descrédito da população em seus representantes, deve-se aos frequentes envolvimento em escândalos de corrupção, sem que nenhuma medida satisfatória seja tomada pelos órgãos políticos e jurisdicionais.

Nesse contexto de crise do Estado Democrático de Direito, marcado pela exclusão econômica da maioria da população, que não tem acesso aos benefícios decorrentes da tão falada globalização, acentuam-se os valores individualistas, em detrimento da percepção do outro enquanto “sujeito eticamente relevante”⁸⁸.

Para a realização de uma sociedade justa, livre e solidária, faz-se necessário ampliar os espaços de construção da política e incluir novos sujeitos nesses espaços, resgatando o interesse pela participação política, pela exigibilidade coletiva de direitos, pela organização em torno de interesses coletivos, através da reformulação de diferentes formas e espaços de participação, fortalecendo as identidades comunitárias, a conscientização política dos grupos sociais, com vistas à auto-organização para a defesa de seus interesses, bem como à realização da democracia social e econômica.

O processo de organização comunitária para a exigibilidade de interesses comuns compreende a essência do exercício pleno da cidadania ao mesmo tempo se realiza e fortalece mediante a satisfação dos direitos individuais e coletivos, contribuindo para a emancipação dos sujeitos políticos de uma sociedade. Sobre o assunto, pontua Gina Vidal Marcílio Pompeu (2005, p. 124):

Foi a partir do reconhecimento e da valorização do processo de ação comunitária que outros processos passaram a ser criados e valorizados, tendo a comunidade como referência. O desenvolvimento da comunidade é proporcional à ação comunitária que visa a proteger os interesses e zelar por soluções para as preocupações da própria população. Uma vez devidamente motivados e capacitados, os cidadãos passam a entender a essência dos problemas e contradições sociais que

⁸⁷ POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial**. Fortaleza: ABC Editora, 2005, p. 114, 116 e 117.

⁸⁸ *Ibidem*, 2005, p. 124.

enfrentam e às quais estão submetidos. Exigem conhecer as leis e as políticas que lhes dizem respeito e assim criam instrumentos de força e de reivindicação social.⁸⁹

A educação assume papel relevante nesse processo, tendo em vista o seu caráter formador da personalidade humana e informador da realidade social, proporcionando aos indivíduos uma percepção crítica acerca dos elementos sociais, políticos e econômicos, além do reconhecimento enquanto parte de uma coletividade e de seus interesses.

Não se pode falar, portanto, em exercício pleno da cidadania sem a efetivação do direito à educação, na medida em que a sua realização fortalece a exigibilidade e o exercício de outros direitos. De igual modo, a construção de uma cidadania participativa torna-se imprescindível para a efetividade do direito à educação, e dos demais direitos sociais, tendo em vista a importância do controle, monitoramento e acompanhamento das políticas públicas pela sociedade.

Conforme abordado anteriormente, as políticas públicas não devem ser confundidas com políticas de governo, isso porque devem materializar os objetivos do Estado de Direito, estando vinculadas aos seus princípios e fundamentos. Nesse sentido, em um Estado dito democrático, como o Brasil, estas devem ser implementadas mediante a participação da sociedade, e em consonância com as prioridades constitucionais.

Vale ressaltar que a construção de espaços fundamentados na partilha do poder entre Estado e sociedade civil permitiria não apenas a efetiva garantia dos direitos já reconhecidos, mas se constituiria em um espaço de inclusão de novas demandas nas negociações políticas, abrindo possibilidades para a conquista de novos direitos.

Nessa perspectiva, a Constituição previu os Conselhos Gestores de Políticas Públicas como espaços de fiscalização participativa, controle e, em alguns casos, deliberação dessas políticas, pela sociedade civil. Ademais, atribuiu competências de fiscalização e controle aos Tribunais de Contas, ao Ministério Público, ao Poder Legislativo e, até mesmo, ao Poder Judiciário.

