



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE FEIRA DE SANTANA
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

GEISEKELLY BOMFIM DE SANTANA

**A EFETIVAÇÃO DA EDUCAÇÃO DE QUALIDADE ATRAVÉS
DO PODER JUDICIÁRIO:
LIMITES E POSSIBILIDADES**

Feira de Santana
2010/2014

GEISEKELLY BOMFIM DE SANTANA

**A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO DE
QUALIDADE ATRAVÉS DO PODER JUDICIÁRIO:
LIMITES E POSSIBILIDADES**

Monografia apresentada ao Curso de graduação em Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana – UEFS, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, revista em 2014.

Feira de Santana
2010/2014

RESUMO

O objetivo principal do presente estudo, construído através de método qualitativo com técnica de pesquisa bibliográfica, é a verificação das possibilidades de o Poder Judiciário atuar como instância de efetivação do direito à educação de qualidade, bem como a fixação dos limites dessa atuação, especialmente na interferência de políticas públicas afetas à matéria. Para a consecução desse escopo, o trabalho foi dividido em três partes principais. No primeiro capítulo, estudou-se a evolução histórica do direito à educação de qualidade, na órbita internacional e no ordenamento jurídico brasileiro. Em seguida, coletou-se elementos que demonstram a densidade jurídica do direito à educação de qualidade. No último capítulo, estudou-se o neoconstitucionalismo como contexto no qual surge o debate acerca do ativismo judicial e a necessidade de concretização dos direitos fundamentais. Estudou-se a legitimidade do Poder Judiciário para influir nas políticas públicas relacionadas à educação de qualidade e foi analisada a aplicabilidade da reserva do possível ante as peculiaridades do direito à educação em questão, além de terem sido estabelecidos parâmetros de controle, a fim de evitar a impulsão de um ativismo judicial irresponsável e irrestrito. Por fim, ao analisar dados da litigância relacionada ao direito à educação, constatou-se um nível inexpressivo de demandas e se concluiu pelo papel da sociedade em transformar o Poder Judiciário em instância emancipadora do direito à educação de qualidade.

Palavras-chave: Direito à Educação de Qualidade; Justiciabilidade dos Direitos Sociais; Ativismo Judicial; Controle de Políticas Públicas.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	05
2	A EDUCAÇÃO DE QUALIDADE COMO DIREITO HUMANO E DIREITO FUNDAMENTAL: DO CENÁRIO MUNDIAL AO ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	09
2.1	NOÇÕES GERAIS E DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
2.2	CONFIGURAÇÃO UNIVERSAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO	15
2.2.1	Breve apanhado de marcos históricos da evolução mundial do direito à educação	15
2.2.2	Linha do tempo da proteção ao direito à educação no plano do direito internacional	20
2.3	O DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	27
3	TRAÇOS REVELADORES DA DENSIDADE JURÍDICA DO DIREITO A UMA EDUCAÇÃO DE QUALIDADE	35
3.1	O QUE É EDUCAÇÃO DE QUALIDADE?	35
3.1.1	A concepção da Unesco	35
3.1.2	Parâmetros positivos constitucionais sobre o conceito de educação de qualidade	40
3.2	O DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE COMO LIMITE DO PODER CONSTITUINTE	43
3.3	O DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE COMO DIREITO SOCIAL MULTIDIMENSIONAL	47
3.3.1	Conceito de direito social	47
3.3.2	A <i>multidimensionalidade</i> ou <i>transdimensionalidade</i> do direito à educação de qualidade	51
3.4	DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO	62
3.5	A EDUCAÇÃO COMO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL	64

4	LIMITES E POSSIBILIDADES DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO	69
4.1	RECORTE TEÓRICO-CONTEXTUAL: O NEOCONSTITUCIONALISMO E O ATIVISMO JUDICIAL	70
4.2	A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	75
4.2.1	A justiciabilidade dos direitos sociais: a legitimidade do Poder Judiciário para interferir nas políticas públicas	75
4.2.2	O custo dos direitos sociais, as políticas públicas e a cláusula da reserva do possível	80
4.2.3	Outros parâmetros de controle de políticas públicas direito à educação de qualidade	89
4.3	A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO SOB O VIÉS EMPÍRICO E O PAPEL DA SOCIEDADE EM SUA CONCRETIZAÇÃO	93
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	97
	REFERÊNCIAS	101

1 INTRODUÇÃO

Não obstante a Constituição da República, cuja vigência já ultrapassa vinte anos, tenha consignado o direito à educação [de qualidade] como direito fundamental de destacada relevância, nota-se que o Brasil ainda é envergonhado com a atribuição de baixos índices educacionais.

Nos últimos anos, houve uma tentativa de reverter esse panorama, com um grande movimento para por as pessoas na escola. Contudo, a preocupação com o acesso à educação não foi simultaneamente acompanhada pelo impulso da prestação de educação de qualidade, frustrando as finalidades constitucionais.

O direito à educação de qualidade erigido na Constituição não se coaduna com o mero despejar de indivíduos dentro dos limites das paredes de uma estrutura física com denominação de instituição de ensino. Trata-se de um direito com características definidas, que apenas pode ser considerado efetivado quando vise o *pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*. Apenas a educação de qualidade é apta para conseguir tais finalidades, e não o que tem ocorrido em larga escala.

Essa carência de efetividade conduz à inquietação de perscrutar como o Poder Judiciário enfrenta o problema, eis que se revela instância guardiã da Carta Magna, devendo restituir-lhe a força normativa sempre que contrariada ou ignorada.

No entanto, para que se permita que a efetivação do direito à educação de qualidade possa ocorrer através do Poder Judiciário, não basta asseverá-lo positivamente. Com cautela, é imperioso verificar os contornos dessa possibilidade e desvendar os seus limites. E é em torno dessa problemática que gravita o trabalho

sob apreço: Quais são os limites e as possibilidades de efetivação do direito à educação de qualidade através do Poder Judiciário?

Antes de demonstrar como se desenvolveu o trabalho para a consecução dos objetivos, necessária uma advertência preliminar: Durante a pesquisa, questionaram sobre a possível redundância na expressão educação de qualidade. Diante dos conceitos pedagógicos de educação, a crítica possui respaldo, pois uma instrução deficiente não é capaz de educar, isto é, formar e desenvolver o indivíduo. Assim, seria paradoxal uma educação que não cumprisse com seu objetivo de desenvolver a personalidade humana, eis que a qualidade deve ser uma característica ínsita à educação.

No entanto, a experiência mundial - e particularmente brasileira – exige a positivação do direito à educação acompanhada da locução “de qualidade”, pois não se pode permitir como opções: ou educação péssima para todos, ou boa educação para alguns. A finalidade do texto constitucional é garantir educação de qualidade para todos.

O máximo de realização constitucional que tem se alcançado expressivamente é a priorização do acesso à educação, especialmente ao nível fundamental gratuito, mas se nota a ausência de preocupação com a qualidade, ao passo em que tem se formado uma massa de analfabetos funcionais, indivíduos não capacitados para o trabalho, pessoas sem acesso à cultura formal, e, por conseguinte, impossibilitadas de atingir desenvolvimento pessoal satisfatório: tudo isso a despeito de terem frequentado a escola durante anos e até mesmo após lograrem a conclusão do nível médio.

Logo, para tornar indene de dúvidas que nosso objeto de estudo repousa na efetividade da educação de qualidade, utilizamos o termo em sua completude.

Para o deslinde do questionamento propulsor da investigação, o trabalho foi dissecado em três capítulos, e desenvolvido a partir da adoção do método de abordagem qualitativa, conciliado à técnica de pesquisa bibliográfica.

No primeiro capítulo, conceituou-se a educação e buscou-se acompanhar a sua consolidação enquanto direito humano e direito fundamental. Após uma breve distinção entre as categorias, fixamos alguns marcos reputados relevantes na seara estudada, bem como fizemos uma digressão histórica do

reconhecimento do direito à educação de qualidade nos instrumentos humanísticos internacionais e a sua inserção nas Constituições brasileiras.

Na seção seguinte, foram procurados elementos que demonstram a densidade do direito à educação de qualidade no estado atual do ordenamento jurídico. Para tanto, houve uma busca acerca da definição sobre a educação de qualidade, a fim de resguardar-lhe alguma objetividade e protegê-lo de concepções demasiado subjetivas.

Ainda no segundo capítulo, demonstrou-se que a densificação do direito à educação de qualidade ocorre sob várias perspectivas convergentes, na medida em que se impõe como limite mesmo ao Poder Constituinte, além de se tratar de um direito social transdimensional, fazendo-se presente em todas as dimensões dos direitos fundamentais, tanto como componente das categorias quanto como condição indispensável à realização dos demais direitos pertencentes a cada dimensão.

Na ótica da Constituição da República de 1988, constata-se também que o direito à educação de qualidade se propõe como direito público subjetivo, e, por ser realizado através de serviço público, submete-se à cláusula de qualidade inserta no artigo 37, §3º, inciso I.

Decantadas tais premissas, das quais decorre a inquestionável importância do direito à educação de qualidade, passou-se, no terceiro capítulo, ao cerne do trabalho, onde foi aclarado o debate que permitiu desvendar a problemática proposta. Por sua complexidade e relevância, o último capítulo foi subdividido em três tópicos correlacionados.

No primeiro momento, foram examinadas as relações entre neoconstitucionalismo e ativismo judicial, fixando-se o quadro contextual no qual se desenrolam diversas críticas e defesas para a atribuição ao Poder Judiciário a condição de instância apta a efetivar os direitos sociais.

Em seguida, debruçamo-nos sobre a justiciabilidade do direito à educação de qualidade. Diante das oposições e teses defensivas, perseguiu-se a consolidação de uma posição temperada, a qual afirme a possibilidade de afirmação do Poder Judiciário como instância emancipadora do direito à educação de qualidade e dos demais direitos sociais, desde que obedecidos alguns limites.

Para tanto, perscrutamos a legitimidade dos magistrados para influir em políticas públicas relacionadas a direitos sociais, analisamos as teses concernentes

aos custos dos direitos, as peculiaridades das políticas públicas enquanto instrumentos de realização dos direitos de segunda dimensão e as perspectivas que assume a cláusula da reserva do possível. Ademais, alguns parâmetros foram sugeridos para a intervenção na concretização do direito à educação de qualidade, a fim de evitar a impulsão de um ativismo judicial irrefreável.

Por fim, verificamos empiricamente algumas tendências de litígios e decisões tocantes ao direito à educação de qualidade, o que nos permitiu conduzir à conclusão do trabalho, que, por versar sobre efetividade, não pode se ater apenas à retórica das teses jurídicas, sem nenhuma consideração sobre a realidade.

Em suma, o itinerário percorrido permitiu defender a atuação do Poder Judiciário para efetivar o direito à educação de qualidade, a partir do enfoque da justiciabilidade dos direitos sociais, desde que a intervenção nas políticas públicas não ultrapassasse algumas fronteiras, limitando-se através de alguns parâmetros que se buscou desvendar.

2 A EDUCAÇÃO DE QUALIDADE COMO DIREITO HUMANO E DIREITO FUNDAMENTAL: DO CENÁRIO MUNDIAL AO ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Os estudos acerca da educação podem remontar às próprias bases da civilização, tendo em vista que ela sempre foi elemento para a disseminação da cultura e para a consolidação da História como a conhecemos.

Neste sentido, Lorenzo Luzuriaga defende:

A educação é componente tão fundamental da cultura, quanto a ciência, a arte ou a literatura. Sem ela não seria possível aquisição e transmissão da cultura, já que pela educação é que a cultura sobrevive no espírito humano. Estaria morta uma cultura sem educação.¹

A despeito de serem fartas as obras a respeito da educação, com enfoque de múltiplas disciplinas, tratará o presente trabalho da educação de qualidade enquanto direito, a fim de se possibilitar a exploração do tema sob o viés jurídico das possibilidades de interferência do Poder Judiciário para sua efetivação, como pretendido.

Antes, contudo, de adentrar na seara jurídica, faz-se necessário delinear um breve conceito da educação, dentre tantos existentes nas mais diversas ciências.

Na área pedagógica, ainda valendo-nos do ensinamento de Lorenzo Luzuriaga, entende-se por educação “a influência intencional e sistemática sobre o ser juvenil, com o propósito de formá-lo e desenvolvê-lo”. Continuando, acrescenta que pode também significar “a ação genérica, ampla, duma sociedade sobre as gerações jovens, com o fim de conservar e transmitir a existência coletiva”.²

¹ LUZURIAGA, Lorenzo. **História da educação e da pedagogia**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1955. p. 1

² Idem, *ibidem*. p. 1

De tal conceito pode-se extrair as finalidades pedagógicas da educação, mas importa ressaltar que não é ela apenas um processo cujo objeto se concentra exclusivamente no “ser juvenil”, pois todo ser humano hígido é capaz de educar-se, a senioridade não se opõe como óbice.

Em sua definição, Maria Garcia não incorre na mesma limitação do sujeito da educação, ao afirmar que se pode entendê-la como “*um processo contínuo de informação e de formação física e psíquica do ser humano para uma existência e coexistência*”³.

Embora o conceito de educação possa parecer intuitivo, defini-la é uma tarefa árdua que envolve estudos metajurídicos, o que não prejudica o fato de, após as transcritas conceituações, ser possível condensar noções acerca do vocábulo.

Diante de tais considerações, o escopo deste capítulo inaugural é analisar as configurações do direito à educação de qualidade, para tanto perpassando pelo delineamento da educação enquanto direito, com o acompanhamento de sua evolução nas Cartas Políticas brasileiras, além de perscrutar o que se entende por educação de qualidade.

2.1 NOÇÕES GERAIS E DIFERENCIAÇÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mediante a leitura dos conceitos supratranscritos, revela-se que, em comum, os estudiosos sinalizam que a educação é intrínseca à própria noção de ser humano. É mecanismo apto a desenvolver o indivíduo e a instrumentalizá-lo para lograr uma existência digna, o que é declarado como fundamento da República Federativa do Brasil, consoante o art. 1º, inciso III da Constituição Federal⁴.

Assim, utilizando-se o simples método exegético da dedução, se um dos fundamentos da República brasileira é a dignidade da pessoa humana, e se a

³ GARCIA, Maria. A nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, ano 6, nº 23, abril-jun. 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 59

⁴ Art. 1º da Constituição Federal: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana;

educação é condição para o indivíduo alçá-la, infere-se, portanto, que ela mesma integra tal princípio fundamental da República.

De maneira semelhante, Renato Alberto Teodoro di Dio já propugnava a inerência da educação ao próprio direito fundamental à vida digna, preconizando a hermenêutica constitucional proposta mesmo antes da promulgação da Carta Magna de 1988:

Admitindo-se que o direito fundamental é o direito à vida, o direito à educação surge com seu corolário. Com efeito, quando se preserva a vida, procura-se protegê-la para que seja uma vida digna, plena, produtiva e feliz. Se assim é, a educação apresenta-se como condição dessa dignidade, plenitude, produtividade e felicidade. Preservar-se a vida sem que, ao mesmo tempo, se criem condições para que o indivíduo desenvolva e atualize todas as suas potencialidades, mais do que um absurdo lógico, é uma claudicação moral. Manter-se o indivíduo vivo sem que se lhe garantam as possibilidades de realizar seus anseios naturais é assegurar uma expectativa de antemão frustrada. Mesmo porque o direito à vida não se cinge à preservação biológica mas se estende aos valores psicológicos, sociais, políticos e morais, que, sem um mínimo de educação, não chegarão a existir para o ser humano⁵.

O debate acima suscitado utiliza a expressão “direito fundamental” não no sentido técnico que vem sendo empregado nas discussões contemporâneas, mas sim como aquele direito adjetivado como o mais importante dentre os direitos, que os autores citados identificam como o direito à vida digna, ou, na terminologia da Constituição brasileira, “a dignidade da pessoa humana”.

Atualmente, a noção de direito fundamental não se distancia muito dessa versão. No entanto, a qualidade de fundamentalidade é estendida para diversos direitos, sendo que nenhum deles é prescindível. Aduz o estudioso Chinchilla Herrera:

Decir que existen derechos fundamentales significa que ciertas situaciones ventajosas, reconocidas por el orden jurídico como valiosas, la Constitución les asigna un nivel reforzado de protección o garantía muy superior al que se otorga a otras situaciones de legítima prerrogativa individual⁶.

A maior parte dos direitos fundamentais presentes nas cartas políticas atuais são reconhecidos como direitos humanos na órbita internacional.

⁵ DI DIO. Renato Alberto Teodoro. **Contribuição à sistematização do Direito Educacional**. Taubaté: Imprensa Universitária, 1982. p. 88

⁶ CHINCHILLA HERERRA, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 03.

No entanto, ao invés do que se possa inferir em virtude de as Constituições mais recentes repetirem o rol dos direitos humanos declarados em documentos internacionais, segundo Bobbio, a gênese dos direitos humanos pressupõe a anterior passagem por uma fase em que há sua positivação na ordem interna dos Estados.

O movimento dialético de criação dos direitos humanos, enquanto direitos universais, então envolveria três fases. Tomando-se por exemplo a consignação nas declarações de direitos: A primeira fase é o nascimento dos direitos como teorias filosóficas. O pensamento de que o indivíduo enquanto homem possui direitos, por natureza, tão-só por ser homem, impassíveis de subtração e inalienáveis, remonta ao jusnaturalismo moderno⁷, com Locke defendendo o direito inato do homem à liberdade no estado de natureza.⁸

Em seguida, tem-se a fase da internalização do direito no ordenamento jurídico interno dos países, progressivamente, positivando-o e o elevando à categoria própria de direito, influenciando determinadamente a própria concepção de Estado, que passa de irrestritamente poderoso a limitado pelas garantias do indivíduo.

No momento em que essas teorias são acolhidas pela primeira vez por um legislador, o que ocorre com as Declarações de Direitos do Estados Norte-americanos e da Revolução Francesa (um pouco depois), e postas na base de uma nova concepção de Estado – que não é mais absoluto e sim limitado, que não é mais um fim em si mesmo e sim meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência –, a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos.^{9 10}

Por fim, a terceira fase é marcada por ser a afirmação do direito, simultaneamente, *universal e positiva*. A universalidade se encontra na ideia de que não apenas os indivíduos de um ou outro Estado-nação são os titulares de tal direito, transcendendo as fronteiras da cidadania e se estendendo a todos os seres humanos. Além disso, o direito é positivo por estar encerrado em uma Declaração

⁷ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9a. ed Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28

⁸ Cf. LOCKE, John. **Ensaio Acerca do Entendimento Humano. Segundo tratado sobre o governo**. 5.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

⁹ BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 29

¹⁰ Ressalve-se que a inserção de um direito em um texto legal ou constitucional não lhe assegura efetividade. Bobbio não utilizou a palavra no sentido em seu atual sentido técnico-jurídico.

solene¹¹, com cunho de exigibilidade, não se tratando mais de simples ideologia ou mera proclamação.

Dessa forma, o processo dialético de desenvolvimento dos direitos humanos se inicia com sua universalidade abstrata, ideal, como direito natural, segundo a filosofia jurídica; Desenrola-se com a positivação dentro das órbitas jurídicas nacionais; Voltam à universalidade, mas dessa vez contando com a característica de positivos. Os direitos humanos, são, portanto, segundo Bobbio, “*direitos positivos universais*”:

A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais¹².

Utilizando-se as considerações expostas e apenas para que não sejam suscitadas dúvidas, impende trazer à baila uma sucinta diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, a fim de que reste claro o sentido dos termos quando utilizados no curso do trabalho.

Empregando livremente as ideias de Bobbio, propõe-se o conceito de que direitos humanos constituem o conjunto de direitos positivos universais, isto é, que não pertencem a cidadãos de um Estado em particular, mas sim à universalidade dos homens, e que tenham assim sido solenemente declarados na órbita internacional e exigíveis enquanto direito.

A seu passo, direitos fundamentais são aqueles positivados e de tal maneira reconhecidos pela Constituição de um Estado: a fundamentalidade deve possuir como referência o ápice de um ordenamento jurídico em particular.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins propõem a seguinte definição:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.¹³

No entanto, parece insuficiente ou inadequada a transcrita definição, por concentrar a ideia de direito fundamental apenas naqueles direitos que exigem uma postura abstencionista estatal, quando há também direitos fundamentais que

¹¹ No caso, Bobbio diz que a terceira fase se inicia e culmina na Declaração de Direitos de 1948.

¹² BOBBIO, Norberto. op. cit. p. 30

¹³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 48-49.

reclamam prestações positivas. Ademais, há também uma redução dos direitos fundamentais àqueles aptos a proteger apenas a liberdade individual, quando, reconhecidamente, há direitos fundamentais que não se conectam à liberdade apenas instrumentalmente, em uma das facetas, além daqueles que não protegem o indivíduo particularmente considerado.

Mais abrangente é a definição de Canotilho, para quem os direitos fundamentais “são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. [...] Os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.¹⁴

Há ainda autores que utilizam as expressões direitos humanos e direitos fundamentais como sinônimos, mas, no presente trabalho, utilizamos distintamente as expressões, conforme os autores mencionados, por rigor terminológico. Para arrebatar a diferença conceitual adotada, é possível se valer da lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)¹⁵.