⁸⁹ POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial**. Fortaleza: ABC Editora, 2005, p. 141 e 142.

5.3.1 Conselhos Gestores de Políticas Públicas

A maioria dos instrumentos legislativos regulamentadores do conteúdo do direito à educação elaborados após a Constituição de 1988, prevê a participação da comunidade por meio de conselhos como garantia de sua eficácia. Os conselhos são compostos por representantes da administração e por cidadãos representantes da sociedade civil, destinatários direta ou indiretamente da lei, com o dever de fiscalizar e acompanhar a aplicação de recursos destinados à efetivação dos direitos educacionais.⁹⁰ Alguns programas condicionam o repasse de verba à existência de conselhos, como o programa de merenda escolar.

Entretanto, cumpre ressaltar, que a existência de conselhos não tem sido efetivamente uma garantia da boa gestão dos recursos públicos, tampouco de uma execução satisfatória das políticas públicas educacionais. Os estudos acerca das práticas conselhistas concluem que essas estruturas enfrentam grandes desafios para cumprir suas expectativas democratizantes.

Em primeiro lugar, importante destacar as dificuldades decorrentes de um modelo político tradicionalmente marcado pelo autoritarismo estatal, pelo clientelismo, pelo populismo e pelo patrimonialismo. Poder-se-ia, inclusive, afirmar que, em alguns casos, os conselhos são formados para não funcionar, existindo apenas na letra da lei. Há também casos em que os conselhos são controlados pelo poder público, legitimando um conjunto de ações e medidas questionáveis tanto do ponto de vista técnico-administrativo, quanto por sua natureza ética e política, constituindo-se em instrumentos diretos de acobertamento de fraudes do sistema político ou de concessão de privilégios a determinados setores empresariais.⁹¹

Outra limitação desse espaço reside na previsão de participação paritária entre setores da sociedade civil e do Estado, estando a representação da sociedade civil relacionada a entidades constituídas, compreendendo um conjunto bastante diferenciado de organizações e grupos de interesses. Embora mencionada regra represente uma conquista de legitimidade das

⁹⁰ POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial**. Fortaleza: ABC Editora, 2005, p. 127.

⁹¹ ALMEIDA, Carla e LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. Participação e controle social: marcos teóricos e desafios democráticos, p. 19. In: SILVA, Camilla Croso (Coord.). **Participação e controle social na educação**. São Paulo: Ação Educativa, 2008. Em questão; 5.

organizações sociais amparadas em ideais democratizantes, não se pode negar o efeito provocado pela mesma de redução da participação popular nesses espaços.

Nota-se que há uma tendência ao distanciamento dos representantes dos seus representados, formando um círculo vicioso entre a participação e a representação. É o que se percebe, por exemplo, no caso das ONGs, que, quase sempre, apresentam maior competência (técnica e política) no trato das questões sociais, passando a ser vistas e a se posicionar como interlocutoras legítimas para a discussão e a proposição de políticas sociais, gerando o afastamento de uma atuação mais organizativa ou mobilizadora de base.⁹²

Além disso, a paridade não tem sido realizada na prática, considerando as diferentes forças políticas envolvidas nos processos decisórios. Não resta dúvida de que o Estado apresenta-se com mais força do que a sociedade civil nesses espaços, tendo em vista a possibilidade de destinação de recursos materiais e pessoais para a implantação do conselho, ao tempo em que a participação voluntária da sociedade civil limita o tempo de dedicação de seus representantes, que acabam não conseguindo se apropriar de todas as informações necessárias no processo de monitoramento, avaliação, proposição e deliberação da política.

Nesse sentido, retomando a premissa de que a participação da sociedade e o controle social são necessários e essenciais à concretização da democracia e dos direitos fundamentais, reforça-se a necessidade de priorização na destinação de recursos para a ampliação e o fortalecimento dos conselhos como legítimas instâncias decisórias, através de um conjunto de ações como a disponibilização de assessoria técnica aos conselheiros e outros investimentos em qualificação.

Impende ressaltar, ainda, no que toca à participação e o controle social como mecanismos de efetividade do direito à educação, o Princípio da Gestão Democrática, expressamente indicado pela Constituição Federal de 88, em seu art. 206, VI, como um princípio norteador da prestação da atividade educacional no Brasil. Mencionado princípio deve ser compreendido como orientador não apenas da gestão democrática da escola, com a participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares, mas também da gestão democrática da política de ensino, que deve, obrigatoriamente, contar com a participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola.

⁹² ALMEIDA, Carla e LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. Participação e controle social: marcos teóricos e desafios democráticos, p. 20. In: SILVA, Camilla Croso (Coord.). **Participação e controle social na educação**. São Paulo: Ação Educativa, 2008. Em questão; 5.

O Estatuto da Criança e do Adolescente acrescenta a garantia da participação dos alunos e de seus pais na gestão educacional, através do acompanhamento e intervenção nas definições acerca da proposta e da condução pedagógica, incluindo os processos avaliativos (art. 53, III e Parágrafo Único). Ademais garante aos estudantes o direito de organização e participação em entidades estudantis (art. 53, IV).

Entretanto, cumpre observar, conforme apontam Almeida e Lüchmann, que os setores privados e as forças conservadoras conseguiram distorcer referido princípio, mediante um conjunto de reformas instituídas pelo governo de Fernando Henrique Cardoso, implementando um projeto de descentralização das ações para os níveis estaduais, municipais e para as unidades escolares, sem que as relações de poder de definição das políticas fossem efetivamente democratizadas. Percebe-se, assim, que os desdobramentos desse princípio têm-se limitado à gestão da escola, por meio de um viés restritamente administrativo, não alcançando as várias instâncias que deliberam sobre as políticas educacionais.⁹³

Nesse contexto, a participação nos conselhos criados para a fiscalização e o acompanhamento de programas como, o Conselho da Alimentação Escolar e o Conselho do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), tinha o caráter estrito de controlar e fiscalizar a implementação das políticas, mas não de interferir na sua formulação.

Percebe-se, portanto, uma disputa de paradigmas participativos no contexto na luta pela efetivação dos direitos educacionais. Conforme Almeida e Lüchmann:

De um lado, a vertente (neoliberal) que privilegiava a “governabilidade” como modernidade administrativa caracterizada pelos pressupostos da democracia gerencial (privatização, terceirização, centralidade do Estado na deliberação das políticas, etc.). De outro lado, a vertente que enfatizava a criação de novos espaços de participação com base em critérios de distribuição social do poder. Conforme Velloso, a polaridade girava em torno da disputa entre “privatizar o estatal ou ‘publicizar’ o público.

Vale ressaltar iniciativas recentes de alguns municípios no sentido de discutir com a sociedade aspectos da política educacional, através de conferências e da elaboração de planos municipais de educação. Ocorre que, a falta de um arcabouço institucional regulamentado mais amplo contribui para que as experiências não tenham continuidade, nem regularidade.

⁹³ ALMEIDA, Carla e LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. Participação e controle social: marcos teóricos e desafios democráticos, p. 27. In: SILVA, Camilla Croso (Coord.). **Participação e controle social na educação**. São Paulo: Ação Educativa, 2008. Em questão; 5.

5.3.2 Orçamento público

Outro aspecto relevante, no que toca à incidência na formulação das políticas educacionais, consiste na necessidade de uma fiscalização participativa também nos espaços de deliberação da política econômica, considerando que a destinação de recursos consiste em elemento imprescindível para a formulação e a execução de políticas públicas.