Impende ressaltar que, no entanto, é notável que tais conceitos implicam uma distinção apenas formal, haja vista que o conteúdo de ambos - direitos humanos e direitos fundamentais – veiculam valores e normas que conduzem à dignidade da pessoa humana.¹⁶

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 393.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35-36

¹⁶ “Como se observa, a diferença entre direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, de acordo com a classificação adotada é meramente formal. Em termos de conteúdo, todos são valores ligados à idéia de dignidade da pessoa humana. Graças ao atual estágio de evolução do direito positivo brasileiro, sobretudo no âmbito do direito constitucional, bem como do direito internacional, pode-se dizer que existe uma coincidência material entre os direitos do homem, os direitos humanos e os direitos fundamentais. (LIMA, George Marmelstein. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005. p. 51)

2.2 CONFIGURAÇÃO UNIVERSAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO

2.2.1 Breve apanhado de marcos históricos da evolução mundial do direito à educação

Desde a Antiguidade, considerando as clássicas civilizações grega e romana¹⁷, a educação é tratada como uma questão elementar, ora para alcançar a plenitude do homem, ora para garantir a manutenção e a grandiosidade do Estado¹⁸.

Influenciando a Grécia Antiga, Aristóteles já defendia que a educação deve ser pública, traçando sugestões acerca de como deveriam ser divididas as fases da instrução para as crianças e jovens e propugnando que também as mulheres deveriam recebê-la.

Todas as suas justificativas para essas necessidades partiam do pressuposto do que seria melhor para edificação, conservação e elevação do Estado, considerado como fim de cada cidadão.

A educação das mulheres e das crianças deve ser da alçada do Estado, já que importa à felicidade do Estado que as mulheres e as crianças sejam virtuosas. Isto é mesmo do maior interesse, já que as mulheres constituem a metade das pessoas livres, e as crianças serão os que participarão do governo dos negócios públicos.¹⁹

Por ser a educação instrumento a serviço do Estado, Aristóteles defendeu que ela deveria ser ministrada a todos uniforme e publicamente, atribuindo à própria instituição estatal o ônus da instrução. Portanto, suas bases deveriam ser traçadas por legisladores e seu conteúdo conformado pela Constituição:

Em suas diversas fases, a educação das crianças se revela um dos primeiros cuidados do legislador. Ninguém o contesta. A negligência das cidades sobre este ponto é-lhes infinitamente nociva. Em toda parte a educação deve tomar como modelo a forma do governo. [...]

¹⁷ Sobre a importância da educação para os romanos cf. MARCO TÚLIO CÍCERO. **Dos deveres**, Livro I, IV, São Paulo, 2007.

¹⁸ Filósofos antigos como Aristóteles defendiam que as virtudes, os costumes e a moral dos homens devem ser desenvolvidas em virtude da concepção de Estado a que pertencem. O homem não deve ser pleno porque e conforme lhe convém, mas consoante interesse ao Estado, que é o fim último. Nesse sentido: “É preciso, ademais, que todo cidadão se convença de que ninguém é de si mesmo, mas todos pertencem ao Estado, de que cada um é parte e que, portanto, o governo de cada parte deve naturalmente ter como modelo o governo do todo”. (ARISTÓTELES, **A política**. São Paulo, 1998).

¹⁹ ARISTÓTELES. **A política**, Livro II, VI, São Paulo, 1998

Como não há senão um fim comum a todo o Estado, só deve haver uma mesma educação para todos os súditos. Ela deve ser feita não em particular, como hoje, quando cada um cuida de seus filhos, que educa segundo sua fantasia e conforme lhe agrada; ela deve ser feita em público.²⁰

Na Europa da Idade Média, a importância da educação foi concebida para servir aos ideais católicos, sendo que a instrução ficava, não raro, a cargo de eclesiásticos, a fim de preparar o indivíduo conforme as noções que lhes parecia essencial para a vida natural e a metafísica. A relação educação-direito ficou adstrita, ainda que implicitamente, aos ditames do Direito Canônico.

É interessante notar que na Idade Moderna, em 1748, Montesquieu retoma o ideário de Aristóteles: ao dissertar sobre as leis da educação, ratifica que a instrução, desde as mais tenras idades, deve considerar e preparar o indivíduo para exercer a cidadania de acordo com a forma de governo estabelecida no Estado, detalhe ao qual deveria estar atento o legislador:

As leis da educação são as primeiras que recebemos. E, como nos preparam para sermos cidadãos, cada família particular deve ser governada no mesmo plano da grande família que compreende todas. Se o povo em geral tem um princípio, as partes que o compõem, isto é, as famílias, também o terão. As leis da educação serão, portanto, diferentes em cada espécie de governo. Nas monarquias, terão como objeto a honra; nas repúblicas, a virtude; no despotismo, o temor.^{21 22}

De maneira semelhante, Locke, em sua obra *Dois Tratados do Governo Civil*, afirmou que o exercício da liberdade está condicionado ao discernimento do indivíduo no que concerne ao cumprimento dos seus deveres, motivo pelo qual devem os pais ser incumbidos da educação de seus filhos, dotados da imperfeição juvenil, “até que eles possam dirigir sua própria vontade, quando então serão considerados homens livres como seus pais”²³.

A despeito de tantos terem se debruçado sobre tais ideias filosóficas e juspolíticas, sendo que os nomes citados são meramente referenciais, melhor se

²⁰ Idem, *ibidem*.

²¹ MONTESQUIEU. Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p. 25.

²² É necessário colocar-se diante dessas ideias com uma postura crítica ou ao menos parcimoniosa. A educação deve ser um mecanismo para que o indivíduo alce a sua plenitude, e não deve estar contaminada ou se cingir ao modelo de governo em vigor, pois assim melhor se adequaria a noção de adestramento, em oposição à de educação.

²³ MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. **Direito à Educação de Qualidade**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009. p. 13

nota o nascer de um direito à educação a partir das Constituições erigidas no pós Revolução Francesa.

Na verdade, segundo Fábio Konder Comparato, a declaração de direitos presente na Constituição Francesa de 1791 fez com que se reconhecesse, “pela primeira vez na História, a existência de direitos humanos de caráter social”²⁴.

Nessa dissertação paradigmática e inaugural, estava clara a necessidade da educação como direito extensível aos mais desvalidos, através do estabelecimento da *Assistência Pública*. Além disso, o estabelecimento da instrução pública foi anunciada para todos:

Será criado e organizado um estabelecimento geral de socorros públicos para criar as crianças expostas, aliviar os pobres enfermos e prover trabalho aos pobres válidos que não o teriam achado.

Será criada uma instrução pública comum a todos os cidadãos, gratuita em relação àquelas partes de ensino indispensáveis para todos os homens, e cujos estabelecimentos serão distribuídos gradativamente numa relação que combine com a divisão (administrativa) do reino.²⁵

Ressalta-se ainda no bojo do texto da Carta o seu artigo 22, que aduz que “a instrução é uma necessidade de todos. A sociedade deve favorecer, com todos os seus poderes, os progressos da instrução pública, bem como pôr a instrução ao alcance de todos os cidadãos”.²⁶

Embora não esteja consignada nesta Constituição a locução “de qualidade”, impende frisar que já a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 pressagiava o direito à qualidade dos serviços públicos, ao passo em que conferia a todos os cidadãos “o direito de verificar, pessoalmente ou por meio de representantes, a necessidade da contribuição pública, bem como de consenti-la livremente, de fiscalizar o seu emprego”²⁷. Além disso, foi apregoado o direito da sociedade de *pedir* aos agentes públicos que prestassem contas de sua administração.

Lamentavelmente, contudo, a Constituição Francesa de 1795, ao instituir um governo provisório dito republicano, traz uma declaração de direitos despida dos

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 147.

²⁵ FRANÇA. **Constituição de 1791**. Textos e Documentos da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais: UFMG, [200-?]. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2010.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. op. cit. p. 157

²⁷ Idem, *ibidem*. p. 153

direitos sociais anteriormente reconhecidos (trabalho, assistência pública e instrução), além de desprovida das liberdades de opinião, expressão e culto. Em adendo, traz ainda uma lista de deveres do cidadão.

Junto à Declaração de Independência dos Estados Unidos, a Constituição americana de 1787 não se preocupou expressamente com a proteção à educação de qualidade. Não obstante, Alexis Tocqueville afirma que em 1835 foram tomadas providências para criar escolas em todas as comunidades locais e escolas superiores em distritos mais populosos, sendo os seus habitantes coagidos a apoiá-las firmemente, sob pena de multas.

Os magistrados municipais devem velar para que os pais enviem os filhos à escola; têm o direito de multar aqueles que se recusarem a fazê-lo; e se a resistência persistir, nessa altura a sociedade substituirá a família e tomará conta da criança, retirando aos pais os direitos que a natureza lhes concedera, mas que eles tão mal utilizavam.²⁸

Ainda no que concerne à positivação do direito à educação, pode-se apontar a Constituição Mexicana de 1917 como paradigmática, pois internalizou o ideário anarquista e canalizou diversas normas sociais, alçando-as à categoria de fundamentais. No rol de direitos que nitidamente tinham como principais destinatários os trabalhadores, foi inserto várias vezes o direito à educação de qualidade.

Ao ler o texto constitucional mexicano de 1917, percebe-se seu pioneirismo e seu vertiginoso avanço em relação aos demais Estados. Estimula-se especificamente a educação da mulher e são instituídas bolsas de estudos para os indígenas.

Artículo 2º, B, II: Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.²⁹

²⁸ TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da democracia na América**. Cascais: Principia, 2002

²⁹ MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Ciudad de México: [s.n.], [200-?]. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2010.

Sem prejuízo das disposições esparsas no texto da carta, a mais importante no que se refere ao direito à educação é o artigo terceiro, que compreende oito incisos e várias alíneas. Destaca-se a relevância de ser estabelecido que a educação deve ser laica, respeitar a interculturalidade, valorizar a herança cultural dos povos, promover a solidariedade internacional e o desenvolvimento harmônico das faculdades do ser humano.

Artículo 3º. Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado - federación, estados, Distrito Federal y municipios-, impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar, primaria y la secundaria conforman la educación básica obligatoria.

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

I. Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, dicha educación será laica y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa;

II. El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

A Constituição mexicana é considerada como precursora da fundamentalização dos direitos sociais. Ela antecede mesmo a Constituição alemã de Weimar e inaugura o tratamento que posteriormente é conferido pela internacionalização dos direitos humanos de segunda geração.

A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123). A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se afirmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o 'longo século XIX'; e nos Estados Unidos, a extensão dos direitos humanos ao campo socioeconômico ainda é largamente contestada. A Constituição de Weimar, em 1919, trilhou a mesma via da carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição mexicana³⁰

A partir dela, o direito à educação e os demais direitos sociais ganharam densidade nos textos jurídicos constitucionais e nos documentos de direito internacional, iniciando um ciclo em decorrência do qual tais direitos já são de constância obrigatória nas Cartas Políticas da atualidade.

³⁰ COMPARATO, Fábio Konder. op. cit. p. 184

As normas hodiernas não logram se afastar muito dos prenúncios da carta mexicana, tendo apenas aperfeiçoado o sistema de garantias do direito à educação de qualidade, como a destinação específica de receita, e instituído normas de bases e diretrizes para observância pelo legislador infraconstitucional.

Como exemplo, a Constituição Alemã de 1919, especialmente em seu artigo 145 e seguintes, estabeleceu de forma orgânica a configuração da instrução pública, fixando-lhe prazo mínimo em oito anos e estabelecendo níveis.³¹

2.2.2 Linha do tempo da proteção ao direito à educação no plano do direito internacional

A partir da Segunda Guerra Mundial, instaurou-se uma tendência à universalização dos direitos humanos mínimos, havendo iniciativas de cunho internacional para reforçar seu reconhecimento. Neste contexto, consagrou-se também o direito à educação, lembrado em tratados, cartas de princípios e acordos internacionais.

Ainda que implicitamente, o princípio da garantia de padrão de qualidade do serviço educacional reitera-se em vários acordos internacionais, incentivando o reconhecimento expresso nas mais recentes Convenções e nas Constituições dos seus Estados signatários.

Assim, o direito internacional deixou de meramente reconhecer o direito à educação para instituir a exigência de que a prestação do seu serviço seja realizado com qualidade, estabelecendo padrões mínimos.

Inaugurando a perspectiva de internacionalização do direito à educação, menciona-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 10 de

³¹ Art. 145 – A escolaridade é obrigatória para todos. Ela é realizada, fundamentalmente, pela escola popular em pelo menos oito anos letivos e pela anexa escola complementar, até os dezoito anos completos. O ensino e o material didático, na escola popular e na escola complementar, são gratuitos.

Art. 146 – A instrução pública é estruturada de forma orgânica. Para cada escola primária comum organiza-se uma escola média e uma escola superior. Para essa organização, o determinante é a pluralidade das vocações de vida, sendo que, para a admissão de uma criança em determinada escola, são levadas em conta suas aptidões e inclinações; não a situação econômica a posição social ou a religião de seus pais.

dezembro de 1948, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas. No que concerne ao direito à educação, assim dispunha a declaração:

Artigo XXVI - 1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem 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.³²

A despeito de carecer de poder de vinculação para os Estados subscritores, o documento serviu para sedimentar o respeito aos valores ali contidos, encetando, no mínimo, um compromisso diplomático de cumprimento.

Em verdade, a Corte Internacional de Justiça já emanou entendimento de que os direitos delineados na Declaração Universal de 1948 não são tão desprovidos de força, mas “correspondem, integralmente, ao que o costume e os princípios jurídicos internacionais reconhecem, hoje, como exigências básicas de respeito à dignidade humana”.³³

Em abril do ano de 1948 já havia sido realizada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, fruto da IX Conferência Internacional, sediada em Bogotá.

O referido instrumento considera a educação um mecanismo apto a desenvolver o indivíduo e prepará-lo para a sociedade, além de condicionar o exercício da educação aos princípios de liberdade, moralidade e solidariedade humana.

Art. XII - Toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios de 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

³² DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. In: CARVALHO, Júlio Marino de. **Os Direitos Humanos no Tempo e no Espaço: visualizados através do direito internacional, direito constitucional, direito penal e da história**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. p. 381-382.

³³ Tratou-se do caso julgado em 24 de maio de 1980, em que foram mantidos como reféns funcionários que trabalhavam na embaixada norte-americana em Teerã, cuja decisão assim foi: “privar indevidamente seres humanos de sua liberdade, e sujeitá-los a sofrer constrangimentos físicos é, em si mesmo, incompatível com os princípios da Carta das Nações Unidas e com os princípios fundamentais enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos” (International Court of Justice Reports apud COMPARATO, Fábio Konder. op. cit. p. 227)

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.

Na mesma oportunidade, foi aprovada a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, a qual dispõe, em seu artigo 4º, que "todo trabalhador tem direito a receber educação profissionalizante e técnica para aperfeiçoar suas aptidões e conhecimentos, obter maiores remunerações de seu trabalho e contribuir de modo eficiente para o desenvolvimento da produção". Para possibilitar esse direito, caberia ao Estado organizar "o ensino dos adultos e a aprendizagem dos jovens, de tal modo que permita assegurar o aprendizado efetivo de um ofício ou trabalho determinado, ao mesmo tempo em que provê a sua formação cultural, moral e cívica".

Outrossim, a Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil, reserva um dispositivo para determinar o direito da criança à educação, qual seja, o Princípio 7^o³⁴. Estabeleceu-se a compulsoriedade e gratuidade, no mínimo no grau primário, bem como se fixou como diretriz para a educação os *melhores interesses* da própria criança, incumbindo aos pais, em primeiro plano, essa responsabilidade.

A Conferência Geral da UNESCO, na sua 11.^a sessão, reunida em Paris de 14 de Novembro a 15 de Dezembro de 1960, deliberou a Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino, cuja suma relevância repousa em ter consignado expressamente, pela primeira vez, o direito à educação de qualidade.

Nesse sentido, o final do artigo 1º dispõe que, sempre que se menciona ensino, deve-se entender, ao menos implicitamente, a locução *de qualidade*: "para efeitos da presente Convenção, a palavra 'ensino' refere-se ao ensino de diversos

³⁴ Princípio 7º da Declaração dos Direitos da Criança: A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário. Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade. Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais. A criança terá ampla oportunidade para brincar e divertir-se, visando os propósitos mesmos da sua educação; a sociedade e as autoridades públicas empenhar-se-ão em promover o gozo deste direito.

tipos e graus e compreende o acesso ao ensino, o nível e a sua qualidade e as condições em que é ministrado”³⁵.

Tal convenção delimitou algumas formas de discriminação, no campo do ensino, ressaltando a separação por sexo e as instituições de ensino que adotam determinadas doutrinas religiosas, desde que sejam facultativas e obedeçam aos padrões estabelecidos pelas autoridades competentes.

Além disso, os Estados-Partes na Convenção comprometeram-se a formular, desenvolver e aplicar uma política nacional objetivando a promoção da igualdade de possibilidades e de tratamento no domínio do ensino e, especialmente:

[Art. 4º] a) Tornar gratuito e obrigatório o ensino primário; generalizar e tornar acessível a todos o ensino secundário nas suas diversas formas; tornar acessível a todos, em condições de igualdade total e segundo a capacidade de cada um, o ensino superior, e assegurar o cumprimento por todos da obrigação escolar prescrita pela lei;

b) Assegurar em todos os estabelecimentos públicos do mesmo grau um ensino do mesmo nível e condições equivalentes no que se refere à qualidade do ensino proporcionado;

c) Fomentar e intensificar, por métodos adequados, a educação das pessoas que não tenham recebido instrução primária ou que não a tenham recebido na sua totalidade e permitir que continuem os seus estudos em função das suas aptidões;

d) Assegurar, sem discriminação, a preparação para a profissão docente.

Em 16 de dezembro de 1966, ainda pela Assembleia Geral das Nações Unidas, foi realizado o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual protegeu, peremptoriamente, o direito à educação de qualidade.

Ademais de reconhecer o direito de toda pessoa à educação, a obrigatoriedade e gratuidade da educação primária, como já havia sido feito pela Convenção de 1960, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabeleceu que a educação secundária, nela compreendidas a técnica e a profissional, deve se generalizar e tornar-se acessível a todos, através da implementação progressiva do ensino gratuito. De igual forma, conforme a capacidade de cada um, a educação de nível superior também deveria tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.

³⁵ FRANÇA, et. al. Convenção relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino, de 14 de novembro de 1960. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tiduniversais/pd-conv-cdiscriminacao-ensino.html>>. Acesso em 30 out 2010.

Não menos importante, a educação dos adultos não foi olvidada, a despeito de ter sido limitada a uma “educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária”.

Dissertando sobre a Convenção em comento, aduz Comparato:

Os princípios enunciados [...] devem ser respeitados por toda e qualquer escola, seja ela pública ou particular [...]. O direito fundamental em questão tem por objeto não a simples instrução, mas sim a educação do ser humano; ou seja, a sua formação intelectual, moral e cívica. Com o objetivo de aprofundar a difusão mundial dos valores ético-políticos enunciados na alínea 1 do artigo 13³⁶, a UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura tem celebrado convênios com universidades, em várias partes do mundo, para a criação de Cátedras de Educação para a Paz, a Tolerância, a Democracia e os Direitos Humanos.³⁷

Mas não apenas o acesso a todos os níveis da educação foi defendido. Propugnou-se pela melhoria das condições materiais do corpo docente e pela observância de “padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado”, no caso de escolha, pelos pais, de escolas distintas das criadas pelas autoridades públicas.

No mesmo ano da promulgação da Constituição brasileira vigente, foi feito o Protocolo Adicional ao Pacto de San José da Costa Rica, também conhecido como Protocolo de San Salvador, cuja adoção se deu no XVIII Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA.

O Protocolo encerra normas já convencionadas nos instrumentos anteriores, como a implantação progressiva do ensino gratuito nos níveis secundário e superior e o acesso de ensino básico a pessoas que não tiveram, nos momentos mais desejáveis ou adequados, a instrução de primeiro grau. O acréscimo do Protocolo repousa em ter estabelecido “programas de ensino diferenciado para os

³⁶ Artigo 13, alínea 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.

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. op. cit. p. 356-357

deficientes, a fim de proporcionar instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental"³⁸.

Em 20 de novembro de 1989, a Assembléia Geral das Nações Unidas, por intermédio da Resolução XLIV, adotou a Convenção sobre os Direitos da Criança, que se distingue das demais, especialmente por haver disposto sobre a necessidade de adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar. Em adição, coube aos Estados-Partes promover e encorajar a cooperação internacional no âmbito educacional, “nomeadamente de forma a contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e a facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos modernos métodos de ensino”, atendendo-se às peculiaridades das necessidades dos países em desenvolvimento.

A partir dessa Convenção, em particular, é perceptível com mais clareza a preocupação internacional com a educação de qualidade, que efetivamente cumprisse a sua função de desenvolver a pessoa humana para uma vida digna. O acesso não deixa de ser abarcado em qualquer desses documentos internacionais, mas comparece como pressuposto. Inclui-se em pauta o problema do analfabetismo e da evasão escolar.