Assim impõe-se aos sujeitos políticos o conhecimento das finanças, da tributação e da disponibilidade de recursos do seu município, com vistas à qualificação do controle social. Essas informações, entretanto, muitas vezes, são centralizadas pelo Poder Executivo, dificultando a sua apropriação pela sociedade civil e materializando-se em verdadeiro óbice à fiscalização participativa.

Ademais, destaca-se a importância da democratização do processo de definição da aplicação dos recursos, que tem início com a elaboração do orçamento público. Vale ressaltar, entretanto, que esse processo de democratização não se limita à abertura do espaço de discussão acerca das prioridades orçamentárias, compreendendo, ademais, a efetiva consideração das deliberações da sociedade civil, como critérios de ação para a intervenção estatal.

Nesse sentido, destaca-se, ainda, que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, em seu art. 136, IX, a participação dos Conselhos Tutelares, assessorando o Poder Executivo local, no processo de elaboração da proposta orçamentária, tendo em vista a sua proximidade cotidiana com as demandas de atendimento, podendo indicar planos e programas de atendimento dos direitos da criança e do adolescente.

Quanto aos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente, não resta dúvida de que, enquanto formulador da política de atendimento à infância e à juventude, deve intervir no momento da elaboração orçamentária, exigindo prioridade absoluta na destinação de recursos para a implementação de políticas voltadas a este público.

Além da participação nos espaços de deliberação acerca das prioridades orçamentárias, faz-se necessário um constante acompanhamento da execução desses recursos, tendo em vista que, algumas vezes, são previstos recursos para a área da infância e da

juventude, porém não são executados. Nesse sentido, impõe-se a exigência pela transparência nos atos de gestão, de forma a permitir a realização efetiva desse controle.

5.3.3 Mobilização social

Observa-se que a intervenção de entidades da sociedade civil e dos movimentos sociais e populares, bem como a ampliação dos mecanismos de participação e controle social, torna-se imprescindíveis para a efetivação de direitos humanos em um contexto social marcado pela crise de legitimidade das instituições políticas e pelo aprofundamento das desigualdades sociais.

Nesse sentido, ressalta-se a necessidade de reavivar uma cultura mobilizatória em nosso povo, mediante a difusão da compreensão da educação como um direito, em contraposição ao modelo político clientelista em que os serviços essenciais são tratados como favores e privilégios de alguns. Ademais, impõe-se a exigência desse direito, que somente será respaldada mediante a união de forças em um mesmo campo político, como um contrapoder popular, em face do Estado e dos grupos empresariais privados, de modo a evitar as manifestações de abuso de poder ou de ineficiência da ação governamental ao mínimo suportável.⁹⁴

Assim, considerando os limites impostos pelo caráter classista e burocrático do Estado ao efetivo controle popular (art. 1º, Parágrafo Único, da CF/88) das políticas e ações por ele desenvolvidas, apresenta-se como um desafio, a construção de uma mobilização social em uma perspectiva ampliada de democratização do Estado. Nesse sentido, a estratégia da mobilização social deve ser compreendida como um potencial que diferencia e fortalece os movimentos nos processos participativos, de controle social, e de exigibilidade de direitos.

Destarte, é preciso organizar e unir, cada vez mais, forças aliadas, exercendo uma pressão positiva no enfrentamento às violações de direitos humanos, seja pela ação, ou pela omissão do Estado. Destaca-se, nesse sentido o potencial das ações de mobilização, através de

⁹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **É preciso juntar para compor um contrapoder**. In: SILVA, Camilla Croso (Coord.). **Participação e controle social na educação**. São Paulo: Ação Educativa, 2008. Em questão; 5.

manifestações, atos públicos, campanhas, divulgação midiática dos fatos, dentre outras, para despertar e influenciar a opinião pública, convocando novos sujeitos a participarem da construção de uma sociedade fundada nos valores de justiça e solidariedade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento da educação como um direito humano remonta ao reconhecimento de direitos de caráter social, econômico e cultural, em um contexto marcado pelo agravamento dos problemas sociais e econômicos decorrentes do crescente processo de industrialização no Século XIX.