Esta preocupação internacional é bem delineada na Declaração Mundial de Educação para Todos, adotada na Conferência de Jomtien, na Tailândia, em 1990. O início de seu preâmbulo afirma que, há mais de quarenta anos antes, a Declaração Universal dos Direitos Humanos já havia reconhecido que “toda pessoa tem direito à educação”; contudo, apesar dos esforços, persistiam diversos problemas, dentre os quais foram listados o analfabetismo funcional dos adultos, além do fato de que, na época, mais de 100 milhões de crianças e incontáveis adultos não conseguiam concluir o ciclo básico, “e outros milhões, apesar de concluí-lo, não conseguem adquirir conhecimentos e habilidades essenciais”.

Assim, ainda no bojo do preâmbulo, foi dito que se estava “admitindo que [...] a educação que hoje é ministrada apresenta graves deficiências, que se faz

³⁸ No entanto, hodiernamente, defende-se a inserção de portadores de necessidades especiais nas mesmas escolas em que estudam as demais crianças, sempre que possível, cabendo à instituição de ensino se adequar às condições de tais educandos.

necessário torná-la mais relevante e melhorar sua **qualidade**³⁹, e que ela deveria estar universalmente disponível nos países do mundo inteiro para assegurar o direito à educação para todos.

O disposto no artigo 3º corrobora com a preocupação com a qualidade:

1. A educação básica deve ser proporcionada a todas as crianças, jovens e adultos. Para tanto, é necessário universalizá-la e melhorar sua qualidade, bem como tomar medidas efetivas para reduzir as desigualdades.
2. Para que a educação básica se torne eqüitativa, é mister oferecer a todas as crianças, jovens e adultos, a oportunidade de alcançar e manter um padrão mínimo de qualidade da aprendizagem.

Em abril de 2000 reuniu-se em Dakar a Cúpula de Chefes de Estado e de Governo convocada pelas Nações Unidas, oportunidade na qual se fixou o compromisso de alcançar os objetivos e as metas de Educação Para Todos (EPT) para cada cidadão e cada sociedade, quais sejam:

- i. expandir e melhorar o cuidado e a educação da criança pequena, especialmente para as crianças mais vulneráveis e em maior desvantagem;
- ii. assegurar que todas as crianças, com ênfase especial nas meninas e crianças em circunstâncias difíceis, tenham acesso à educação primária, obrigatória, gratuita e de **boa qualidade** até o ano 2015;
- iii. assegurar que as necessidades de aprendizagem de todos os jovens e adultos sejam atendidas pelo acesso eqüitativo à **aprendizagem apropriada**, a habilidades para a vida e à programas de formação para a cidadania;
- iv. alcançar uma melhoria de 50% nos níveis de alfabetização de adultos até 2015, especialmente para as mulheres, e acesso eqüitativo à educação básica e continuada para todos os adultos;
- v. eliminar disparidades de gênero na educação primária e secundária até 2005 e alcançar a igualdade de gênero na educação até 2015, com enfoque na garantia ao acesso e o desempenho pleno e equitativo de meninas na educação básica de boa qualidade;
- vi. melhorar todos os aspectos da qualidade da educação e assegurar excelência para todos, de forma a garantir a todos resultados reconhecidos e mensuráveis, especialmente na alfabetização, matemática e habilidades essenciais à vida.

Por derradeiro, pode-se citar a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural celebrada em 2001, cujo artigo 5 era peremptório em dizer que “os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, que são universais, indissociáveis e interdependentes”. Mais especificamente na área do direito à educação, dispôs-se que “toda pessoa deve, assim, poder expressar-se, criar e difundir suas obras na língua que deseje e, em particular, na sua língua materna;

³⁹ TAILÂNDIA et. al. Declaração Mundial sobre Educação para Todos: satisfação das necessidades básicas de aprendizagem. 1990. Documentos da UNESCO. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000862/086291por.pdf>>. Acesso em 30 out. 2010.

toda pessoa tem direito a uma educação e uma formação de qualidade que respeite plenamente sua identidade cultural”.

Hoje, é com bastante nitidez que se percebe a luta dos organismos internacionais na busca por uma educação efetiva e de qualidade. Periodicamente são realizadas conferências pela UNESCO na seara educacional, e o tema é alvo de debate em fóruns de todo o mundo, fomentando a educação como mecanismo de ascensão do indivíduo particularmente considerado e das nações em desenvolvimento.

2.3 O DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

No histórico constitucional brasileiro, sempre esteve presente o direito à educação, ainda que nem sempre revestido da adjetivação “de qualidade”. Não obstante, a preocupação com a *instrução* dos brasileiros foi objeto de preocupação de nossas constituintes, desde a primeira.

Após a declaração da independência, foi convocada por D. Pedro I, em 1823, uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa.

Dentro da assembleia, foi formado um grupo para tratar sobre a educação, sendo que o próprio imperador afirmava a necessidade de inaugurar uma legislação específica para a educação pública. Uma das ideias trazidas a lume pela comissão foi a instituição de um prêmio para aquele que trouxesse o melhor plano educacional. No entanto, nenhuma diretriz foi estabelecida, e as discussões da comissão cingiram-se a aspectos secundários como a premiação que seria dada.⁴⁰

Depois, o plano foi sendo esquecido e se passou a dar mais atenção à instituição de universidades, tendo em vista os anseios e as dificuldades pelas quais passavam os brasileiros que se dispunham a estudar nas universidades portuguesas.

⁴⁰ Cf. CHIZZOTTI, Antonio. A Constituinte de 1823 e a Educação. In: FÁVERO, Osmar (org.). **A Educação nas Constituintes Brasileiras: 1823-1988**. 3ª ed. Campinas: Autores Associados, 2005.

Contudo, por a Assembleia ter sido marcada por ideais nitidamente liberais, D. Pedro I dissolveu-a e criou um Conselho de Estado a fim de elaborar um projeto em consonância com a vontade de *Majestade Imperial*. Em consequência, adveio a Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824.

O texto da Constituição do Império incluiu a *instrução* dentre os “Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”, na forma do artigo 179, incisos XXXII e XXXIII, que garantiam a instrução primária e gratuita a todos os cidadãos e a instituição no território brasileiro de colégios e universidades, nos quais seriam ensinados “os elementos das Ciências, Bellas Letras, e Artes”.⁴¹

Apesar de haver erigido a educação como direito, durante o Império pouco se fez para solucionar os problemas da sua parca qualidade, herdada do período pré-independência, o que, consoante proposição de Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins, foi intencional, ante à falta de interesse de uma monarquia em formar súditos realmente esclarecidos e capazes de contestar a conjectura sob a qual viviam:

Entretanto, os problemas atuais continuam os mesmos do início das Escolas Régias do período pombalino (1759-1808): a falta de condições mínimas para o funcionamento das escolas públicas, desqualificação profissional do corpo docente e a remuneração inadequada de professores. Desde os seus primeiros passos, a profissão docente no Brasil foi, propositadamente, desvalorizada, nomeadamente, a responsável pelo ensino fundamental, na medida em que foi utilizada como instrumento de projeto político, para prejudicar a formação do titular do poder constituinte num Estado Democrático.⁴²

Por sua vez, Constituição Republicana de 1891, que teve por relator Rui Barbosa, não garantiu efetivamente a proteção ao direito de acesso ao ensino em seus diferentes níveis. Na repartição de competências, estabeleceu que caberia ao Congresso Nacional, *não privativamente*, a criação de instituições que promovessem o ensino leigo nos estabelecimentos públicos, além de criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados e prover a instrução secundária no Distrito Federal. Foram retiradas as referências à gratuidade e à obrigatoriedade do ensino.

⁴¹ BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil**. 25 de março de 1824. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em 01 nov. 2010.

⁴² MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. op. cit. p. 28.

Dentre outros, o mesmo relator da Constituição idealizou Reformas Educacionais ao ensino fundamental, cujos trabalhos destacavam a situação calamitosa na qual estava imerso o ensino público brasileiro, o que apenas poderia ser revertido com a imediata intervenção do Estado.⁴³

A Constituição de 1934, promulgada após a crise econômica de 1929 e sob o influxo dos movimentos por melhorias nas condições de trabalho, foi fortemente influenciada pela Constituição de Weimar de 1919, com uma perspectiva de um Estado Social de Bem-Estar.

Nesse contexto, como não poderia deixar de ser, foram evidenciados os direitos humanos de segunda dimensão, sendo que a educação ganhou um capítulo apartado no texto constitucional, com diversos detalhes, como um avanço exponencial em comparação às Constituições anteriores.⁴⁴ Assim iniciava, efetivamente⁴⁵, o tratamento constitucional do direito à educação:

Art. 149 - A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.⁴⁶

Com efeito, o ordenamento brasileiro voltou a exprimir que o ensino primário seria obrigatório e gratuito, inclusive para os adultos, além de prever a *tendência* de gratuidade para os níveis além do primário, a fim de melhorar sua acessibilidade.

Também foi instituído um sistema de repartição de incumbências entre os entes federativos em relação à educação, sendo que à União competia fixar o plano nacional de educação, compreensivo do ensino de todos os graus e ramos, determinar as condições de reconhecimento oficial dos estabelecimentos de ensino

⁴³ É curiosa a situação de Rui Barbosa ter apresentado trabalhos sobre as deficiências na educação brasileira, em 1882 e 1883, intitulados “Reforma do Ensino Secundário e Superior” e “Reforma do Ensino Primário e várias Instituições Complementares da Instrução Pública”, mas tais estudos não tiveram reflexos concretos na Constituição da qual foi relator.

⁴⁴ Trata-se do Capítulo II - Da Educação e da Cultura, inserto no Título V - Da Família, da Educação e da Cultura.

⁴⁵ Efetivamente, no sentido de mais particularmente no que se refere à educação, pois o dispositivo transcrito era precedido por outro artigo, dentro do mesmo capítulo, que assim dispunha: “Art 148 - Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual”.

⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 16 de julho de 1934. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 01 nov. 2010.

secundário e complementar, além de “exercer ação supletiva, onde se faça necessária, por deficiência de iniciativa ou de recursos e estimular a obra educativa em todo o País”.

Muito embora a Carta não tenha utilizado a expressão, era perceptível a sua preocupação com a educação *de qualidade* que seria ministrada, haja vista ter determinado que os professores apenas ocupariam os cargos de magistério oficial mediante concurso de títulos e provas. Outra disposição relevante trazida pela Constituição de 1934 foi a destinação de receitas resultantes dos impostos para a educação, em todos os âmbitos federativos, inclusive com porcentagens diferenciadas no meio rural⁴⁷.

No entanto, a Constituição de 1934 é a segunda mais efêmera da história constitucional brasileira⁴⁸, pois Getúlio Vargas, em 10 de novembro de 1937, deu o golpe ditatorial, fechando o Congresso Nacional, centralizando o poder e decretando estado de emergência em todo o país.

Em decorrência do golpe de Estado, foi outorgada a Carta de 1937, elaborada por Francisco Campos sob influência da Constituição polonesa fascista de 1935, razão pela qual foi apelidada de Polaca.

Dentre os diversos avanços que foram sucateados, foi prejudicado o direito à educação de qualidade. A obrigatoriedade e a gratuidade do ensino primário para os mais necessitados foi mantido, mas é possível colher de alguns dispositivos que a intenção do Estado era ministrar a educação apenas de forma suplementar.

Ainda, foi dada ênfase à educação física, ao ensino cívico e aos trabalhos manuais, tornados obrigatórios nos níveis primário e secundário, “não podendo nenhuma escola de qualquer desses graus ser autorizada ou reconhecida sem que satisfaça aquela exigência”.⁴⁹

Leciona Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins que se tratava, na verdade, de um *adestramento físico*, e que as disposições da Carta Política em

⁴⁷ Art 156 - A União e os Municípios aplicarão nunca menos de dez por cento, e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de vinte por cento, da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos. Parágrafo único - Para a realização do ensino nas zonas rurais, a União reservará no mínimo, vinte por cento das cotas destinadas à educação no respectivo orçamento anual.

⁴⁸ Se considerarmos a EC nº 1/1969 como uma manifestação de Poder Constituinte Originário.

⁴⁹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. 10 de novembro de 1937. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 01 nov. 2010.

comento não podem ser consideradas como instituidoras de uma educação de qualidade, pois, “com efeito, educação de qualidade não pode ser confundida com adoção de sistema educacional estatal que vise preparar os cidadãos à ideologia política imposta pelo Governo , como foi o caso do Estado Novo neste período”.⁵⁰

A perda de apoio militar por Getúlio Vargas culminou com a sua deposição pelas Forças Armadas, sendo que o Poder Executivo passou a ser exercido pelo então Presidente do STF José Linhares, até a superveniência da eleição por voto direto do General Gaspar Dutra para a presidência da República.

Sob essa conjuntura foi instalada em 1º de fevereiro de 1946 nova Assembleia Constituinte, cujo fruto foi a promulgação da Constituição em 18 de setembro de 1946, dotada de um impulso de redemocratização do país, com inspiração social na Carta republicana de 1934⁵¹.

O capítulo reservado à educação e à cultura já iniciara anunciando que a educação é direito de todos, devendo ser dada no lar e na escola. Sua inspiração deveria repousar “nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana”.⁵²

No que tange à qualidade da educação, foram retomados dispositivos como sobre a necessidade de concurso de títulos e provas para o provimento das cátedras, no ensino secundário oficial e no superior oficial ou livre⁵³, além da destinação específica de receitas para a educação⁵⁴, tudo à semelhança da Constituição de 1934.

Ademais, foi sob a égide da Carta Política de 1946 que foi editada a primeira a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, assim denominada, (Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961), a qual “estabeleceu

⁵⁰ MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. Op. Cit. p. 31.

⁵¹ No concernente ao direito à educação, retomou-se até a estrutura da Constituição de 1934, com a reserva de um capítulo específico para a educação e a cultura, dentro de um Título denominado “Da Família, da Educação e da Cultura.

⁵² BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. 10 de novembro de 1937. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 01 nov. 2010.

⁵³ Art. 168, inc. VI: Art 168 - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios: [omissis] VI - para o provimento das cátedras, no ensino secundário oficial e no superior oficial ou livre, exigir-se-á concurso de títulos e provas. Aos professores, admitidos por concurso de títulos e provas, será assegurada a vitaliciedade;

⁵⁴ Art 169 - Anualmente, a União aplicará nunca menos de dez por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nunca menos de vinte por cento da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino.

relevantes avanços normativos à busca da efetividade do ensino em todas as suas fases”⁵⁵.

Não obstante ter consolidado o Golpe Militar de 1964, a Constituição outorgada de 1967, ao menos textualmente, não estabeleceu um retrocesso no âmbito do direito à educação, tendo mantido essencialmente os dispositivos existentes na ordem anterior, retirando, no entanto, a destinação específica de verbas para a educação e a necessidade de concurso público para provimento dos cargos de docência. Estabeleceu-se pela primeira vez uma faixa etária para delimitar a obrigatoriedade do ensino primário, qual seja, de sete a 14 anos.

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 01 de 17 de Outubro de 1969, que, em verdade, inaugurou uma nova ordem constitucional, motivo pelo qual é conhecida como a Constituição de 1969, repetiu quase na íntegra as normas da Constituição de 1967⁵⁶, mas estabeleceu um avanço ao determinar expressamente a responsabilidade estatal na oferta da educação, com a simples declaração de que “a educação é direito de todos e dever do Estado”.

Foram publicadas na vigência desta Carta as Leis nº 5.540/68 e nº 5.692/71, as quais modificaram a nomenclatura dos ensinos primário e médio para ensinos de primeiro e segundo graus, respectivamente, e instituíram reformas que abarcavam a finalização completa do primeiro e segundo graus com a duração de onze anos. Contudo, admitia-se também a sua conclusão antecipada caso houvesse algum preparo para adentrar no mercado de trabalho, instaurando uma lógica que prejudicava a qualidade dos educandos e comprometia a formação do indivíduo. É o que explica Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins:

As reformas dos ensinos primário e médio foram consubstanciadas nos princípios da integração vertical e horizontal, continuidade-terminalidade, racionalização-concentração e flexibilidade, introduzindo a distinção entre terminalidade ideal ou legal e a terminalidade real. A primeira correspondia à escolaridade completa de primeiro e segundo graus com a duração de onze anos (oito anos do primeiro grau e três anos do segundo), e a segundo implicou a antecipação da formação profissional a garantir que todos, mesmo aqueles que não chegassem ao segundo grau ou não completasse o primeiro grau, saíssem da escola com algum preparo profissional para ingressar no mercado de trabalho, em prejuízo, pois, do acesso ao ensino de qualidade às regiões mais carentes .

⁵⁵ MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. op. cit. p. 32

⁵⁶ Interessante notar que não foi o então Presidente da República Costa e Silva que editou a Emenda Constitucional, cuja autoria, conforme consta do próprio documento, foi dos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar.

Essa nova política educacional ao acesso ao ensino fundamental só fez aumentar o número de analfabetos funcionais, que tiveram acesso à oferta de ensino fundamental público totalmente inadequado, uma vez que a terminalidade real poderia resultar abaixo da legal, podendo, no limite, não ultrapassar os quatro anos correspondentes ao antigo curso primário. Pleiteava-se preparar o profissional para passar diretamente ao mercado de trabalho, independentemente da qualidade do ensino.⁵⁷

Por derradeiro, houve o advento da Constituição da República de 1988, com o mais completo arcabouço de normas constitucionais direcionadas a proteger o direito à educação de qualidade. A locução adjetiva, inclusive, aparece no texto.

Entre os progressos da Constituição Brasileira da Educação, concentrou-se a preocupação do constituinte em garantir o direito ao padrão mínimo de qualidade de ensino, fazendo-se oportuno ressaltar que “a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, e será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Ademais, foram estabelecidos princípios para nortear o ensino em todos os graus, nomeadamente, o fundamental, como a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; o pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; valorização dos profissionais do ensino, garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, a gestão democrática do ensino público e a **garantia de padrão de qualidade** (artigo 206);

Foram priorizadas políticas públicas concebidas para fomentar o ensino fundamental em relação aos demais graus, bem como erradicar o analfabetismo mediante um ensino de qualidade mínima⁵⁸:

A imposição ao Poder Público de que a educação é um dever que lhe incumbe, e em contrapartida é um direito de todos, resultou na criação de um direito

⁵⁷ MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. op. cit. p. 33

⁵⁸ Art. 208 - I – acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II – progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; 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 (artigo 208);

público subjetivo de obter ensino no grau primário, “cujo não oferecimento, ou sua oferta irregular, importaria responsabilidade da autoridade competente”. Foi também imposta ao Poder Público a necessidade de recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela sua frequência à escola.⁵⁹

Não obstante o ensino seja livre à iniciativa privada, as instituições particulares devem cumprir as normas gerais da educação nacional fixadas em lei específica e mediante autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Foi também instituída destinação específica de receitas para a educação, e o não repasse das mesmas é causa de intervenção da União nos Estados ou Distrito Federal ou dos Estados nos Municípios, excetuando o equilíbrio do pacto federativo.

Incumbiu-se ainda o texto constitucional de traçar metas a serem abarcadas pelo instrumento normativo que dispusesse sobre o plano nacional de educação, objetivando a articulação e o desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, a fim de erradicar o analfabetismo, universalizar o atendimento escolar, melhorar a qualidade do ensino, formar para o trabalho e promover humanística, científica e tecnologicamente o País.

⁵⁹ MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. op. cit. p. 37

3 TRAÇOS REVELADORES DA DENSIDADE JURÍDICA DO DIREITO A UMA EDUCAÇÃO DE QUALIDADE

Após perscrutar o histórico do direito à educação, podem surgir dúvidas acerca da exigibilidade jurídica de que a prestação desse direito deva ser de qualidade. Estar-se-ia forçando os limites da reserva do possível ao se pretender mais do que um mero direito à educação, mas um direito à educação de qualidade? Defender ou pensar que o Poder Judiciário pode proteger o direito à educação de qualidade seria impulsionar o ativismo judicial desvairadamente? Seria invadir o âmbito de competências dos Poderes aptos a estabelecer políticas públicas, a quem incumbe definir a qualidade dos serviços conforme o orçamento disponível?

Para solucionar esses questionamentos, e mesmo para desvendar a problemática central que permeia o presente trabalho, faz-se necessário analisar qual a densidade jurídica do direito à educação estabelecida pelo Poder Constituinte, sob cujas normas o ordenamento brasileiro se encontra amalgamado.

3.1 O QUE É EDUCAÇÃO DE QUALIDADE?

3.1.1 A concepção da UNESCO

Determinar o que se entende por educação de qualidade é uma tarefa que, a princípio, envolve juízo de valor e conduz a conteúdos diferentes a partir dos

diversos referenciais que podem ser adotados: os perfis políticos, econômicos e sociais da comunidade, o momento histórico, a ideologia dos educadores ou instituidores das políticas educacionais, em benefício de quem ou de quem ela é ministrada e qual objetivo se pretende alcançar por seu intermédio, dentre tantos outros recortes possíveis.