A afirmação desses direitos representa uma importante conquista social e política na luta por melhores condições de vida para todo ser humano, na medida em que, consubstanciam-se em exigências de proteção às classes ou grupos sociais desfavorecidos, contra a dominação socioeconômica exercida pela minoria rica e poderosa, objetivando atividades positivas do Estado, compelindo-o a promover políticas públicas realizadoras desses direitos, com vistas à materialização da igualdade no acesso a condições de vida digna, que antes era considerada apenas no plano legal.

A internacionalização do direito à educação decorre de um movimento geral de universalização dos Direitos Humanos, sobretudo, no período pós-guerra, concretizando-se, em termos jurídicos positivos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que retomou os ideais da Revolução Francesa, reconhecendo os valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, sendo necessária uma progressiva incorporação desses ideais, cristalizados em direitos efetivos, no plano nacional e internacional.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), celebrado em 1966, desenvolveu pormenorizadamente o conteúdo da Declaração de 1948, no que toca aos direitos sociais, como forma de garantir força jurídica às recomendações constantes na referida Declaração. No mesmo sentido, foram celebrados, em âmbito internacional, vários outros pactos e convenções em defesa do direito à educação, como a Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino e a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança.

Em âmbito nacional, a Constituição brasileira de 1988 foi elaborada com grande contribuição da sociedade civil organizada, através de movimentos sociais e coletivos representativos de diversos segmentos e seus interesses, incorporando ao texto da nova constituição as demandas provenientes de suas pautas de reivindicação, que, em sua maioria, acompanhavam o debate internacional de reconhecimento e efetividade dos Direitos

Humanos, consubstanciando-se em importantes conquistas sociais e políticas. De forma que a Constituição de 88 é considerada como o marco jurídico da institucionalização dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico brasileiro, através do elenco de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais.

Em relação ao direito à educação, a Constituição de 1988 o consagrou como um direito fundamental, integrando o mínimo existencial necessário à convivência digna, livre e igual de todas as pessoas, bem como à preservação do princípio da dignidade humana, constituindo-se, ademais, em elemento imprescindível à realização da cidadania, na medida em que proporciona a exigibilidade e o exercício de outros direitos, exercendo uma função democratizadora essencial na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Da análise do conteúdo material do direito à educação constante na Constituição Federal de 88, bem como no novo paradigma jurídico no trato da criança e do adolescente no País, que veio a ser regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, evidencia-se que tais dispositivos incorporaram o conteúdo de tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, reforçando a proteção ao direito à educação na esfera nacional.

O direito fundamental à educação é assegurado a todos de forma indiscriminada e universal, sendo dever do Estado a sua prestação, com a colaboração da família e da sociedade. Tal direito tem como um dos seus objetivos primordiais o preparo para o exercício da cidadania, constituindo-se, portanto, em um pressuposto para a efetivação do Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a “cidadania” e a “dignidade da pessoa humana”.

Cumprido ressaltar que o exercício da cidadania em um país marcado por profundas desigualdades sociais e econômicas, como o Brasil, somente se realizará mediante a ação concreta dos indivíduos, reconhecendo-se enquanto sujeitos de direitos e identificando as suas responsabilidades no processo de exigibilidade e exercício coletivo dos direitos individuais, coletivos e sociais, tendo em vista que não se pode conceber a garantia dos direitos civis e políticos sem a realização dos direitos de cunho social.

Nesse processo, o reconhecimento da educação como um direito fundamental assume papel relevante, tendo em vista que a educação é em si base constitutiva na formação do ser humano, sendo importante instrumento na compreensão da realidade e na percepção das possibilidades de transformação da ordem social, bem como na defesa e composição dos outros direitos. Assim, a luta pela educação como um direito de todos os brasileiros está em

consonância com os anseios de um novo projeto de sociedade, fundado na emancipação humana, sendo imprescindível o envolvimento de vários atores sociais nesse processo de promoção da cidadania plena no País.