Sobre as dificuldades conceituais do direito à educação de qualidade, assim corrobora relatório emitido pela UNESCO:

Trata-se de um conceito de grande diversidade de significados, com frequência não coincidentes entre os diferentes atores, porque implica um juízo de valor concernente ao tipo de educação que se queira para formar um ideal de pessoa e de sociedade. As qualidades que se exigem do ensino estão condicionadas por fatores ideológicos e políticos, pelos sentidos que se atribuem à educação num momento dado e em uma sociedade concreta, pelas diferentes concepções sobre o desenvolvimento humano e a aprendizagem, ou pelos valores predominantes em uma determinada cultura. Esses fatores são dinâmicos e mutantes, razão por que a definição de uma educação de qualidade também varia em diferentes períodos, de uma sociedade para outra e de alguns grupos ou indivíduos para outros.⁶⁰

Assim sendo, muitos são os vieses propostos para uma definição do que seja a educação de qualidade. Entre várias apontáveis⁶¹, algumas levam em consideração os indicadores e resultados de exames de aprendizagem⁶², outras se constroem sobre uma perspectiva economicista, através de conceitos como eficácia, eficiência⁶³ e competitividade.

Ainda que possua o mérito de cotejar mais objetivamente o rendimento dos alunos e permitir a comparação de progressos entre os educandos de

⁶⁰ UNESCO. **Educação de qualidade para todos: um assunto de direitos humanos**. Brasília: UNESCO, OREALC, 2007. p. 29

⁶¹ Por exemplo, há quem identifica cinco perspectivas de identificação de uma educação de qualidade: “O levantamento indica cinco principais recortes dados à temática da qualidade. O primeiro vincula-a ao processo de expansão da escolarização, especialmente do ensino fundamental, que forjou uma nova realidade educacional no país. O segundo enxerga nos resultados de aprendizagem, principalmente os aferidos pelas provas de larga escala, o principal significado de qualidade que circula na sociedade. O seguinte aborda o desenvolvimento da pauta da qualidade numa perspectiva economicista. Um quarto recorte propõe que a qualidade seja examinada à luz de questões relativas à diversidade, como o direito às identidades, à pluralidade cultural e às diferenças. Por fim, o último recorte apregoa que a principal questão que emerge ao discutir a temática da qualidade é o próprio modelo de educação vigente, sendo necessário, mais do que melhorar, reestruturar e transformar a educação”. (GUSMÃO, Joana Borges Buarque de. **A Construção do Tema da Qualidade no Brasil**. São Paulo: ANPAE, 2009. Disponível em: <www.anpae.org.br/congressos_antigos/simposio2009/153.pdf>. Acesso em 07 nov. 2010.)

⁶² Cf. OLIVEIRA, Romualdo Portela. **Estado e política educacional no Brasil: desafios do século XXI**. 2006. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

⁶³ Os conceitos de eficiência e eficácia mencionados não são os mesmos geralmente adotados pela comunidade jurídica, como se verificará.

determinadas escolas ou países, critica-se a insuficiência dos resultados de exames de aprendizagem como principal parâmetro de aferição da qualidade da educação. Isso porque, entre outras coisas, a educação é avaliada como uma atividade “em si mesma”, desconsiderando a sua instrumentalidade: verifica-se se o aluno compreendeu o conteúdo ministrado, mas não é possível dizer se ele se desenvolveu enquanto pessoa ou está apto para se inserir na comunidade como sujeito social ativo⁶⁴.

A perspectiva economicista se pauta nos conceitos econômicos de eficiência e eficácia. O primeiro exige a otimização de elementos como tempo, custos e benefícios alcançados pela prestação do serviço educacional. A eficácia, por sua vez, traduz-se na relação entre os resultados extrínsecos alcançados e os objetivos extrínsecos traçados. Utilizando-se os exemplos de Carlos Eduardo Behrmann Rátis, “na seara educacional, serviço educacional eficaz tão somente corresponderia à erradicação do analfabetismo, matrícula de todas as crianças e adolescentes no ensino fundamental etc., independentemente da qualidade do ensino prestado”⁶⁵.

Essas perspectivas têm suas contribuições, mas não são suficientes para um mais amplo delineamento da educação de qualidade segundo as necessidades identificadas hodiernamente. Assim, a UNESCO propõe a conceituação de educação de qualidade com base nos tratados e convenções emitidos nessa matéria, enfocando principalmente a sua anunciada finalidade na perspectiva dos direitos humanos.

Nesse sentido, toma-se como parâmetro, dentre documentos de direitos internacionais e ordenamentos internos de vários países, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 26, o qual preceitua que *a educação terá por objeto o pleno desenvolvimento da personalidade humana e o fortalecimento do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais; favorecerá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos étnicos ou religiosos; e promoverá o desenvolvimento das atividades das nações unidas para a manutenção da paz.*

⁶⁴ Cf. CASASSUS, Juan. **A escola e a desigualdade**. Tradução Lia Zatz. 2. ed. Brasília: Líber Livro Editora, Unesco, 2007.

⁶⁵ MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. op. cit. p. 42

A partir desse enfoque, a educação de qualidade deve abarcar as seguintes dimensões: respeito aos direitos humanos, equidade, pertinência e relevância, além das já brevemente estudadas eficácia e eficiência.

No que concerne à equidade, pensava-se que a universalização do acesso à educação implicaria necessariamente uma redução da qualidade. Esse pensamento permeou polêmicas no Brasil durante o século XX, especialmente porque, até a década de 1980, a preocupação latente era ampliar o acesso à educação; a democracia exigia esse primeiro passo.

Dessa forma, para alguns poderia soar como razoável justificar a queda na qualidade de ensino, segundo alguns indicadores, em virtude da ampliação no acesso, instituindo uma equação quase como *acesso à educação para todos é igual a educação pior para todos*.

E esse discurso pode ser identificado, por exemplo, na fala do então Ministro da Educação Fernando Haddad, para quem “é verdade que vários estudos demonstram que, não raramente, o processo de universalização do acesso à educação vem acompanhado da queda de qualidade do ensino”.⁶⁶

Contudo, segundo a UNESCO, a equidade na educação é dimensão indissociável da efetivação de sua qualidade: será de qualidade a educação quando ofereça os recursos e o suporte necessários para que alcance as finalidades das quais é instrumento, quando cada estudante logre o nível máximo de desenvolvimento e aprendizagem de acordo com suas capacidades.

Ou seja, quando todos os estudantes, e não só aqueles que pertencem às classes e culturas dominantes, desenvolvem as competências necessárias para exercer a cidadania, inserir-se na atual sociedade do conhecimento, ter acesso a um emprego digno e exercer sua liberdade. Sob essa perspectiva, a equidade⁶⁷ se converte numa dimensão essencial para avaliar a qualidade da educação.

⁶⁶ HADDAD, Fernando. Petróleo e qualidade da educação. **Folha de S. Paulo**, 31/08/2008, A, p. 3. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/folha_artigo_haddad.pdf>. Acesso em 08 out. 2010.

⁶⁷ Importa notar que o substantivo utilizado foi *equidade*, e não *igualdade*, pois apresentam uma diferença conceitual. Segundo a UNESCO, a equidade é um resultado do balanceamento entre igualdade e diferenciação, “porque somente uma educação ajustada às necessidades de cada um garantirá que todas as pessoas tenham as mesmas oportunidades de tornar efetivos seus direitos e alcançar os fins da educação em condições de igualdade”. (UNESCO. op. cit. p. 39)

A abrangência do termo equidade aqui deve ser compreendida não apenas como equidade de acesso⁶⁸, mas, além disso, como equidade nos recursos e na qualidade dos processos educacionais⁶⁹ e equidade nos resultados de aprendizagem⁷⁰.

Ultrapassado este aspecto, resta tecer alguns comentários sobre o que são relevância e pertinência na educação. Tratam-se, à evidência, de conceitos relativos, mas o ponto inicial para a sua perscrutação pode repousar em questionamentos: Educação relevante para quê? Educação pertinente (adequada) para quem?

Relevância e pertinência são duas qualidades fundamentais da educação estreitamente relacionadas entre si, que respondem às seguintes perguntas: educação para quê? e educação para quem? Dentro de um enfoque de direitos, além de enfrentar a exclusão, é necessário perguntar-se quais são as finalidades da educação e se estas representam as aspirações do conjunto da sociedade, e não somente as de determinados grupos de poder dentro dela.⁷¹

Nesse sentido, é possível verificar que a relevância da educação está intrinsecamente atrelada às suas finalidades: caso a educação ministrada esteja em consonância com a consecução dos escopos para os quais foi designada, será relevante. No contexto dos direitos humanos, expressos em documentos internacionais, identifica-se que o objetivo precípua da educação deve ser o pleno desenvolvimento da personalidade e dignidade humanas.

A pertinência, por seu turno, pode ser também manifestada como adequação. Apenas se pode declarar pertinente a educação caso ela se amolde às idiosincrasias do alunado, respeitando a diversidade que o compõe, bem como as díspares necessidades e os contextos político-econômico-sociais dos seus integrantes.

⁶⁸ Quando as oportunidades de acessar os diferentes níveis de ensino, ou alguma ação ou programa, são as mesmas para todos, sem distinção de nenhuma natureza, o pleno acesso de toda a população à educação e a continuidade dos estudos requerem que o Estado garanta escolas disponíveis, acessáveis e acessíveis para todos. (Idem, ibidem. p. 40).

⁶⁹ “A igualdade de oportunidades nos recursos e na qualidade dos processos educacionais exige um tratamento diferenciado, mas não-discriminatório ou excludente no que se refere aos recursos financeiros, materiais, humanos, tecnológicos e pedagógicos, segundo as diferentes necessidades das pessoas ou grupos, com o objetivo de conseguir resultados de aprendizagens equiparáveis”. (Idem, ibidem. p. 42)

⁷⁰ “Quer dizer que as diferenças nos resultados não reproduzam as desigualdades de origem dos estudantes nem condicionem suas opções de futuro”. (Idem, ibidem. p. 42)

⁷¹ Idem, ibidem. p. 46

Em suma, sob essa ótica, tomando-se como parâmetro a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a educação de qualidade se concretiza quando impulsiona no educando o respeito aos direitos humanos, é equânime, pertinente, relevante, eficiente e eficaz, e, ao reunir esses elementos, alcança o objetivo de desenvolver a personalidade e a dignidade humanas.

3.1.2 Parâmetros positivos constitucionais sobre o conceito de educação de qualidade

É perceptível que o delineamento da educação de qualidade na concepção da UNESCO diversas vezes se apegua a caracteres axiológicos discricionários, os quais podem fugir à cognição jurídica dos membros do Poder Judiciário. Contudo, deve-se colher que o órgão internacional apenas iniciou a discussão após buscar um respaldo normativo que legitimasse suas conclusões.

De igual forma devem proceder os magistrados ao se deparar com casos concretos que exijam a efetivação do direito à educação de qualidade – devem encontrar apoio nas normas de direito internacional e nas normas constitucionais ou infraconstitucionais que constituem a amálgama do ordenamento jurídico.

Quando a Constituição menciona o direito à educação de qualidade, e fala em padrão mínimo de qualidade do ensino⁷², não traz uma norma de conceito jurídico tão aberto ou indeterminado, pois a própria Carta aponta o que deve ser compreendido pela expressão.

Primeiro, nota-se que – de forma semelhante à Declaração Universal – o Constituinte pátrio estabeleceu como finalidades precípuas da educação “**o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua**

⁷² 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;

qualificação para o trabalho⁷³. Quando não promover esses objetivos, a educação carecerá de qualidade, por ausência de relevância e pertinência, ensejando, assim, a interferência do Poder Judiciário.

Outrossim, o texto constitucional expressa vários princípios conformadores do direito à educação de qualidade, os quais são dotados de força normativa⁷⁴ e não podem ser ignorados, seja pelo legislador infraconstitucional, seja pelos órgãos do Poder Executivo na implementação de políticas públicas:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
 I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;⁷⁵
 II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
 III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino⁷⁶;
 IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
 V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
 VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
 VII - garantia de padrão de qualidade.
 VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Não apenas o inciso VII do artigo supramencionado consolida o direito à educação *de qualidade*, por manifestá-la expressamente. Com efeito, cada um dos incisos transcritos revela o compromisso do Constituinte em garantir que a realização do direito à educação seja com qualidade: o cuidado com as condições do corpo docente (*inc. V e VIII*), a adoção de valores da democracia na gestão educacional (*inc. VI*) e a multifacetária expressão da liberdade – tanto para educadores como para educandos, além de outros atores que influenciam a formação (*inc. II*) – corroboram com a existência desse pacto.

⁷³ Constituição da República, art. 205, *caput*.

⁷⁴ Segundo Alexy: “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, por conseguinte, mandados de otimização. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus diferentes. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. Estas são, além de regras, determinadas essencialmente por princípios em sentido contrário”. (ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 64)

Ainda sobre força normativa dos princípios: cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios jurídicos**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006

⁷⁵ Este é um dos pilares da equidade.

⁷⁶ Pode-se identificar esse inciso como um dos elementos da pertinência.

É possível reconhecer a consubstanciação do elemento equidade no inciso I, pois não se garantiu simplesmente a igualdade no acesso, mas sim a igualdade de condições para acessar e, sobretudo, permanecer na escola.

Ademais, quando são declaradas as bandeiras do pluralismo, da democracia e da liberdade, notam-se indícios da observância da pertinência na educação, sendo que tais princípios permitem dar à questão “*educação para quem?*” a seguinte resposta: “*educação para todos*”.

A Constituição também estabelece, em seu artigo 208, garantias mediante as quais deve ser efetivado o dever do Estado com a prestação da educação, as quais revelam a obrigação de que tal múnus se cumpra com qualidade.

Assim, por exemplo, além do acesso progressivo a todos os níveis de instrução, é estabelecido o atendimento especializado aos portadores de deficiência, “preferencialmente na rede regular de ensino”, opção essa que se coaduna com a inserção dessas pessoas na comunidade, evitando maior segregação, ao mesmo passo em que permite o alcance das competências através da consideração de suas necessidades específicas.

Por derradeiro, o art. 214 da Magna Carta delega ao Poder Legislativo a incumbência de elaborar o plano nacional de educação, de duração decenal⁷⁷, objetivando *articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas*.

Contudo, desde a promulgação da Constituição já foram fixados matizes que o plano nacional de educação deve contemplar:

Art. 214 [...]:

- I - erradicação do analfabetismo;
- II - universalização do atendimento escolar;
- III - melhoria da qualidade do ensino;
- IV - formação para o trabalho;
- V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.
- VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.⁷⁸

⁷⁷ A duração do plano educacional foi recentemente modificada, pois, até a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 59 de 2009, a duração do plano era de apenas um ano.

⁷⁸ Este inciso também foi inserido pela EC nº59/2009, não constando do texto inicial da Carta.

Dessa forma, a par de fundar um conjunto de normas provenientes do Poder Constituinte que, *per si*, já tornam indubitável a existência do direito à educação de qualidade, a Carta Política delimitou competências para os entes federados e traçou linhas para a formulação pelo legislador infraconstitucional de um plano educacional para toda a nação, manifestando seu desvelo com a qualidade.

Sem embargo, não apenas no texto da Lei Fundamental está consignado o arcabouço de parâmetros do direito à educação de qualidade; o Poder Judiciário deve buscar nas fartas normas infraconstitucionais os requisitos para desvendar tal direito fundamental.

Nesse sentido, apenas para mencionar, pode-se trazer a cotejo a Lei de Diretrizes e Bases Educacionais, a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, anunciada pela Constituição, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso.

Assim sendo, não há motivos para que o Poder Judiciário, ao confrontar situações que lhe determinem a necessidade de proteger a educação **de qualidade**, furte-se a solucionar os problemas, sob o argumento de que não lhe cabe a definição concretamente a locução adjetiva, haja vista a própria Constituição da República já ter emanado parâmetros positivos de aferição de tal qualidade, bem como sinalizado a legislação infraconstitucional competente para sua lapidação, através da instituição de requisitos e planos mais objetivos.

3.2 O DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE COMO LIMITE DO PODER CONSTITUINTE

A partir da análise do arcabouço constitucional pátrio, é fácil encontrar elementos para defender a impossibilidade de redução pelo Poder Constituído Legislativo dos direitos fundamentais, tendo em vista a petrificação dos mesmos

mediante o art. 60, §4º, IV da Constituição da República. Também há estudos que examinam esse fato pela ótica do princípio da proibição do retrocesso⁷⁹.

Há um interessante enfoque, com o mesmo objetivo, mas que remonta à área abissal de um ordenamento jurídico particularmente considerado, sendo-lhe mesmo precedente: os limites do Poder Constituinte.

De fato, a doutrina já se distanciou da concepção da Revolução Francesa, segundo a qual o Poder Constituinte é ilimitado, desvinculado e onipotente, como se não encontrasse substrato na realidade política, econômica e social⁸⁰. A crítica a essa teoria não é tão recente, podendo ser encontrada a defesa da não ilimitação já em Ferdinand Lassalle, com sua teoria dos fatores reais do poder.⁸¹

Não se pode olvidar que o povo, que se identifica com o próprio Poder Constituinte, não tem sua história resumida a uma folha de papel em branco, mas é imantada pelos princípios de justiça e por suas experiências políticas e sociais, bem como adota padrões e modelos éticos, espirituais, culturais, etc., de onde proveem os traços geradores da nova Constituição.

Além desses limites de fato, há também a espécie de vinculação jurídica do Poder Constituinte, como anota Canotilho:

As experiências humanas vão revelando a indispensabilidade de observância de certos **princípios de justiça** que, independentemente da sua configuração (como princípios suprapositivos ou como princípios supraleais mas intra-jurídicos) são compreendidos como limites da liberdade e onnipotência do poder constituinte. (grifos originais).⁸²

Jorge Miranda institui uma classificação tripartite dos limites materiais impostos ao Poder Constituinte: limites transcendentais, correspondentes aos imperativos dos direitos naturais; limites imanentes, oriundos da soberania e da forma do Estado e, por fim, limites heterônomos, que inclui aqueles decorrentes do encontro de diversos ordenamentos, ou, ainda mais claramente, das normas de Direito internacional. Em comentário genérico aos mesmos, o autor define tais limites como:

⁷⁹ Por todos, conferir: SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes (coord.) **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁸⁰ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **O que é o Terceiro Estado?** Editora Lumen Júris, 2001.

⁸¹ Cf. LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 3ª ed. São Paulo: Minelli, 2006.

⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. op. cit. p. 81.

Princípios superiores que o poder constituinte aceita e cuja validade pressupõe fundada noutro nível, que não o da mera legalidade das normas constitucionais que os recolhe. É a esta heteronomia decorrente do Direito que designamos por reserva de Direito⁸³.

Esclarece Rátis:

Os últimos [limites heterônomos] que são provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos, referindo-se a princípios, regras ou atos de Direito internacional, donde resultem obrigações para todos os Estados ou só para certo Estado; e também as regras de Direito interno. Estes, por sua vez, dividem-se em limites heterônomos de caráter geral, que correspondem aos princípios do jus cogens; limites heterônomos de Direito internacional de caráter especial, que correspondem às limitações de conteúdo da Constituição em razão do Estado ter assumido deveres para com outro, com outros Estados ou com a comunidade internacional e os limites heterônomos de Direito interno, que consignam os limites recíprocos entre a União Federal e os Estados Federados.⁸⁴

Dentro dessa classificação, podemos extrair que o direito à educação de qualidade, ainda que não adquirisse o status de direito fundamentalizado pela atual Constituição da República, não poderia ser suprimido por um novo ordenamento jurídico nacional, haja vista a vinculação do Poder Constituinte aos limites heterônomos de Direito Internacional de caráter especial.

Através da já estudada evolução do objeto de estudo no âmbito do Direito Internacional, pode-se perceber que, não obstante nem todos os tratados e convenções internacionais prevejam expressamente o direito à educação acompanhado da locução adjetiva “de qualidade”, a maior parte deles demonstra sua preocupação nesse sentido.

A título exemplificativo, nota-se que embora a Declaração Universal não tenha utilizado tal expressão, não deixou de mencionar que a educação deveria ser orientada “no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais”.

Especialmente em um contexto de globalização, os Estados-nações necessitam estar concatenados à amálgama dos direitos humanos estabelecidos internacionalmente. Embora desvinculado à ordem jurídica anterior, o Poder Constituinte não é juridicamente ilimitado, por criar um novo sistema jurídico que precisa ser inserido no âmbito internacional.

É um objetivo ideal a subordinação do direito interno às regras do Direito Internacional que tutelam os direitos do homem. [...] Por

⁸³ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 235.

⁸⁴ MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. op. cit. p. 44

exemplo, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada em 1948. Porque essa Declaração Universal dos Direitos do Homem não tem sentido se ela não significar uma tentativa de limitar o poder dos Estados, em benefício dos cidadãos desses Estados.⁸⁵

Logo, a ratificação pelo Brasil dos tratados e convenções internacionais que versam sobre o direito à educação de qualidade revela o compromisso assumido perante a comunidade internacional de sua proteção. “Corresponde, portanto, em limitação de conteúdo da Constituição que não pode ser desmerecida nem mesmo pelo titular do poder constituinte”.⁸⁶

Ainda no que tange à influência do direito internacional na ordem jurídica interna, não se pode olvidar que a atual Constituição da República dispõe que devem ser também reconhecidos como exigíveis os direitos que, muito embora não estejam expressos no texto constitucional, decorram dos princípios por ela adotados e dos tratados internacionais em que o país seja parte.