Da análise do tratamento dispensado ao direito à educação, como um direito fundamental, pela Constituição brasileira de 88, conclui-se que este possui *status* hierárquico diferenciado, devendo ser orientado pelo princípio da aplicabilidade imediata, ou seja, suas normas possuem eficácia jurídica plena, sendo capazes de produzir efeitos a qualquer tempo, excluindo-se o caráter meramente programático das mesmas. Mencionado princípio deve ser considerado um “mandado de maximização”, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, devendo a recusa de sua aplicação ser necessariamente fundamentada e justificada à luz do caso concreto.

Importa ressaltar que o entendimento restritivo da proteção constitucional acima delineada, em favor apenas dos direitos e garantias individuais de tradição liberal, não coaduna com os fundamentos e princípios do Estado Democrático de Direito projetado pela Carta de 1988 e a sistemática de sua unidade. Isso porque a ausência de uma concretude integrativa entre os direitos individuais e sociais implicaria, sem dúvida, em mera abstração da dignidade humana e do exercício pleno da cidadania, não sendo possível alcançar a redução das desigualdades sociais, tampouco a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Assim, as normas delineadoras de direitos sociais também se sujeitam ao princípio da aplicabilidade imediata, na medida de sua eficácia, afastando o caráter programático das mesmas. Cabendo, entretanto, aos poderes públicos, posto que vinculados pelos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, a maximização da eficácia de suas normas, mediante a prioritária destinação dos recursos, bem como a proposição e a realização de políticas públicas, elementos necessários para a sua efetivação.

Conclui-se, assim, que o direito à educação, como um direito fundamental social, está sujeito ao regime jurídico de proteção diferenciado atribuído a estes pelo Constituinte, qual seja a orientação do princípio da aplicabilidade imediata de suas normas definidoras (art. 5º, § 1º), além de sua inclusão no rol de normas impossíveis de serem suprimidas pelo Constituinte derivado (art. 60, § 4º, IV). Tais medidas de proteção justificam-se pela condição deste direito como parte integrante do mínimo existencial, não podendo o Estado impedir a sua realização, seja por ação ou omissão, de natureza legislativa ou material.

Entretanto, apesar da existência e importância do mínimo existencial, alguns impõem restrições de caráter material à efetivação desses direitos, sobretudo, quando possuem natureza prestacional, como a maioria dos direitos sociais, incluindo o direito à educação.

Ao reconhecer expressamente o direito ao acesso ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo, a Constituição pretendeu, justamente, afastar tais entendimentos restritivos acerca da justiciabilidade de direitos sociais, reconhecendo maior potencial de efetividade ao direito à educação, sendo este exigível judicialmente, a qualquer tempo, quando da omissão ou atuação indevida na sua prestação, configurando-se, portanto, como um instrumento jurídico de controle da atuação do poder estatal.

Contudo o constituinte de 1988 explicitou o caráter de direito público subjetivo apenas em relação ao acesso ao ensino obrigatório e gratuito, que compreende o ensino fundamental, quando, na verdade, referido *status* deveria circunscrever-se a todo o sistema educacional, fundamentado na previsão constitucional de que a educação é um direito de *todos* e dever do Estado. Dessa forma, entende-se que, embora o legislador tenha optado por reforçar a possibilidade de exigibilidade plena em relação ao ensino fundamental, todas as outras relações jurídicas constitucionais afirmadas entre o Estado e os indivíduos, originando pretensões individuais, são plenamente exigíveis.

Referida opção tem reforçado posturas negativas, de interpretação e aplicação restritivas, no que toca ao dever estatal de assegurar o acesso à educação em todos os níveis de ensino, oriundas não apenas do Poder Executivo, responsável pela propositura e execução das políticas públicas educacionais, mas também por parte do Poder Judiciário, tendo em vista a suposta diferenciação no grau conferido às pretensões dos direitos educacionais em questão, dificultando, dessa forma, a exigibilidade do direito fundamental à educação em todos os níveis.

Nesse sentido, percebe-se que, embora o direito à educação esteja amplamente assegurado no ordenamento jurídico brasileiro e internacional, persistem casos de negação desse direito, fundados em discursos marcadamente ideológicos, em face das garantias jurídicas delineadas. Assim, não resta dúvida de que o direito à educação é plenamente exigível, entretanto a sua efetiva implementação exige um conjunto de mecanismos articulados de diferentes expressões, sejam elas políticas, sociais ou jurídicas.

Esse discurso ideológico de negação aos direitos sociais decorre do crescente processo de globalização atrelado aos modelos econômicos neoliberais, que impedem, ou não

priorizam, a realização de alguns direitos fundamentais, sobretudo os que exigem do Estado a realização de políticas públicas para a sua efetivação, sob o argumento da escassez de recursos.

Faz-se necessário, portanto, um enfrentamento por parte dos grupos sociais organizados a esse contexto, em que o Estado tende, cada vez mais, a desobrigar-se diante das facetas sociais, relegando ao mercado esse poder de intervenção, em um processo generalizado de privatização do público, favorecendo uma cultura de esvaziamento político e desapego aos processos de participação popular.

Esse enfrentamento, entretanto, somente será possível, através da junção de forças em um mesmo campo político, destacando-se, nesse sentido, a importância da mobilização da sociedade civil em torno da reivindicação de seus interesses, mediante a articulação de instrumentos jurídicos, políticos e sociais de exigibilidade de direitos, que, embora tenham sido amplamente delineados pela Constituição, carecem de ações prioritárias dos poderes públicos com vistas a sua efetivação.

Ainda, nesse contexto, evidenciam-se desafios aos movimentos sociais no exercício da crítica social e política propositiva, preservando sua autonomia frente aos interesses particulares de minorias detentoras do poder econômico, que possuem forte influência na determinação das opções prioritárias do Estado. Nesse sentido, cabe a esses sujeitos coletivos disputar as concepções e a incidência das políticas públicas de forma contundente, evitando que as decisões sejam restritas às esferas de poder estatais, considerando o impacto das mesmas nos processos vivenciados pela coletividade.

Destacam-se, como elementos imprescindíveis a esse exercício coletivo de direitos, a construção de uma cultura de afirmação de Direitos Humanos, bem como a instituição de uma educação para a resistência, em que as práticas pedagógicas sejam impulsionadoras da construção de uma nova ética social, pautada em valores humanísticos e solidários, constituindo-se a luta pela efetivação do direito à educação em parte desse processo educativo contestador.

Ademais, é preciso fortalecer os mecanismos de exigibilidade de direitos, bem como de participação nos processos políticos, compreendendo a política pública como direito do cidadão e dever do Estado, com vistas a um desenvolvimento sócio-econômico equilibrado e sustentável.

Vale ressaltar que a concretização de uma política pública educacional compreende não apenas a elaboração de planos, leis, ou, ainda, a realização de atos administrativos, mas, depende, sobretudo, da participação da sociedade nesses processos de elaboração e planejamento, definindo junto ao governo as prioridades e os meios adequados para atingir os fins estabelecidos, bem como na execução e na avaliação da política adotada, compreendendo o controle e a fiscalização de sua implementação.

Exige-se, ainda, para a efetivação do direito à educação de qualidade, uma qualificação da participação popular no controle social sobre a formulação, coordenação e execução das políticas públicas, inclusive as políticas econômicas, através do fortalecimento dos espaços públicos de controle, não devendo a atuação da sociedade civil nesses espaços limitar-se a posturas reativas frente aos desmandos dos governos, mas, sobretudo, devendo possuir caráter propositivo.