E quanto ao debate acerca da possível hierarquia entre a Constituição e as normas de Direito Internacional, vê-se que em se tratando de direitos humanos há uma posição específica. Se aprovados com o *quorum* relativo às Emendas Constitucionais⁸⁷, a elas serão equivalentes.

E mesmo que não tenha sido internalizado no ordenamento jurídico por essa via, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a suprallegalidade⁸⁸ do tratado internacional que verse sobre direitos humanos, não admitindo que lei federal que dispõe em desarmonia com eles tenha primazia. E isso deflui mesmo do princípio de direito internacional disposto no art. 4º, II, da Carta Magna, o qual assegura a prevalência dos direitos humanos.

Destarte, afiguraria ilegítimo que o Constituinte retirasse do âmbito de proteção o direito à educação de qualidade. Se assim o fizesse, a sociedade e o Poder Judiciário poderiam suprir a lacuna com base nos tratados internacionais, pois há uma contextura jurídica supranacional que se aplica aos indivíduos, enquanto titulares de direitos humanos universais.

⁸⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 77

⁸⁶ MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. op. cit. p. 44

⁸⁷ Art. 5º, §3º da Constituição da República; “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 12 nov. 2010.

3.3 O DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE COMO DIREITO SOCIAL MULTIDIMENSIONAL

3.3.1 Conceito de direito social

Para a nova geração de estudantes de Direito do Brasil, nascidos ou formados sob a égide da Constituição da República de 1988, não há dificuldade em reconhecer a existência de direitos sociais, aos quais é reservado um capítulo apartado dentro do título concernente aos Direitos e Garantias Fundamentais. Estuda-se apenas sua estrutura, os direitos em espécie que comporta, a sua eficácia.

A existência dos mesmos não é questionada e nem mesmo percebida com aplausos. Como se fosse um dogma, uma realidade tão tangível e perene de modo que se discute apenas suas características, assim como um anatomista que não precisa perscrutar se o corpo humano existe, bastando-lhe apenas tomá-lo como objeto de estudo.

Qual não é a surpresa quando, ao nos debruçar um pouco mais profundamente sobre a matéria, deparamo-nos com teses recentes⁸⁹ desafiando a própria existência dos direitos sociais e, do lado oposto, doutrinadores renomados envidando esforços, usando seu tempo e sua linguagem para explicar por que eles existem⁹⁰. Eles não o fariam à toa.

Na verdade, uma das justificativas mais estudadas para os direitos sociais é a trazida por Robert Alexy, na sua emblemática obra Teoria dos Direitos Fundamentais, em que traz a tão citada diferenciação entre regras e princípios. Embora já tratada como um clássico, impende notar que sua primeira edição data de 1986, apenas dois anos antes da promulgação da nossa Constituição Cidadã.

⁸⁹ Como exemplo, cf. ATRIA, Fernando. ¿Existen Derechos Sociales? **Discusiones**. Nº 4, ano 2004. Disponível em <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf#search="atria"&page=21](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf#search=)>. Acesso em 14 nov. 2010.

⁹⁰ Confrontando a tese de Fernando Atria: PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

A necessidade de Alexy para justificar os direitos fundamentais sociais tinha raízes no fato de que a Constituição alemã não os positivava tão veementemente como o faz, por exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que não deixa margem a dúvidas. Trata-se de um contexto particular daquele ordenamento jurídico, mas que não deixou de permear discussões no âmbito do constitucionalismo de outros países.

Antes, porém, de tratar especificamente sobre os direitos sociais, o autor alemão estabelece duas premissas importantes, referentes aos direitos fundamentais genericamente considerados.

A primeira delas repousa na distinção entre regras e princípios. As teses anteriores dominantes defendiam que as espécies normativas diferiam no grau de generalidade, sendo que os princípios são os mais abstratos, e as regras mais concretas. Trata-se de uma classificação apenas qualitativa, que não atinge a natureza jurídica das normas.

Alexy, no entanto, defende que regras e princípios distinguem-se *qualitativamente*. São classes distintas em sua natureza, e não apenas em uma escala gradativa da mesma espécie. Segundo as palavras do próprio autor:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.⁹¹

Outra premissa importante é o esclarecimento de Alexy acerca da possibilidade da existência de normas de caráter duplo, e que assim são as normas de direitos fundamentais.

De início, as normas ou são regras ou são princípios. Ressalva-se, contudo, que as normas de direitos fundamentais podem assumir o caráter duplo,

⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

caso sejam construídas de forma a comportar ambos os níveis, ou seja, “uma tal vinculação de ambos os níveis surge quando na formulação da norma constitucional é incluída uma cláusula restritiva com a estrutura de princípios, que, por isso, está sujeita a sopesamentos”.⁹²

Nesse sentido, acrescenta:

Compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios não é suficiente. Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo.⁹³

Dessa forma, os direitos sociais têm um conteúdo definitivo e outro principiológico, ou seja, de mandado de otimização. São direitos *prima facie*, e a fixação do seu cerne depende da cláusula de restrição à qual está submetido, a partir de um exame de proporcionalidade com eventuais princípios colidentes.

Sobre a construção, Carlos Bernal Pulido diz que “os enunciados dos direitos fundamentais sociais dão lugar a normas e posições *prima facie*, que admitem restrições legislativas, sempre e quando sejam proporcionadas”⁹⁴. Dessa forma, o princípio da proporcionalidade desempenha o papel definidor do conteúdo vinculante de tais direitos. Na Alemanha, esse processo de análise é denominado “proibição da proteção deficiente”, e assim pode ser explicado:

Segundo esta teoria, as disposições constitucionais sobre direitos sociais concretizam-se em posições que impõem ao legislador um determinado dever de legislar – assim como em deveres de atuação que pesam sobre a administração e sobre o poder judiciário. [...]

Nessa estrutura, o indivíduo tem *prima facie* um direito, não a um mínimo, senão a todos os meios materiais necessários para o exercício de suas liberdades, dos direitos políticos e para o atendimento de suas necessidades básicas. Mas este máximo não é exigível do Estado de maneira definitiva, se existem outros princípios constitucionais ou limitações materiais que o impeçam, e se isso for demonstrável mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade em sua versão da proibição de proteção deficiente.⁹⁵

Admitida sua existência nesses liames, os estudiosos passam a definir os direitos sociais como aqueles vinculados à igualdade entre os indivíduos. Não a igualdade formal, mas sim a igualdade material, concretizável na noção de

⁹² ALEXY, Robert. op. cit. p. 141.

⁹³ ALEXY, Robert. op. cit. p. 144.

⁹⁴ PULIDO, Carlos Bernal. op. cit. 168

⁹⁵ PULIDO, Carlos Bernal. Op. cit 168-169

oportunizar aos desvalidos um mínimo de dignidade em suas condições para buscar o desenvolvimento de sua personalidade.

A reclamação por tais direitos surge especialmente após a Revolução Industrial e o fracasso social do liberalismo econômico, fazendo com que se passasse a exigir do Estado garantias mínimas, através de uma postura prestacional. Embora todos sejamos seus titulares, os destinatários máximos dos direitos sociais são exatamente os indivíduos incapacitados de buscar *per si* alcançar um patamar digno de vida.

Ressaltando esse papel finalístico dos direitos de equalização e diminuição das diferenças, define George Lima:

Os direitos econômicos, sociais e culturais são aqueles que se fundamentam na solidariedade, na igualdade e na dignidade da pessoa humana, visando (a) a uma melhor qualidade de vida, (b) à equalização das oportunidades e (c) à redução das desigualdades sociais, quase sempre através da prestação de bens ou serviços referentes às necessidades básicas, como alimentação, saúde, moradia, educação, assistência social etc. para as pessoas em situação de desvantagem socioeconômico-cultural.⁹⁶

Essa característica é lembrada também por Alexy, quando leciona que os direitos a prestação em sentido estrito ou direitos sociais “são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”⁹⁷.

Diante da fixação desses pressupostos conceituais dos direitos sociais e da imersão sobre uma das discussões em seu entorno, pode-se retornar à clareza do texto constitucional de 1988. Contudo, ao invés de saltarem pacíficos e inquestionáveis, com tais reflexões, seu conteúdo ressoa ampliado, e a sua positivação se revela como uma real conquista.

⁹⁶ LIMA, George Marmelstein. **Efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Fortaleza: UFC, 2005

⁹⁷ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 499

3.3.2 A *multidimensionalidade* ou *transdimensionalidade* do direito à educação de qualidade

Não raro, as explanações em torno dos direitos fundamentais parte da sua afirmação histórica repartida em dimensões. Trata-se de uma teoria questionada⁹⁸, mas cujo valor didático sobrevive com robustez, ante o dinamismo com o qual se torna mesmo intuitiva a classificação e a identificação de algumas características gerais dos direitos fundamentais.

Quanto à terminologia, impende desde já ressaltar que no presente trabalho houve a opção pelo termo *dimensões*, em oposição a *gerações*, a fim de evitar a ideia de que as categorias dos direitos fundamentais são substituídas ou sucedidas umas pelas outras, quando, em verdade, há um “permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento”.⁹⁹

Em resumo, a teoria das dimensões dos direitos fundamentais foi primeiro idealizada pelo jurista tcheco Karel Vasak¹⁰⁰ e desenvolvida com Norberto Bobbio. Pensou-se que os direitos fundamentais poderiam ser expressos no lema da bandeira da Revolução Francesa, e agrupados de acordo com cada valor ali existente: liberdade, igualdade e fraternidade.

Os direitos de primeira dimensão coincidem, portanto, com os direitos de liberdade individual, correspondentes à primeira fase do constitucionalismo ocidental, em que se intentava proteger o indivíduo ao limitar o irrestrito poder estatal.

Por serem marcadamente direitos de defesa da pessoa frente ao Estado, demarcando-lhe uma zona de não-intervenção, são cunhados como direitos *negativos*, exigindo uma abstenção do poder público. São identificados como componentes dessa categoria os direitos civis e políticos, como os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade formal perante a lei. A garantia que melhor

⁹⁸ Por exemplo, cf. LIMA, George Marmelstein. op. cit.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45.

¹⁰⁰ A primeira manifestação de Karel Vasak sobre a teoria ocorreu na aula inaugural dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, em 1979. Nesse sentido: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 563

simboliza os direitos dessa dimensão reside no *habeas corpus*¹⁰¹. Conforme sumariza Paulo Bonavides:

Os direitos da primeira dimensão – direitos civis e políticos – já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda a extensão.

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.¹⁰²

Com os impactos da industrialização e a expansão do modelo liberal, surgiram e/ou foram agravados vários problemas sociais e econômicos. Percebeu-se que a consagração da igualdade formal e a irrestrita liberdade não cuidaram de trazer a sua real concretização.

Nessa perspectiva, os direitos econômicos, sociais e culturais – direitos de segunda dimensão – possuem como nota distintiva o clamor por um comportamento ativo do Estado; por uma postura prestacional que diminua os desníveis e se comprometa com a justiça social, o que faz com que sejam apontados como direitos de cunho positivo.

A essa afirmação deve-se excepcionar que, por abranger os direitos trabalhistas, os direitos de segunda dimensão não apenas se esgotam em prestações, comportando também as liberdades sociais, tais como o direito de greve e a liberdade sindical.

Os direitos de segunda dimensão são caracterizados por outorgar ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais que lhe possibilitem a igualdade material, e não mais meramente formal. Trata-se aqui eminentemente dos direitos sociais, problematizados e definidos no subtópico antecedente. Na clara intelecção de Ingo Wolfgang Sarlet, “não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”¹⁰³.

Como anota Canotilho:

Independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da ideia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento

¹⁰¹ “Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, habeas corpus, direito de petição) se enquadram nesta categoria”. (SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 47)

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 563-564.

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 47.

existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade. As declarações universais dos direitos tentam hoje uma “coexistência integrada” dos direitos liberais e dos direitos sociais, econômicos e culturais, embora o modo como os estados, na prática, asseguram essa imbricação, seja profundamente desigual.¹⁰⁴

Ao lema da fraternidade (ou solidariedade) correspondem os direitos fundamentais de terceira dimensão. Eles se distinguem das categorias precedentes especialmente pela nota de sua transindividualidade, ou seja, por sua titularidade ser coletiva ou difusa, possuindo como destinatários o gênero humano assim considerado¹⁰⁵.

Pode-se destacar como fatores que propulsionaram o reconhecimento dos direitos fundamentais de terceira geração a reflexão sobre os impactos tecnológicos e os resultados devastadores das guerras mundiais, o que conduziu às novas reivindicações por desenvolvimento, paz, meio ambiente [equilibrado], proteção do patrimônio comum da humanidade e comunicação.

Perez Luño, reforçando a ideia, encontra como causa dos direitos de terceira dimensão “o processo de erosão e degradação sofrido pelos direitos e liberdades fundamentais, principalmente em face do uso de novas tecnologias. Nesta perspectiva, assumem especial relevância o direito ao meio ambiente e à qualidade de vida”¹⁰⁶.

Os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão formam a tríade cabalmente reconhecida pelos juristas. Há ainda quem defenda a existência de duas outras dimensões autônomas, sendo que na doutrina interna se destaca a posição de Paulo Bonavides.

Para o constitucionalista, os direitos de quarta dimensão têm seu conteúdo irradiado para confrontar a globalização política neoliberal, que cria “mais problemas do que os que intenta resolver. [...] A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores”¹⁰⁷.

O confronto do neoliberalismo então repousaria em outra globalização política, radicada na teoria dos direitos fundamentais, para servir aos povos periféricos. Assim, “a globalização política na esfera da normatividade jurídica

¹⁰⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 385-386.

¹⁰⁵ Cf. BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 569

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 49.

¹⁰⁷ BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 571.

introduz os direitos da quarta geração, que aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social".¹⁰⁸

Assim, foram identificados como direitos da quarta dimensão os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo.

A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. [...] Desse modo, há de ser também uma democracia isenta das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual.¹⁰⁹

Apenas para conste menção, ressalte-se que há teses que atribuem conteúdo diverso para os direitos de quarta dimensão, como Norberto Bobbio, para quem nela estão insertos direitos decorrentes dos avanços no campo da engenharia genética, que colocam em risco a existência do homem, mediante a manipulação do patrimônio genético¹¹⁰.

Por derradeiro, Paulo Bonavides se debruça sobre uma possível quinta dimensão (ou geração, consoante a terminologia que ele adota) dos direitos fundamentais. A formulação de sua teoria foi fruto da inquietação acerca do direito à paz, que teria sido esquecido e relegado no âmbito dos direitos de terceira dimensão:

Karel Vasak, o admirável precursor, ao colocá-la [a paz] no rol dos direitos da fraternidade – a saber, da terceira geração -, o fez, contudo, de modo incompleto, teoricamente lacunoso.

Não desenvolveu as razões que a elevam à categoria de norma. Sobretudo aquelas que lhe conferem relevância pela necessidade de caracterizar e encabeçar e polarizar toda uma nova geração de direitos fundamentais, como era mister fazer, e ele não o fez. O direito à paz caiu em um esquecimento injusto por obra, talvez, da menção ligeira, superficial, um tanto vaga, perdida entre os direitos da terceira dimensão.¹¹¹

Os indícios normativos do direito à paz repousam na Declaração das Nações Unidas sobre a preparação das sociedades para viver em paz, que consta da Resolução nº 33/1973, cuja aprovação se deu na 85ª sessão plenária da Assembleia-Geral de 15.12.1978, além da proclamação da Organização para

¹⁰⁸ Idem, ibidem. p. 571.

¹⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 571.

¹¹⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹¹¹ Idem, ibidem. p. 579.

Proscrição das Armas Nucleares na América Latina – OPANAL, constante da Resolução 128 de 27.04.1979 e da Declaração do Direito dos Povos à Paz, na Resolução nº 39 da ONU, datada de 12.11.1984.

Nesses documentos se encontram afirmações como “toda nação e todo ser humano, independente de raça, convicções ou sexo, tem o direito imanente de viver em paz, ao mesmo passo que propugna o respeito a esse direito no interesse de toda a Humanidade”¹¹², e “proteger o direito dos povos à paz e fomentar sua realização é obrigação fundamental de todo Estado”¹¹³.

Na jurisprudência, aponta-se como reconhecimento do direito positivo à paz uma sentença proferida pela Corte Suprema de Justiça da República de Costa Rica, em 08.09.2004. Conforme a lavra de Néstor Sagüés, “a Sala detecta a presença, nestas ações, do direito à paz, a que reconhece a condição de direito da terceira geração [...], do qual dá legitimidade a qualquer costarricense para defendê-lo”¹¹⁴.

Com estes elementos, Paulo Bonavides tenta trasladar o direito à paz da terceira dimensão de direitos para uma autônoma, a quinta dimensão, através do seguinte discurso:

Faz-se mister acender luzes, rasgar horizontes, pavimentar caminhos, enfim descerrar o véu que encobre esse direito na doutrina ou o faz ausente dos compêndios, das lições, do magistério de sua normatividade; lacuna, pois, que impende desde logo preencher.

Como fazê-lo, porém?

Colocando-o nas declarações de direitos, nas cláusulas da Constituição [...], na didática constitucional, até torná-lo, sem vacilação, positivo e normativo, e uma vez elaborada a consciência de sua imprescindibilidade, estabelecê-lo por norma das normas dentre as que garantem a conservação do gênero humano sobre o planeta.¹¹⁵

As teorias aqui sintetizadas sofrem várias críticas, tais como as esposadas por Cançado Trindade e George Lima, que criticam a teoria da dimensionalidade dos direitos fundamentais como um todo, e Ingo Wolfgang Sarlet, que se opõe temperadamente à teoria de Paulo Bonavides sobre a existência das duas últimas dimensões.

¹¹² Cf. BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 580

¹¹³ Cf. BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 581

¹¹⁴ SAGÜÉS, Néstor apud BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 582.

¹¹⁵ BONAVIDES, Paulo. op. cit. p. 584.

No contexto de críticas à própria concepção da teoria das dimensões dos direitos fundamentais, menciona-se até mesmo que a teoria de Vasak não tem fundamento jurídico e foi quase um acaso, sendo que, chamado para falar em uma aula inaugural e não tendo preparado o discurso, acabou por pensar na bandeira revolucionária francesa:

Eu conversei com Karel Vasak e perguntei: “Por que você formulou essa tese em 1979?”. Ele respondeu: “Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da –bandeira francesa” – ele nasceu na velha Tchecoslováquia. Ele mesmo não levou essa tese muita a sério, mas, como tudo que é palavra “chavão”, pegou. Aí Norberto Bobbio começou a construir gerações de direitos etc.¹¹⁶

Outras críticas perpassam pela terminologia, que pode deixar a entender que os direitos têm prevalência ou hierarquia entre si, conforme a dimensão a que pertencem. Assim, por exemplo, os direitos sociais não podem ser considerados direitos de segunda categoria¹¹⁷.

Ademais, também não é consistente a dicotomia entre direitos negativos e positivos, pois, não raro, os direitos de primeira dimensão reclamam uma prestação estatal e custam dinheiro do Erário, enquanto os direitos de segunda dimensão também pressupõem postura abstencionista, como no caso das alhures citadas liberdades sindicais.

Não se deve olvidar também que os direitos fundamentais são indivisíveis, sendo que são pressupostos recíprocos para a concretização uns dos outros.

No que concerne à crítica das novas dimensões elucubrada por Paulo Bonavides, ressalva Ingo Wolfgang Sarlet:

No que diz com o reconhecimento de novos direitos fundamentais, impende apontar, a exemplo de Perez Luño, para o risco de uma degradação dos direitos fundamentais, colocando em risco o seu ‘status jurídico e científico’, além do desprestígio de sua própria “fundamentalidade”. Assim, fazem-se necessárias a observância de critérios rígidos e a máxima cautela para que seja preservada a relevância e prestígio destas reivindicações e que efetivamente correspondam a valores fundamentais consensualmente reconhecidos no âmbito de determinada sociedade ou mesmo no plano universal.¹¹⁸

¹¹⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional. In: V Conferência Nacional de Direitos Humanos. **Ata**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em: 15 nov. 2010

¹¹⁷ LIMA, George Marmelstein. op. cit. p. 59.

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 53-54

No entanto, as críticas não são suficientes para esvaziar a importância da teoria dimensional dos direitos fundamentais, que demonstram quase graficamente a evolução político-histórica e o reconhecimento de tais direitos no direito internacional e nas constituições.

Assim é que, ciente das oposições, os manuais e compêndios de Direito Constitucional não esquecem o tema. Também ciente das críticas, mas crendo não ter se esgotado a valia da teoria das dimensões dos direitos fundamentais, o presente trabalho adota as categorias explanadas por Paulo Bonavides, não para defender a sua cientificidade, mas como modelo para fundamentar a multidimensionalidade ou transdimensionalidade do direito à educação de qualidade.

Através do conceito de direitos sociais e da breve incursão a respeito da teoria das dimensões dos direitos fundamentais, não é difícil enquadrar, como sempre acontece, o direito à educação na segunda categoria.

No entanto, com atenção concentrada no seu aspecto instrumental e na teoria da indivisibilidade dos direitos fundamentais, é possível defender a multidimensionalidade ou transdimensionalidade do direito à educação de qualidade.