Destaca-se, ainda, a importância de uma atividade jurisdicional comprometida com a afirmação de direitos sociais, essenciais à dignidade humana, não consistindo referida atuação em ofensa ao princípio da separação dos poderes, sempre que imponha a obediência da Constituição Federal. Ao contrário, consiste em um instrumento legítimo consagrado pela própria democracia, indispensável à guarda dos direitos e garantias fundamentais. Ressalta-se, nesse caso, a importância da conjugação da estratégia judicial com a estratégia de mobilização social, tendo em vista que as respostas judiciais costumam ser lentas e insatisfatórias quando não há pressão social frente ao caso.

Dessa forma, conclui-se que o direito à educação, assim como outros direitos fundamentais, essenciais à preservação da dignidade humana, não se encerra em previsões legais, que embora tenham decorrido de processos de lutas sociais, são apenas indicativos de um determinado momento histórico, cabendo ao povo, titular legítimo desses direitos, seguir na (re)construção de suas configurações, conforme as demandas sociais atuais, afirmando-os na prática, sem, entretanto, deixar de reconhecer a importância das conquistas legais para a disputa de sua efetivação plena.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- Brasil. Ministério da Educação. **Educação para Todos: A Conferência de Nova Delhi**. Brasília: MEC, 1994.
- Campanha Nacional pelo Direito à Educação. **Reflexões sobre a Declaração Mundial de Educação para Todos**. São Paulo: Estação das Artes, 1999.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição. Coimbra-Portugal: Livraria Almedina, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 5ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- DUARTE, Clarice Seixas. **Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais**, in São Paulo em Perspectiva, 18(2): 113-118, 2004.
- FARIA, José Eduardo. **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. 1ª edição, 4ª tiragem. Malheiros Editores, 2005.
- FREIRE, Paulo. **Educação Como Prática da Liberdade**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.
- GARCIA, Emerson. **O direito à educação e suas perspectivas de efetividade**. Jus Navigandi. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5847>. Acesso em: 23 maio 2009.
- GENTILI, Pablo e FRIGOTTO Gaudêncio (Orgs.). **A cidadania negada: políticas de exclusão na educação e no trabalho**. São Paulo: Cortez, 2001.
- GOHN, Maria da Glória. **Movimentos Sociais e Educação**. São Paulo: Cortez, 2005.
- HADDAD, Sérgio e GRACIANO, Mariângela (Orgs.). **A educação entre os direitos humanos**. São Paulo: Ação Educativa, 2006.
- HORTA, José Luiz Borges. **Direito constitucional da educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007.

KONZEN, Afonso Armando (Coord. Geral). **Pela Justiça na Educação**. Brasília: Ministério da Educação. Fundo de Fortalecimento da Escola, 2000.

LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Direito à Educação: uma questão de Justiça**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MOTTA, Elias de Oliveira. **Direito Educacional e educação no século XXI: com comentários à nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Brasília: UNESCO, 1997.

Observatório da Equidade. **As desigualdades na escolarização no Brasil**. 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/observatoriодаequidade/relatorio2.htm>. Acesso em: 02 junho 2009.

PINSKY, Jaime e PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs.). **História da Cidadania**. 2ª edição. São Paulo: Editora Contexto, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

Plataforma DhESC Brasil. **Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais. O Cumprimento do PIDESC pelo Brasil. Contra Informe da Sociedade Civil – Resumo Executivo. Observações Conclusivas do Comitê. Comentários / Plataforma DhESC Brasil**. Brasília: Plataforma DhESC Brasil, 2003.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial**. Fortaleza: ABC Editora, 2005.

SALES, L. M. de M. (Org.). **Educação em Direitos Humanos**. Fortaleza: Expressão Gráfica e Editora, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Camilla Croso (Coord.). **Participação e controle social na educação**. São Paulo: Ação Educativa, 2008. Em questão; 5.

WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.