Quando dissertamos sobre a evolução histórica do direito à educação de qualidade, perpassamos pela análise de documentos internacionais que atribuíram *finalidades* à educação.

Nesse sentido, já a Declaração Universal dos Direitos Humanos dispunha que “a instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais”.

A atual Constituição brasileira também dispõe que a educação deve ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, *visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*.

Genericamente, portanto, ressalta-se que a educação tem por finalidade o fortalecimento de todos os direitos fundamentais, de quaisquer que sejam as suas dimensões. A instrumentalidade da educação de qualidade para a concretização dos demais direitos é ideia constante na literatura jurídica.

Com efeito, pode-se identificar uma justificativa teórica para esse aspecto instrumental do direito à educação de qualidade através da teoria da indivisibilidade dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, defende a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural de 2001 que “os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, que são universais, indissociáveis e interdependentes”. Explicando a teoria, Quadro de Magalhães leciona:

A teoria da indivisibilidade afirma justamente a condição dos direitos sociais e econômicos como pressupostos de exercício das liberdades políticas e individuais. É como afirmamos que, para termos liberdade de locomoção, temos de ter acesso ao transporte, ou que, para que tenhamos liberdade de expressão ou liberdade de formação da consciência política, filosófica e religiosa, temos de ter, no mínimo, direito à educação¹¹⁹.

Ainda quanto à fundamentalidade do direito à educação, afirma Alexy que “para o indivíduo é de importância vital não viver abaixo do mínimo existencial, não estar condenado a um desemprego de longo prazo **e não estar excluído da vida cultural de seu tempo**”. Ora, a disseminação cultural ocorre através da educação¹²⁰.

Aproveitando, então, a teoria das dimensões do direito à educação de qualidade e a harmonizando com a teoria da indissociabilidade dos direitos fundamentais, cria-se uma perspectiva de transdimensionalidade do direito à educação. Para explaná-la, pode-se verificar a interferência do direito à educação de qualidade em cada uma das categorias de direitos fundamentais.

A influência do direito à educação de qualidade na primeira dimensão dos direitos fundamentais é talvez a primeira a ter sido declarada. Ela está presente na explicação sobre a teoria da indivisibilidade supracitada, com a transcrição de Quadro de Magalhães.

Nessa ótica, é imperioso reconhecer o direito à educação de qualidade como uma liberdade pública, de cunho negativo [se assim se optar pela classificação] com previsão, inclusive, no art. 206 da Carta Magna, inciso II, o qual

¹¹⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito Constitucional**. Tomo II. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 30

¹²⁰ Assim é a definição de educação encontrada em um dicionário filosófico: “em geral, designa com esse termo [educação] a transmissão e o aprendizado das técnicas *culturais*, que são as técnicas de uso, produção e comportamento mediante as quais um grupo de homens é capaz de satisfazer suas necessidades, proteger-se contra a hostilidade do ambiente físico e biológico e trabalhar em conjunto, de modo mais ou menos ordenado e pacífico. Como o conjunto dessas técnicas se chama cultura, uma sociedade humana não poderá sobreviver se sua cultura não for transmitida de geração para geração; as modalidades ou formas de realizar ou garantir essa transmissão chamam-se educação” (ABBAGNAMO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 1a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 357)

consagra a *liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber*.

É possível falar numa dimensão não-prestacional do direito à educação, consistente no direito de escolha, livre, sem interferências do Estado, quanto à orientação educacional, conteúdos materiais e opções ideológicas. Nesse sentido, o Estado cumpre e respeita o direito à educação quando deixa de intervir de maneira imperial ditando orientações específicas sobre a educação, como “versões oficiais da História” impostas como únicas admissíveis e verdadeiras, ou com orientações políticas, econômicas ou filosóficas. Também cumpre a referida dimensão deste direito quando admite a pluralidade de conteúdos.¹²¹

Além de assumir essa postura de liberdade pública, a educação de qualidade também promove a concreção dos direitos individuais e dos demais direitos sociais, atravessando as primeira e segunda dimensões. Isso ocorre, em primeiro modo, através da conscientização do indivíduo em relação a toda a gama de seus direitos. Nisso reside o contorno das ideias de Marcos Augusto Maliska:

A educação também promove a consciência pelo valor dos direitos individuais. Assim, direitos como de ir e vir, de liberdade de expressão, de religião, de identidade cultural, racial, étnica, enfim, o direito de ser reconhecido como cidadão na sociedade em que vive, tem na Educação um momento especial de afirmação. Além dos direitos individuais, a Educação promove a consciência pelos direitos sociais, pois a justiça social também deve estar presente no universo das pessoas.¹²²

A terceira dimensão dos direitos fundamentais, simbolizada por ser uma categoria que agrega direitos de fraternidade ou solidariedade, incluindo o direito à participação e ao pluralismo, também possui como pressuposto o direito à educação de qualidade.

Tal orientação pode ser extraída do contexto do art. XII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, cujo teor demonstra que o direito à educação de qualidade deve se inspirar, simultaneamente, nos princípios norteadores da primeira e da terceira dimensões: “toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios de liberdade, moralidade e solidariedade humana”.

¹²¹ TAVARES, André Ramos. Direito Fundamental à Educação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 777.

¹²² MALISKA, Marcos Augusto. Educação, Constituição e Democracia. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 791.

Sob a ótica do cunho do direito à participação como cabeça dos direitos de terceira dimensão e a sua relação com a educação de qualidade, leciona Rátis:

De fato, o direito à educação de qualidade é direito atemporal, transversal que corresponde à mutação do direito à educação no tempo que é direito eminentemente de 2ª dimensão, mas também corresponde a um direito de primeira e terceira dimensões, ao mesmo tempo, na medida em que também assume estrutura jurídica complexa, que apresenta, simultaneamente, elementos típicos de cada uma das dimensões dos direitos fundamentais: a dimensão da liberdade, do direito a prestações públicas e do direito de participação.¹²³

Adotando a concepção de Paulo Bonavides de que os direitos fundamentais de quarta dimensão envolvem os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, também se percebe que o direito à educação de qualidade é seu pressuposto de efetivação.

Nessa esteira, a Constituição da República de 1988 já estabelece que a educação deve ser disseminada em uma contextura pluralística, tanto de ideias quanto de concepções filosóficas, como assente no artigo 206, inciso III.

E quando se analisa a vinculação entre concretização do direito à democracia e o direito à educação de qualidade, mais intrínseca se revela a transdimensionalidade.

Isso porque a democracia, não apenas formal, pressupõe a aptidão dos cidadãos para governarem e não meramente serem manipulados. Pressupõe a politização do povo, em oposição à atual aversão à política. Pressupõe a existência de um preparo intelectual e cultural para conduzir a história do país. Conforme Canotilho aponta:

A articulação da socialidade com democraticidade torna-se, assim, clara: só há verdadeira democracia quando todos têm possibilidades de participar no governo da polis. Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. A democracia só é um *processo ou procedimento justo de participação política* se existir *uma justiça distributiva* no plano dos bens sociais. [grifos originais].¹²⁴

Ademais, a consciência política deve ser despertada pela educação, a qual deve instaurar o senso de responsabilidade das pessoas para com as

¹²³ MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. op. cit. p. 49

¹²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al.] (coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 19.

condições do Estado em que vivem, especialmente com seus deveres cívicos. Da educação deve nascer a compreensão da real dimensão da democracia e das implicações que lhe seguem.

A consciência de que viver em uma República não implica apenas desfrutar direitos, mas também compreende responsabilidades cívicas, deve ser promovida pela Educação. A democracia é sempre mais facilmente compreendida como um sistema que garante direitos do que um sistema que atribui deveres cívicos aos cidadãos. Uma interpretação distorcida do conceito de democracia tem implicações significativas, entre elas, a de que em geral os governos democráticos são governos sem autoridade. A falta de ordem e de autoridade que, em especial, governos democráticos que estão em fase de consolidação são designados, demonstra uma falsa compreensão do sentido de um regime democrático.¹²⁵

Por derradeiro, também não é possível pensar no direito à paz – direito de quinta dimensão – sem a efetivação de um direito à educação de qualidade. Através da educação ocorre a humanização do indivíduo, que se torna mais propenso a evitar estados de beligerância, ou a protestar contra as guerras e requerer dos governantes a não-intervenção nas demais sociedades.

A Constituição da República estabelece o direito à paz, sinalizando-o já no seu preâmbulo, o qual diz que se busca instaurar uma *sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*.

Embora não tenha eficácia jurídica, o preâmbulo é um parâmetro hermenêutico que manifesta a intenção da Assembleia Constituinte ao ditar cada norma constante da Carta Magna, e esse escopo deve irradiar seus efeitos por toda a sua extensão textual.

Outrossim, o artigo 4º, inciso VI da Constituição, instaura como princípio internacional da República Federativa do Brasil a defesa da paz no contexto das relações internacionais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 já esclarece o caráter instrumental do direito à educação de qualidade para a promoção da paz, ao prever peremptoriamente que **“a instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e**

¹²⁵ MALISKA, Marcos Augusto. op. cit. p. 791.

coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz”.¹²⁶

É possível educar as pessoas para a paz. Através da educação podem ser estabelecidos níveis de tolerância e compreensão sobre outras culturas suficientes para coibir a violência entre os povos.

Embora não seja o único e suficiente elemento para coibir a violência, um redimensionamento da educação para desprestigiar a guerra e a intolerância é imprescindível.

Diante dessas observações, é notável a característica multidimensional ou transdimensional do direito à educação de qualidade. Há uma reciprocidade de influências, um centro de convergência da educação de qualidade com todos os demais direitos fundamentais. Ela deve ser orientada pelos princípios norteadores de todas as categorias – liberdade, igualdade, fraternidade ou solidariedade, democracia e pacificidade –, mas também a educação é instrumento indispensável para a concretização dos direitos fundamentais de todas as dimensões.

3.4 DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO

Dispõe a Constituição da República, no artigo 208, §1º, que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. Está-se diante da única norma constitucional que atribui esse *status* a um direito; com isso não se retira tal caráter dos demais, mas se corrobora com a linha de pensamento segundo a qual a educação de fato possui previsão privilegiada no contexto da Lei Fundamental.

A definição de direito subjetivo traz celeumas doutrinárias, como já alertara Kelsen: “certamente não é um exagero afirmar que, de todos os conceitos jurídicos fundamentais, o mais discutido na literatura teórica é exatamente o conceito de direito subjetivo”.¹²⁷

¹²⁶ Art. XII, 2.

¹²⁷ KELSEN, Hans. apud ALEXY, Robert. op. cit. p. 180.

Contudo, não cabe no escopo do presente trabalho dissertar sobre todas as discussões envolvendo o conceito ou tentar fixar-lhe a melhor definição, pelo que optamos simplesmente por adotar as noções trazidas por José Afonso da Silva:

Direito subjetivo conceitua-se como prerrogativas estabelecidas de conformidade com regras de Direito objetivo. [...] Para recusar razão a uma corrente reacionária que nega valor jurídico eficaz aos enunciados dos direitos fundamentais, neles vendo apenas um valor moral, que a eles se aplica a expressão direitos subjetivos [...] empregada no sentido de direitos oponíveis ou exigíveis, isto é, quando considerada situação jurídica subjetiva de vantagem, dotada de eficácia jurídica, porque devidamente garantida como capaz de ser efetivada em favor de seu titular.¹²⁸

Ainda, atento para que a Constituição menciona que a educação é um direito subjetivo público, não é despidendo aquilatar o conteúdo da expressão, para a qual o mesmo constitucionalista adverte que é utilizada “a expressão direitos públicos subjetivos para exprimir a situação jurídica subjetiva do indivíduo em relação ao Estado, visando colocar os direitos fundamentais no campo do Direito Positivo”¹²⁹.

O direito de acesso ao ensino de qualidade é direito público subjetivo que atua como meio através do qual os indivíduos podem exercer suas pretensões frente ao Estado e para o Estado, como já demonstrado com a instrumentalidade e a multidimensionalidade.

Conjuga-se com a perspectiva do direito público subjetivo a possibilidade de o titular do direito se encontrar apto a demandar judicialmente a prestação junto ao Estado em decorrência de uma suposta violação, comissiva ou omissiva.

Logo, o direito de acesso ao ensino público obrigatório é direito público subjetivo, sendo exigível judicialmente pelas consequências que derivam de sua inobservância, a fim de proteger o indivíduo contra o Estado.

Contudo, não só essa parcela recebe proteção. A educação de qualidade como um todo é justiciável, podendo o cidadão exigir do Estado o cumprimento de prestações positivas e negativas tendentes ao

¹²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 176-177.

¹²⁹ Idem, *ibidem*. p. 176. Com base em Perez Luño, critica José Afonso da Silva que a figura do direito público subjetivo “é uma categoria histórica adaptada ao funcionamento de determinado tipo de Estado, o liberal, e a umas condições materiais que foram superadas pelo desenvolvimento econômico-social do nosso tempo. Entendida como autolimitação estatal em benefício de determinadas esferas privadas, tal categoria acha-se superada pela própria dinâmica econômico-social do nosso tempo, em que o desfrute de qualquer direito fundamental exige atuação ativa dos poderes públicos” (Idem, *ibidem*. p. 176-177)

pleno desenvolvimento enquanto pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.

3.5 A EDUCAÇÃO COMO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL

Ademais, por outro aspecto se demonstra a densidade do direito à educação de qualidade em nosso ordenamento jurídico: o viés da educação como serviço público essencial.

No que tange à imprescindibilidade da educação, toda a incursão feita até o presente momento corrobora com veemência para tal reconhecimento, desde a afirmação histórica do direito à educação de qualidade até seus aspectos finalísticos reconhecidos na Carta Magna e em diversos documentos jurídicos internacionais.

A educação é o instrumento através do qual podem ser alcançados os objetivos da República, esculpidos no artigo 4º da Constituição da República, além de se inserir no arcabouço dos pressupostos de efetivação de quaisquer dimensões dos direitos fundamentais. É através dela que se pretende, enfim, desenvolver o indivíduo e sua dignidade enquanto pessoa humana. Dessarte, não há que duvidar de sua essencialidade:

A análise sistemática do texto constitucional brasileiro leva à conclusão de que os serviços educacionais traduzem meio indispensável para o atingimento dos objetivos fundamentais da República. De fato, na medida em que o art. 3º aponta como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, e considerando a expressão do legislador constituinte no art. 205, no sentido de que a educação visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, preparando-a para o exercício da cidadania e para o trabalho, fica patenteado que os serviços educacionais consistem em serviços públicos essenciais, que, como tais, devem ser prestados de forma contínua e eficiente.¹³⁰

Para adentrar ao cerne do raciocínio da educação de qualidade enquanto serviço público, impende trazer à tona o conceito de serviço público

¹³⁰ BARBOSA, Carlos Cezar. **Responsabilidade Civil do Estado e das Instituições Privadas nas Relações de Ensino**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 23

proposto pelos administrativistas brasileiros. Assim, para Hely Lopes Meirelles, “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniência do Estado”.¹³¹

Ressaltando o critério do regime jurídico adotado para conceituar o serviço público, compreende-se:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios do sistema normativo.¹³²

Diante de tal revisão conceitual, é inafastável a conclusão de que a educação tem contornos de serviço público. Trata-se de uma atividade cuja fruição é direito de todos e cuja prestação aos administrados é dever expresso do Estado, como condensa o artigo 205 da Constituição Federal.

E ainda quando não prestado diretamente pelo Estado, a educação é objeto de autorização administrativa para a iniciativa privada, desde que preenchidos requisitos cuja relevância é suficiente para terem sido fixados na seara constitucional, mediante o artigo 209. Entre tais requisitos, ressalta-se a avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Nesse passo, é interessante consagrar a crítica de que, no caso do serviço educacional, não se trata de uma mera autorização administrativa na acepção tradicional do termo. Em virtude da própria essencialidade do bem jurídico envolvido e na imposição do Constituinte em prever condições para outorgar a autorização ao particular, defende-se que se estaria mais próximo da figura da delegação.

Tais concepções seriam impróprias, data venia, para definir o alcance que o legislador constitucional pretendeu atribuir à autorização no caso dos serviços educacionais. Primeiramente, porque não se trata de mero serviço de utilidade pública ou de interesse público, e sim de serviço público na acepção própria do termo. Consoante já se verberou, a Constituição assume textualmente, no art. 205, que a educação é direito de todos e dever do Estado. Além disso, na medida em que o legislador constituinte reconheceu no mesmo dispositivo [art. 205 CF] que a educação tem

¹³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 274.

¹³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. apud BARBOSA, Carlos Cezar. **Responsabilidade Civil do Estado e das Instituições Privadas nas Relações de Ensino**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 24

por finalidade o desenvolvimento do homem, o preparo para o exercício da cidadania e para o trabalho, patenteou a imprescindibilidade dela para a consecução dos objetivos fundamentais da República, traçados no art. 3º da Magna Carta. Com isso, os serviços educacionais se patentearam definitivamente como serviços essenciais. Em segundo lugar, a autorização, no caso do ensino privado, não tem característica de ato discricionário, mas sim de ato vinculado. Ora, se a Constituição da República proclamou, no art. 209, a liberdade do ensino à iniciativa privada, fixando as condições para o exercício da atividade nos incs. I e II, não se pode falar em discricionariedade, e sim em vinculação, ou seja: uma vez atendidos os requisitos legais, a autorização passa a ser direito do particular interessado em prestar os serviços.¹³³

Acordando com a tese de delegação do serviço público educacional, e não mera autorização, ecoa a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. 1. A Justiça Federal é a competente para processar e julgar mandado de segurança que investe contra ato administrativo praticado por dirigente de estabelecimento de ensino superior tutelado pelo Ministério da Educação, por aquela autoridade agir por delegação quando controla a carga curricular do corpo discente. 2. Conflito conhecido para se declarar competente o Tribunal Regional Federal suscitado.¹³⁴

Além de essencial, a educação é serviço público universal. Não cabe ao Estado segregar a oferta do direito à educação, que é de todos, por mandamento constitucional. Deve a educação ser prestada a todos sem distinção, independente das suas condições pessoais, tais como classe social, procedência geográfica, concepções ideológicas ou mesmo pela idade.

Não apenas a Constituição protege a universalidade da educação no *caput* do artigo 205, mas também faz isso ao lhe vincular ao princípio de igualdade de condições de acesso e permanência na escola, sem olvidar, ainda, a garantia da oferta gratuita do ensino básico a todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria, como disposto no artigo 208, I.

Não menos relevante, verifica-se que o serviço público educacional é gratuito, não sendo suscetível nem mesmo de contribuições módicas. E essa característica não se restringe ao nível básico, mas à educação em todos os seus níveis, progressivamente.

A gratuidade não deve ser argumento para a queda de qualidade ou para o oferecimento de um serviço educacional deficiente. O Estado deve estar

¹³³ BARBOSA, Carlos Cezar. **Responsabilidade Civil do Estado e das Instituições Privadas nas Relações de Ensino**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 32

¹³⁴ CC 21672/DF, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 29/05/1998, DJ 17/08/1998, p. 8

preparado para subsidiar tão essencial valor para os seus cidadãos, eis que é através da educação que se logrará a concretização de seus objetivos fundamentais.

Nesse sentido, propugna a UNESCO:

The argument that school fees may be necessary to ensure the quality of primary education is unacceptable: it is the obligation of States to ensure that the quality of education does not suffer from its free-of-charge character. In fact, imposing fees may lead to the further exclusion of socially and culturally marginalized groups, in particular children from poor families who are unable to pay the fees and remain deprived of education.¹³⁵

Com o delineamento dessas características, portanto, emerge um novo prisma a partir do qual se fala em densidade do direito à educação de qualidade.

Se a educação é um serviço público essencial, submete-se ao dever de qualidade que o Poder Constituinte se obrigou a defender, conforme o artigo 37, §3º, I: da Carta Magna:

Art. 37, § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:
I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, **asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços.**

O dispositivo transcrito revela o compromisso inicial da Constituição com a qualidade na prestação de qualquer serviço público. Infelizmente, contudo, o legislador infraconstitucional não realizou o mandamento constitucional, ausente que está de regulamentação o dispositivo. Vinte e dois anos após promulgada a Constituição, o Congresso Nacional não se preocupou em realizá-la.

Além disso, a garantia da qualidade dos serviços públicos também decorre da exegese do princípio da eficiência, consubstanciado no *caput* do artigo 37 da Constituição e em outros dispositivos. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, entende-se:

A **eficiência** não se confunde com a **eficácia** e nem com a **efetividade**. A eficiência transmite sentido relacionado ao **modo** pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os **meios e instrumentos** empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é

¹³⁵ UNESCO. **The Right to Primary Education Free of Charge For All: ensuring compliance with international obligations**, Paris, 2008, p. 11. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001591/159168m.pdf>>. Acesso em 16 nov. 2010.

voltada para os **resultados** obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos. (grifos originais).¹³⁶

Enquanto a doutrina se ocupa em distinguir eficiência, eficácia e efetividade, termos cujos significados são imbricados, nota-se que não é a melhor interpretação aquela que atribui ao princípio constitucional da eficiência a literalidade apenas da busca pelos modos ideais do agente.

De nada adianta a retidão da conduta dos agentes, se os meios empregados são ineficazes e se os resultados obtidos não são os desejáveis. Deve-se entender o princípio, então, de forma mais global, a fim de que os três elementos orientem a Administração Pública.

Não faria sentido crer que a Constituição apenas assegura a eficiência formal e individualmente, apenas buscando que os modos empregados no serviço público sejam idôneos, para depois aceitar que o resultado dos serviços públicos não esteja adstrito à qualidade.

Dessa forma, foi explorada a densidade normativa do direito à educação de qualidade, demonstrando a necessidade de sempre entender implícita a locução adjetiva *de qualidade* quando se referir à educação.

¹³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2009. p. 30.

4 LIMITES E POSSIBILIDADES DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO

Demonstrada a densidade jurídica do direito à educação de qualidade, alcança-se agora o centro do trabalho, restando-nos correlacionar os conceitos e o conhecimento registrado para responder à problemática que permeou toda a exposição.

Para tanto, é imprescindível buscar o recorte teórico-contextual dentro do qual se desenvolveu a tendência internacional em recorrer ao Poder Judiciário como instância de efetivação dos direitos sociais: o neoconstitucionalismo. Em contraposição, registraremos a crítica a esse modelo, que adota a expressão *ativismo judicial* com uma conotação repreensível de transgressão do princípio democrático.

Serão fixados também conceitos determinantes para o deslinde da questão proposta, além de verificar os argumentos que militam a favor da justiciabilidade do direito à educação de qualidade, tomado como direito social. Por fim, serão propostos alguns limites que podem ser observados pelo Poder Judiciário em sua atuação para proteger o direito à educação de qualidade, sem que isso implique a transcendência do âmbito de sua legitimidade institucional.

4.1 RECORTE TEÓRICO-CONTEXTUAL: O NEOCONSTITUCIONALISMO E O ATIVISMO JUDICIAL

O constitucionalismo moderno é um movimento que destaca as constituições escritas como instrumentos hábeis à contenção do poder, e possui como marcos históricos a Constituição norte-americana de 1787 e a Constituição Francesa de 1791. O seu fator de propulsão é a deflagração do iluminismo, e a necessidade de um modelo contraposto ao absolutismo, que legitimava qualquer intervenção estatal, centrando a soberania no rei.¹³⁷

A definição de Canotilho sobre o constitucionalismo moderno – entre os vários que se pode apontar – é assim delineado:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.¹³⁸

No entanto, por ser acompanhado de uma perspectiva positivista, sobressaltando o princípio da separação dos poderes, equiparando o Direito à lei, e suprimindo o debate ético da seara jurídica, esse constitucionalismo moderno foi desvirtuado e utilizado como pano de fundo de barbáries.

Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2a. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito.¹³⁹

Verificado que o positivismo havia criado efeitos indesejáveis, retomou-se a discussão sobre a inserção de valores no âmbito do Direito, e várias foram – e são – as reflexões acerca de um Direito Constitucional que não se contenta com o

¹³⁷ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 52.

¹³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 51

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, p. 4, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 07 nov. 2010.

enrijecimento formal de limitações ao poder através de um rol de posturas abstencionistas petrificadas através do legalismo.

É nesse âmbito que nasce o neoconstitucionalismo, expressão de um conjunto heterogêneo de mudanças de reflexões sobre o direito, de nuances ainda inacabadas, mas que tende a compreender a Constituição como instância suprema de reaproximação da concepção valorativa do Direito e com dotação de força normativa que se irradia por todo o ordenamento jurídico, não se contentando mais em ser um documento literário, mas uma ordem à concretização dos direitos fundamentais.

Luís Roberto Barroso condensa os marcos distintivos do neoconstitucionalismo da seguinte forma:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional¹⁴⁰

A essas ideias, agrega Ana Paula de Barcellos que o neoconstitucionalismo, sob o ponto de vista substancial, possui pelo menos dois elementos característicos dignos de nota:

(i) a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais; e (ii) a expansão de conflitos específicos e gerais entre as opções normativas e filosóficas existentes dentro do próprio sistema constitucional.¹⁴¹

Ambos os autores reconhecem que o neoconstitucionalismo, no entanto, e como já mencionado, é uma tendência do constitucionalismo atual, não podendo ser resumido em uma teoria unívoca, a despeito de serem evidenciadas algumas características comuns.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, p. 11, março/abril/maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 07 nov. 2010.

¹⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, p. 4, janeiro/fevereiro/março, 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 07 nov. 2010

O prefixo *neo* parece transmitir a idéia de que se está diante de um fenômeno novo, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu. De fato, é possível visualizar elementos particulares que justificam a sensação geral compartilhada pela doutrina de que algo diverso se desenvolve diante de nossos olhos e nesse sentido não seria incorreto falar de um novo período ou momento no direito constitucional.¹⁴²

Após identificar o neoconstitucionalismo como uma nova cultura jurídica ou um paradigma constitucionalista *in statu nascendi*, ressaltando que não se pode pretender reunir os autores a ele referentes em uma corrente unitária de pensamento, André Rufino do Vale diz que nas suas teorias é possível encontrar tendências comuns, as quais podem assim ser sintetizadas:

a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; b) a ponderação como método de interpretação/aplicação dos princípios e de resolução dos conflitos entre valores e bens constitucionais; c) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e até mesmo dos particulares em suas relações privadas; d) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição; e) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direito e moral.¹⁴³

Como revelado diante das transcritas noções acerca do neoconstitucionalismo, desse movimento surge a necessidade de concretizar os valores constitucionais. Paralelamente a isso, nota-se a atribuição crescente ao Poder Judiciário como instância que efetiva os direitos constitucionais, especialmente quando fracassam os outros atores do Poder Público.

Antes de entrar nos méritos dessa legitimidade, o estudo das normas constitucionais se centrava na sua eficácia jurídica¹⁴⁴. Após diversos trabalhos nesse sentido, e já no contexto do neoconstitucionalismo, concluiu-se que todas as normas possuem tal eficácia, não existindo nenhuma norma jurídica dela desprovida, em algum grau. Contudo, a doutrina esqueceu-se de observar as normas jurídicas sob o viés de sua efetividade, como criticou Luís Roberto Barroso:

Os trabalhos notáveis acima identificados, em meio a outros, dedicaram-se, substancialmente, à eficácia jurídica, para concluir que todas as normas constitucionais a possuem, em maior ou menor intensidade, e que são aplicáveis nos limites de seu teor objetivo.

¹⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, p. 1-2, janeiro/fevereiro/março, 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 07 nov. 2010

¹⁴³ VALE, Andre Rufino do. Aspectos do neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 09. P.67-68, jan./jun. 2007.

¹⁴⁴ Cf. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6a ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

Por opção metodológica ou por acreditar estar a matéria fora do plano jurídico, a doutrina não deu atenção especial a um problema diverso e vital: o de saber se os efeitos potenciais da norma efetivamente se produzem. O Direito existe para realizar-se e a verificação do cumprimento ou não de sua função social não pode ser estranha ao seu objeto de interesse e de estudo.¹⁴⁵

Assim, em atenção à perspectiva não apenas da eficácia jurídica, mas da eficácia social das normas, em meio às teorias neoconstitucionalistas, surge a assim chamada *doutrina brasileira da efetividade*.

A noção de efetividade ou eficácia social da norma expressa o fato do cumprimento da norma na realidade, sua observância real, a conformação de seu conteúdo à conduta humana. Em resumo, “significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social”.¹⁴⁶

A doutrina brasileira da efetividade se apóia em alguns pressupostos, diante do implemento dos quais a concretização no meio social das normas jurídicas não é um devaneio, mas uma hipótese que quer se transmutar em fato consumado. Segundo Barroso, tais pressupostos são senso de realidade, boa técnica legislativa, vontade política e exercício da cidadania.

Primeiro, é importante que haja senso de realidade, “para que não se pretenda normatizar o inalcançável, o que seja materialmente impossível em dado momento e lugar”.¹⁴⁷ A atemporalidade desse pressuposto pode ser encontrado mesmo em obras literárias, inclusive infantis:

É preciso exigir de cada um o que cada um pode dar, replicou o rei. A autoridade repousa sobre a razão. Se ordenares a teu povo que ele se lance ao mar, farão todos revolução. **Eu tenho o direito de exigir obediência porque minhas ordens são razoáveis.**¹⁴⁸

Além de senso de realidade ou razoabilidade nas ordens, deve-se fazer uso de uma *boa técnica legislativa*, a partir da qual se possam vislumbrar as posições dos sujeitos, além da definição de quais bens jurídicos e condutas são exigíveis.

É também necessária a vontade política do Poder Público em realizar os mandamentos constitucionais; vontade esta que não se pode confundir com

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 67

¹⁴⁶ Idem, ibidem. p. 71

¹⁴⁷ Idem, ibidem. p. 71

¹⁴⁸ SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O Pequeno Príncipe**. São Paulo: Agir, 2009.

alvedrio, mas com investidura da ação dos agentes políticos no conjunto de finalidades que pretende a Constituição alcançar. Sobretudo, ainda, sem o consciente *exercício da cidadania* a Constituição é irrealizável, pois o povo, do qual emana o poder, é o sujeito ativo ao mesmo tempo guardião e destinatário das normas constitucionais. Tal exercício deve se dar “mediante a exigência, por via de articulação política e de medidas judiciais, da realização dos valores objetivos e dos direitos subjetivos constitucionais”.¹⁴⁹

Nesse sentido, mais uma vez é ressaltado o Poder Judiciário como instância na qual se realizam os direitos constitucionais, em resposta ao exercício da cidadania que o instiga a realizar a Constituição através do direito de ação que lhe proíbe a inércia. E essa concepção intrinsecamente integra a própria noção da doutrina brasileira da efetividade, como ensina Barroso:

Em uma proposição, a doutrina da efetividade pode ser assim resumida: todas as normas constitucionais são normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos. Nas hipóteses em que tenham criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles direta e imediatamente exigíveis do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. **O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição.** (grifos aditados).¹⁵⁰

A postura neoconstitucionalista que incita o Poder Judiciário a esse papel mais ativo tem recebido críticas, como a formulada por Elival da Silva Ramos, que identifica o neoconstitucionalismo como elemento de impulsão do ativismo judicial. E um dos aspectos objeto da crítica é exatamente a ausência de homogeneidade teórica do novo paradigma:

Quando se procura compreender o que é o neoconstitucionalismo para poder analisá-lo criticamente, aceitando-o ou rejeitando-o, constata-se que se está diante de elaboração de tamanhas fragilidades, que não passa de muito mais do que um modismo intelectual.¹⁵¹

O autor não enxerga o ativismo judicial como uma prática benéfica à concretização dos direitos fundamentais, dentre os quais se inserem os direitos sociais, mas o identifica como uma prática transgressora do princípio democrático e da separação dos poderes.

¹⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 71

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. op. cit. p. 75.

¹⁵¹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 279.

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de outros Poderes¹⁵².

Com o breve estudo desses elementos, delinea-se, assim, o recorte contextual que serve como substrato teórico à discussão da problemática, que sempre pressupõe a tensão entre os postulados do neoconstitucionalismo e a perspectiva da doutrina brasileira da efetividade, em um polo, e a crítica ao ativismo judicial, do outro.

Nessa perspectiva dialética, pode-se analisar os critérios de justiciabilidade do direito à educação de qualidade, bem como estabelecer parâmetros dentro dos quais a atuação do Poder Judiciário é legítima e desejável para a sua efetivação.

4.2 A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

4.2.1 A justiciabilidade dos direitos sociais: a legitimidade do Poder Judiciário para interferir nas políticas públicas

O tema da justiciabilidade dos direitos sociais, genericamente considerado, tem permeado várias discussões jurídicas, suscitando posições extremadas dos dois lados. Com o amadurecimento do tema e a verificação de que os Tribunais não se furtam a decidir por conta das críticas de legitimidade aventadas, passou-se da defesa apaixonada pela intervenção do Poder Judiciário à temperança das posições, a fim de estabelecer critérios e limites para tal atuação.

¹⁵² Idem, ibidem. p. 116-117.

Uma das críticas mais lembradas repousa no princípio da separação dos poderes, como propugnado pelos opositores do ativismo judicial. De matiz liberal, essa crítica defende que “a atuação do Poder Judiciário no campo social representaria a usurpação de competências do Legislativo e do Executivo”¹⁵³.

Assim, o Poder Judiciário não poderia concretizar os direitos sociais diretamente a partir dos comandos da Constituição, mas apenas aplicar as normas legais que regulamentam o modo como eles devem ser providos pelo Estado, não cabendo determinar ou interferir nas decisões políticas.

Contudo, essa crítica adota o princípio da separação de poderes como instituidora de uma ramificação estanque de competências, distinta do modelo brasileiro, que é inspirado no sistema de freios e contrapesos, o qual envolve uma teia de limitações recíprocas e o exercício atípico, por um Poder, de atribuições que teriam como titulares outros Poderes. Tal crítica, por si, não é suficiente para afastar a possibilidade de judicialização dos direitos sociais, servindo, no entanto, para discutir os limites de sua legitimidade:

A concretização de direitos sociais pelo Judiciário, condenando a Administração a prover bens e serviços, insere-se nessa rede de limitações recíprocas. Não é possível, portanto, através da simples referência à separação de poderes, deslegitimar a garantia de direitos sociais pelo Judiciário. Pode-se discutir o grau dessa interferência. Pode-se argumentar que a jurisprudência brasileira “judicializa” excessivamente a política. Essa crítica, contudo, só ganha consistência quando opera com outros elementos, que não simplesmente o princípio da separação dos poderes.¹⁵⁴

Outra crítica de igual matiz liberal está na negação dos direitos sociais como direitos fundamentais, tese esta que já foi suplantada, inclusive topograficamente por nossa Constituição, e que, por já ter sido aventada no capítulo anterior, não será objeto de maiores delongas no tópico presente.

Ideologicamente impregnada de teor democrático, surge ainda a crítica da ausência de legitimação do Poder Judiciário para influir em questões políticas. Política e jurisdição, assim, seriam picos de uma dicotomia, sem espaço de intersecção.

¹⁵³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 520.

¹⁵⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. op. cit. p. 520-521.

Essa ideia de um Poder Judiciário apolítico foi combatida por Hans Kelsen, ao agregar argumentos para defender a jurisdição constitucional, com elementos que cabem amplamente na reflexão do trabalho sob apreço.

Tais argumentos partem do pressuposto errôneo de que entre funções jurisdicionais e funções políticas existiria uma contradição essencial [...]. Tal concepção, contudo, é falsa, porque pressupõe que o exercício do poder esteja encerrado dentro do processo legislativo. [...] Se enxergamos “o político” na resolução de conflitos de interesses, na “decisão” – para usarmos a terminologia de Schmitt – encontramos em toda sentença judiciária, em maior ou menor grau, um elemento decisório, um elemento de exercício de poder. [...] **Todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses ou de poder, e portanto toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política, e todo conflito que seja qualificado como de interesses, de poder ou político pode ser decidido como controvérsia jurídica.**¹⁵⁵

A tese de ausência de legitimidade democrática do Poder Judiciário encontra veemente resistência em Ana Paula de Barcellos, que estabelece um rol de sete razões justificando o contrário. Dentre elas, destacam-se:

(i) o Judiciário foi criado pela própria Constituição do Estado, derivando dela sua autoridade e compondo, juntamente com o Executivo e Legislativo, o Poder Político nacional; (ii) os órgãos de cúpula do Judiciário são formados pela vontade conjunta de Executivo e Legislativo, o que lhes confere considerável grau de representatividade em sua formação; [...] (iv) no que diz respeito à atividade jurisdicional propriamente dita, vale observar que ela se desenvolve sempre, e em qualquer caso, com fundamento e limite na norma jurídica – a Constituição ou a Lei – fruto de uma manifestação majoritária. Junte-se a isso que o Judiciário tem o dever de prestar contas de suas decisões publicamente, motivando-as explícita, racional e logicamente (o que não acontece com as deliberações meramente políticas); [...] (vi) o processo jurisdicional é mais participativo do que qualquer outro processo público, uma vez que às partes é assegurado amplo contraditório; e (vii) os grupos minoritários, ainda que não tenham acesso ao processo político, sempre terão acesso ao Judiciário para a preservação de seus direitos.¹⁵⁶

Além das críticas ideológicas mencionadas, também são postas na discussão críticas institucionais do Poder Judiciário enquanto instância de efetivação dos direitos sociais. Nesse âmbito, suscita-se o tema da reserva do possível, sobre o qual nos debruçaremos adiante, a crítica administrativa e a crítica técnica.

¹⁵⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 251-252

¹⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. P. 231.

No viés administrativo, demonstra-se que a interferência do Poder Judiciário desorganiza a Administração Pública e impede a execução de políticas públicas programadas, por exemplo, a longo prazo.

Ao invés de se devotarem ao planejamento e à execução de políticas públicas, os administradores acabariam se dedicando ao atendimento de demandas individuais decorrentes de decisões do Poder Judiciário, que têm se proliferado nos últimos anos.¹⁵⁷

Eis uma crítica considerável, a qual seria desidioso ignorar. Como se verificará adiante através de conclusões empíricas, o Poder Judiciário enfrenta o problema dos direitos sociais expressivamente através de demandas individuais, e, por isso, sói resolver os problemas envolvidos como se também fossem individuais, esquecendo-se de seu caráter coletivo, o que é capaz de comprometer programas mais abrangentes.

Em contraposição ao argumento de que cabe apenas aos Poderes Legislativo e Executivo o direcionamento do dinheiro público, Ana Paula de Barcellos defende que, ao contrário daquilo que se deixa a entender, o Poder Público não deve agir com total discricionariedade na fixação de tais políticas públicas. A Constituição já fixou várias prioridades, e as decisões políticas devem ser vinculadas ao texto constitucional.

Encontram-se as opções prioritárias definidas pela Constituição através dos objetivos fundamentais que foram traçados. Se tais objetivos já foram fixados, para sua consecução são envolvidos gastos e é através das políticas públicas que serão implementados, então nada mais lógico que inferir que as políticas públicas são vinculadas pela Constituição. Eis a construção de seu raciocínio:

Visualize-se novamente a relação existente entre os vários elementos que se acaba de expor: (i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos.¹⁵⁸

Através dessa ideia de vinculação das políticas públicas pela Constituição, surge mais uma justificativa para a interferência do Poder Judiciário nessa seara: ao passo em que as escolhas na alocação de recursos foram inseridas

¹⁵⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. op. cit. p. 528.

¹⁵⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit. p. 12

na Carta Magna, o assunto deixou de ser meramente político e transformou-se em assunto jurídico. Como um problema político-jurídico, amplamente aceitável seu deslinde através da jurisdição.

A nova ordem constitucional brasileira, incluindo extenso rol de direitos sociais a cargo do Estado, ampliou as suas tarefas, incorporando escopos econômicos e sociais dignos da tutela jurídica. Nesse viés, a política deixou de ser intangível e irrestritamente desvinculada, encontrando suas fronteiras na própria Constituição.

Observando esse fato em outras ordens constitucionais, Canotilho pontua que “a Constituição tem sempre como tarefa a realidade: juridificar constitucionalmente esta tarefa ou abandoná-la à política é o grande desafio. Todas as Constituições pretendem, implícita ou explicitamente, conformar o político”¹⁵⁹.

No que concerne ao direito à educação de qualidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já reconheceu a vinculação das políticas públicas à Constituição da República, afastando a discricionariedade política desregrada, como relatou Celso de Mello:

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). – Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola. [...] A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. [...] Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a

¹⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1982. p. 28

eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional¹⁶⁰.

A conclusão de que a Constituição estabelece imperativamente ordens acerca da definição dos gastos públicos não deveria causar estranheza, mas, talvez por sua simplicidade, acaba esquecida pelos defensores ferrenhos do princípio da separação dos poderes. No entanto, o argumento não pode ser utilizado para justificar a intervenção judicial ilimitada, pois “não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo”¹⁶¹.

4.2.2 O custo dos direitos sociais, as políticas públicas e a cláusula da reserva do possível

Uma linha comum encontrada em várias teses que se insurgem contra a possibilidade de ingerência do Poder Judiciário para a satisfação dos direitos sociais está em que, por sua natureza prestacional, tais direitos custam muito aos cofres públicos, portanto, apenas são realizáveis mediante políticas públicas, conforme o orçamento disponível.

O rol de direitos constante da Carta Magna, além de extenso, é exemplificativo, como pontua o art. 5º, §2º da Constituição. Em contrapartida, os recursos estatais, por maior que seja a carga tributária, são finitos, exigindo dos governantes a razoabilidade na sua aplicação, seguindo prioridades. Não se quer justificar a inexigibilidade dos direitos sociais, mas é ingenuidade, por ora, ordenar a efetivação dos mesmos em sua amplitude máxima.

Neste desiderato é que surgem as políticas públicas, conceituadas como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.¹⁶²

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2005.

¹⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit. p. 15

¹⁶² BUCCI, Maria Paula Dallari. apud SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 580.

A definição de políticas públicas é múnus dos Poderes Legislativo e Executivo, compostos por “pessoas com a necessária formação especializada para assessorá-los na tomada das complexas decisões requeridas nesta área, que frequentemente envolvem aspectos técnicos, econômicos e políticos diversificados”.¹⁶³

Isso porque é dito que o custo de implementação dos direitos sociais é maior do que o despendido para a realização dos direitos individuais, o que supostamente legitimaria a diferença de intensidade no grau de justiciabilidade entre as duas categorias. Em contrapartida, não seria dado ao Poder Judiciário, a quem faltam as técnicas e a legitimidade democrática para cuidar do Erário e para decidir como gastar o dinheiro público.

Os juízes não têm, em regra, tais conhecimentos especializados necessários, nem contam com uma estrutura de apoio adequada para avaliação das políticas públicas, o que se torna um elemento complicador no debate sobre a tutela judicial dos referidos direitos [sociais].¹⁶⁴

Abramovich e Courtis defendem que é falacioso o argumento de que o os direitos sociais são concretizados com muito dispêndio, enquanto tal não ocorre com os direitos individuais.

Segundo os autores, todos os direitos, de quaisquer categorias, envolvem custos. Nesse sentido, a proteção dos direitos civis e políticos implica gastos, por pressupor a criação, pelo Estado, de condições institucionais, como “existência e manutenção de tribunais, estabelecimento de normas e registros que confirmam relevância jurídica à decisão matrimonial ou ao ato de associação, convocação de eleições, organização de um sistema de partidos políticos etc.”¹⁶⁵

Apesar de a ideia ressaltar que nenhum direito é desprovido de custo, os termos em que fora defendida não elidem a constatação que, de fato, os direitos sociais costumam depender de maiores gastos para a sua realização do que os direitos da chamada primeira dimensão.

¹⁶³ SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 580

¹⁶⁴ Idem, ibidem. p. 580.

¹⁶⁵ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian apud SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 591.

De qualquer forma, os gastos para a criação de *condições institucionais* não são próprios aos direitos civis e políticos, sendo um fator comum nos gastos para a realização de qualquer direito. Por exemplo, a manutenção de tribunais não é um gasto específico dos direitos de primeira dimensão, mas sim um gasto do qual depende a resolução de qualquer litígio, de qualquer natureza que sejam os direitos envolvidos, inclusive sociais. É o que pontua Virgílio Afonso da Silva:

Ao contrário do que sustentam Abramovich e Courtis, direitos sociais e econômicos distinguem-se, sim, dos direitos civis e políticos pelos gastos que sua realização pressupõe. Embora seja correta a tese de que a realização e a garantia de qualquer direito custa dinheiro, também é verdade que a realização dos direitos sociais e econômicos custa mais dinheiro. Isso porque os mesmos gastos que tanto Abramovich e Courtis quanto Holmes e Sunstein apontam ser necessários para a garantia dos direitos civis e políticos são também necessários para a garantia dos direitos sociais e econômicos, especialmente aqueles gastos que Abramovich e Courtis chamam de gastos com a manutenção das instituições políticas, judiciais e de segurança. [...] **Diante disso, esses "gastos institucionais", que são diluídos na efetivação de qualquer tipo de direito, devem ser deixados de lado quando se comparam os custos dos direitos sociais e econômicos, de um lado, com os custos dos direitos civis e políticos, de outro.** (grifos aditados).¹⁶⁶

Logo, subtraídos os gastos comuns institucionais para a satisfação de qualquer direito, é fácil perceber que os direitos sociais decerto demandam maior alocação de recursos públicos para sua realização, tais como, no caso do direito à educação de qualidade, construção de escolas, disponibilização gratuita de material didático e complementar adequados, criação e manutenção de bibliotecas e laboratórios equipados (ex: computadores, material científico), etc.

A dialética entre os direitos sociais, custos e políticas públicas está intrínseca na maior parte dos aspectos discutidos no debate da justiciabilidade. E é dessa relação que nasce a cláusula da reserva do possível, quiçá o argumento mais invocado nas defesas estatais para se furtar à realização dos direitos sociais.

A cláusula da reserva do possível pode ser assim sintetizada: “os direitos a prestações podem ser exigidos judicialmente, cabendo ao Judiciário impor ao Poder Público as medidas necessárias à implementação do direito, desde que a ordem judicial fique dentro do financeiramente possível”¹⁶⁷.

¹⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 593.

¹⁶⁷ LIMA, George Marmelstein. op. cit. p. 192.

É interessante notar que a cláusula tem sua gênese vinculada a um caso prático dirimido pela Corte Constitucional Alemã, cuja discussão pairava sobre o direito à educação.

No caso “Numerus Clausus das Vagas em Universidades”, ao analisar a medida de exigibilidade dos direitos sociais, o Tribunal entendeu que o direito social à educação não gerava a obrigação estatal de prover serviços educacionais de nível superior, mas deveria o Estado demonstrar que, diante dos recursos financeiros disponíveis, estava prestando a efetividade do direito social em questão no mais alto grau possível.

Do modo como construído pela corte alemã, a tese é plausível. No entanto, não se pode invocá-la genericamente para se refugiar da obrigação para com os direitos fundamentais. Amplamente utilizada nas defesas, a cláusula da reserva do possível tem sido considerada com parcimônia no âmbito jurisprudencial:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade¹⁶⁸.

Uma reflexão relevante que pode decorrer da aplicação da aludida cláusula é a necessidade de os magistrados julgarem lides concernentes aos direitos sociais sob uma perspectiva coletiva, e não meramente individual.

Dessa forma, para proteger o direito social de um indivíduo em uma larga dose, pode o Poder Judiciário comprometer a viabilidade de um programa de políticas públicas envolvendo o mesmo direito social para toda a coletividade.

Essa perspectiva pode ser bem visualizada em se tratando do direito à saúde: Um indivíduo pede a condenação do Estado à dação de um caro tratamento que é comprovadamente o melhor e o mais eficaz na cura de seu gravame, e o Poder Judiciário lhe defere a tutela. O cumprimento dessa decisão pode implicar sacrifício ao direito dos demais portadores da mesma doença, pois, mesmo que o impacto individual de uma decisão isolada sobre o Erário seja ínfimo, sob uma perspectiva coletiva, o tratamento não poderia ser prestado a todos.

¹⁶⁸ Cf. STF, ADPF 45, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 04/05/2004

Criticando a forma individualista com a qual são tratados os direitos sociais e adotando uma perspectiva temperada sobre o ativismo judicial nesse âmbito, Virgílio Afonso da Silva pondera:

O enfoque que os juristas dão em geral à justiciabilidade dos direitos sociais, é que, em primeiro lugar, os juízes, ao tratarem os problemas dos direitos sociais como se fossem problemas iguais àqueles relacionados a direitos individuais, ignoram o caráter coletivo dos primeiros. Esse caráter coletivo exige, como não poderia deixar de ser, políticas públicas que são pensadas coletivamente, algo que os juízes não fazem.¹⁶⁹

Embora demandáveis individualmente, em virtude do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, os direitos sociais possuem um viés coletivo. **Não se deve esquecer que o seu lema orientador é a igualdade material.** Uma decisão em uma lide individual que prioriza, em amplo grau e com grande custo, o direito de um indivíduo face ao Estado pode subtrair a possibilidade de efetivação do direito de muitos, ainda que em menor grau, mas com maior universalidade.

Para demonstrar a relevância do princípio da igualdade, revela-se a sua presença na concepção da cláusula do possível, como se nota do excerto do julgamento alemão, transcrito por Ricardo Lobo Torres, que demonstra também a necessidade de considerar os direitos sociais coletivamente:

Os direitos a prestações não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível, no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão. Em primeira linha compete ao legislador julgar, pela sua própria responsabilidade, sobre a importância das diversas pretensões da comunidade, para incluí-las no Orçamento, resguardando o equilíbrio financeiro geral... Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do ensino superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por vários fatores. Isso levaria a um entendimento errôneo da liberdade, junto ao qual teria sido ignorado que a liberdade pessoal, em longo prazo, não pode ser realizada alijada de capacidade funcional e do balanceamento do todo, e que o pensamento das pretensões subjetivas ilimitadas às custas da coletividade é incompatível com a ideia do Estado Social... Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria

¹⁶⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 596.

justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade.¹⁷⁰

Uma hipótese mediante a qual se poderia vislumbrar o que aqui se quer dizer seria condenar o Estado a implantar um curso de Medicina em determinada localidade, sendo que com o mesmo custo poder-se-ia matricular vários alunos no ensino fundamental, obtendo, assim, maior distribuição de igualdade e alcançando quantidade maior de beneficiados.

Outro argumento que se colhe da reserva do possível é que, sendo os recursos limitados, caberia ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, através de políticas públicas, decidir as prioridades na aplicação dos recursos, o que já foi tratado quando da análise do viés da legitimidade.

Como já mencionado, a Constituição fixa suas próprias prioridades, as quais limitam a discricionariedade do Poder Público na fixação de tais políticas públicas. Ana Paula de Barcellos aponta que não só a arrecadação pelo Estado, mas também as despesas efetuadas por ele deveriam despertar o interesse da sociedade, assim justificando:

Desperdício e ineficiência, prioridades incompatíveis com a Constituição, precariedade de serviços indispensáveis à promoção de direitos fundamentais básicos, como educação e saúde, e sua convivência com vultosos gastos em rubricas como publicidade governamental e comunicação social não são propriamente fenômenos pontuais e isolados na Administração Pública brasileira¹⁷¹.

Nesse ponto é possível estabelecer uma ressalva com base fática, a qual a comunidade jurídica parece ignorar: É necessário cuidado ao invocar a reserva do possível, pois o Estado gasta menos do que pode (ou deve) no âmbito do direito à educação e de outros direitos sociais. Longe está de estourar o orçamento.

Em nosso ordenamento jurídico, as despesas devem ser previstas em competente Lei Orçamentária, a qual é consensualmente considerada como meramente autorizativa.¹⁷² Com isso, quer-se dizer que o Poder Executivo tem flexibilidade na condução do orçamento, não está obrigado a gastar toda a dotação prevista, ainda que as expectativas de arrecadação sejam concretizadas – o que em

¹⁷⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 324.

¹⁷¹ BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit. p. 16

¹⁷² MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 233.

regra ocorre -, exceto em alguns casos previstos na Constituição. Em suma, a previsão orçamentária *autoriza* que o Poder Público gaste determinada cifra para a implementação de programas em determinada área, mas não o *obriga* a gastar.

Dessa **faculdade de não gastar**, no entanto, podem advir diversos prejuízos à sociedade. Primeiro, é necessário advertir que a máquina estatal não pode tentar funcionar como se fosse uma empresa privada. Seu objetivo não deve ser a mera acumulação de riquezas, mas sim, dentre outros, *garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais* (art. 3º da Constituição da República). Conforme já asseverado, isso demanda dinheiro.

Ao contrário de um administrador privado, o Poder Público não pode ter como objetivo de sua atividade a acumulação de riqueza como fim em si mesmo. Superadas as concepções totalitárias, prevalece a idéia de que o Estado é uma realidade instrumental a serviço de certas finalidades, mais precisamente a realização do bem comum ou do interesse público, ainda que seja difícil precisar o sentido da expressão. No âmbito estatal, as receitas justificam-se pelas despesas que serão realizadas em função do interesse público¹⁷³.

Através de uma comparação entre as previsões da Lei Orçamentária Anual e o real investimento do Poder Público para determinadas áreas, verifica-se que as despesas têm sido aquém do permitido. Para uma melhor noção do que ora se comenta, visualiza-se o seguinte quadro, com base no ano de 2005¹⁷⁴.

ESTRUTURA/PROGRAMA	LOA 2005	EXECUÇÃO 2005	VARIAÇÃO (R\$)	VARIAÇÃO (%)
Presidência da República	3.041.683.670	2.451.576.546	590.107.124	80,60
Secretaria Especial dos Direitos Humanos	77.648.108	60.950.374	16.697.734	78,50
Atendimento Sócio- Educativo do Adolescente em Conflito com a Lei	15.050.000	2.811.668	12.238.332	18,68
Promoção e Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente	26.550.000	9.643.302	16.906.698	36,32
Ministério da Educação	21.022.574.093	20.028.496.888	994.077.205	95,27
Desenvolvimento da Educação Infantil	16.629.600	8.594.976	8.034.624	51,68

¹⁷³ MENDONÇA, Eduardo. op. cit. p. 245

¹⁷⁴ MENDONÇA, Eduardo. op. cit. p. 239

Desenvolvimento do Ensino Fundamental	1.169.403.499	989.044.586	180.358.913	84,58
Ministério da Saúde	40.542.754.890	40.174.955.571	367.799.319	99,09
Saneamento Básico Urbano	826.391.568	656.068.039	170.323.529	79,39
Ministério do Esporte	631.745.498	423.460.947	208.284.551	67,03

Conclui-se, por exemplo, que no tangente ao desenvolvimento da educação infantil, o Estado gastou pouco mais da metade do que poderia. E mesmo que a variação percentual do orçamento total do Ministério da Educação revele que pouco menos de 5% deixou de ser gasto, não se deve impressionar, pois se verifica que a cifra retida beira R\$1.000.000.000,00 (um bilhão de reais).

O valor retido em educação é tão expressivo que poderia custear o orçamento idealmente previsto para políticas de Saneamento Básico Urbano, para a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, o Atendimento Sócio-Educativo do Adolescente em Conflito com a Lei e a Promoção e Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente, todos juntos, e ainda sobrar dinheiro.

Seria suficiente para cobrir todas as despesas autorizadas para o Ministério do Esporte, e ainda sobrar mais de R\$350.000.000,00 (trezentos e cinquenta milhões de reais).

Insta lembrar que, não obstante os projetos de leis orçamentárias (plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais, segundo o artigo 165 da Constituição) sejam de iniciativa do Poder Executivo, a aprovação advém do Congresso Nacional, que dá a palavra final. As políticas públicas referentes aos setores mencionados foram, portanto, consideradas relevantes e dimensionadas na medida dessa importância pelos representantes do povo. Não parece justo que os gastos sejam cortados, especialmente sem qualquer motivação, como ocorrem com as decisões políticas.

Economizar em direitos fundamentais, quando há receita para sua maior realização, não soa justo, não soa como vontade de alcançar os escopos constitucionais. Especialmente em se tratando de direito à educação, cuja instrumentalidade para a consecução da cidadania e mesmo para outros direitos já foi demonstrada. Especialmente quando os índices relativos à qualidade da educação e ao analfabetismo põem o Brasil em uma situação de vergonha mundial.

A retenção de verbas tende a produzir, na melhor das hipóteses, programas menos abrangentes. E a verdade é que os cortes têm atingido programas relacionados a áreas em que, para além de

qualquer dúvida, a atuação do Estado tem sido insatisfatória ou insuficiente¹⁷⁵.

Dessa forma, não se pode invocar a reserva do possível para legitimar a insuficiente atuação na esfera do direito à educação de qualidade. Esse argumento seria prematuro, pois o Estado, comprovadamente, não pode reclamar que está efetivando tal direito social na medida do possível. Se pode mais, mais deveria ser feito, em se tratando de um direito fundamental social.

Por fim, é preciso registrar uma posição aparentemente contrária à defendida no presente trabalho, trazida a lume por Ricardo Lobo Torres:

A desinterpretação, operada no Brasil pela doutrina e pela jurisprudência, do conceito de *reserva do possível*, serviu para alargar desmesuradamente a judicialização da política orçamentária até o campo dos direitos sociais, ao confundi-los com os fundamentais. Reserva do possível no Brasil passou a ser reserva fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver *disponibilidade financeira*, que pode compreender a existência de *dotação orçamentária* ou de *dinheiro sonante* na caixa do Tesouro! Como o dinheiro público é inesgotável, segue-se que sempre há possibilidade fática de garantia de direitos! (grifos originais).¹⁷⁶

Não se pretende, aqui, defender a judicialização desregrada das políticas públicas, tampouco a sua isenção de qualquer controle jurídico. Buscamos, por assim dizer, uma posição temperada.

Tal posição deve reconhecer a justiciabilidade dos direitos sociais e a possibilidade de ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas relativas ao direito à educação, desde que algumas condições e limites sejam observados.

A cláusula da reserva do possível, **com as características com que fora concebida**, constitui um parâmetro inicial inteligente a ser seguido, pois exige que, no julgamento concernente aos direitos sociais, sejam os mesmos analisados conforme seu impacto coletivo, e não meramente individual, de forma sempre a assegurar a **igualdade material**.

Não se defende, ainda, que todas as demandas no campo dos direitos sociais sejam deferidas enquanto e sempre que o Estado dispuser de dinheiro. No entanto, questiona-se o fato de que, dispondo de recursos financeiros e **direcionando-os** formalmente através de lei para programas determinados à consecução dos direitos fundamentais, o Estado tem retido dinheiro sem prestar

¹⁷⁵ MENDONÇA, Eduardo. op. cit. p. 241

¹⁷⁶ TORRES, Ricardo. op. cit. p. 326-327.

contas à sociedade, sem motivar tal decisão, não obstante seja manifesta a carência dos brasileiros na satisfação de necessidades básicas.

4.2.3 Outros parâmetros de controle de políticas públicas direito à educação de qualidade

As críticas aventadas, como demonstrado, não são aptas a retirar a justiciabilidade dos direitos sociais. É preciso lembrar que a própria Constituição da República alçou-os à condição de cláusulas pétreas, protegendo-os contra a proibição do retrocesso. Como assevera Paulo Bonavides, “os direitos sociais não são apenas justiciáveis, mas são providos, no ordenamento constitucional da garantia da suprema rigidez do parágrafo 4º do art. 60”¹⁷⁷.

Não se pode subtrair, por outro lado, a contribuição dos opositores em frear o ativismo judicial ilimitado. Analisando as defesas, é possível assinalar que não apenas os direitos sociais em si, mas também as políticas públicas a eles relacionadas são passíveis de interferência judicial.

Estabelecidos em seção anterior elementos que demonstram o que a Constituição entende por educação de qualidade, para que a fixação desse conceito não se conforme apenas segundo idiosincrasias e subjetivismos dos julgadores, resta parametrizar os limites do controle de políticas públicas educacionais.

Reiterando as conclusões alcançadas, não se deve optar entre o ativismo judicial irresponsável e ilimitado e a contenção judicial, imunizando as políticas públicas relativas aos direitos sociais do controle. As críticas e as defesas não são suplantadas umas pelas outras, mas contribuem com elementos para a formulação de uma posição mais temperada. É o que salienta Virgílio Afonso da Silva:

A questão discutida neste trabalho não é uma mera questão de opção entre ativismo ou contenção judicial, embora ela seja frequentemente apresentada como se assim o fosse. É certo que os partidários da idéia de contenção judicial têm que defender que os juízes devem se manter afastados de decisões relativas a políticas públicas, mas isso não significa que toda corrente ativista tenha

¹⁷⁷ Cf. BONAVIDES Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2000.

necessariamente que defender o seu oposto, ou seja, que os juízes devam sempre decidir sobre políticas públicas. Nesse sentido, é possível defender uma forma de ativismo judicial – ou seja, defender que os juízes são legítimos para discutir políticas públicas – e, mesmo assim, sustentar que esse ativismo é limitado por uma série de razões estruturais.¹⁷⁸

A fim de que o controle judicial não seja exacerbado, Ana Paula de Barcellos propõe alguns parâmetros, com critérios relacionados ao montante de recursos que devem ser aplicados nas políticas públicas, à consecução das finalidades esperadas, e à definição das próprias políticas públicas.

Quanto à definição ou escolha das políticas públicas a serem implementadas, percebe-se que tal incumbência foi atribuída pela Constituição da República às instâncias *político-majoritárias*. São vinculadas as finalidades que devem ser cumpridas, mas a definição dos meios através dos quais elas serão alcançadas cabe ao Poder Público.

Ainda assim, é possível vislumbrar um controle nessa seara, ainda que mínimo, em decorrência da já estudada juridicização das políticas públicas em sede constitucional.

Além de observar as prioridades elencadas pela Carta Magna, o controle pode ser instituído para suprimir das possibilidades de escolha das demais esferas de poder aqueles meios manifestamente ineficientes para a realização dos objetivos constitucionais. Assim, resguarda-se uma eficácia mínima às ações estatais e se institui um contributo para que sua previsão não se torne mera retórica política, evitando que seja maquiada a não satisfação dos anseios constitucionais, além do desperdício do valioso dinheiro público.

As políticas públicas *têm* de contribuir com uma eficiência mínima para a realização das metas estabelecidas na Constituição; caso contrário, não apenas se estará fraudando as disposições constitucionais, como também desperdiçando recursos públicos que, como já se sublinhou, são sempre escassos em face das necessidades existentes¹⁷⁹.

Nesse sentido, é válida a comparação entre o que a Constituição sinaliza como educação **de qualidade** e as metas para alcançá-la, bem como a eficiência mínima que as políticas públicas são capazes de conseguir. Ademais, no

¹⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 596.

¹⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit. p. 24.

que tange à educação, a Carta define o objeto que as ações estatais têm que necessariamente contemplar:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (EC nº 59/09).

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (EC nº 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 nº 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, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (EC nº 59/09).

Outro parâmetro proposto, que com o antecedente guarda intrínseca relação, é a verificação da obtenção do resultado final esperado, através da extração do texto constitucional das metas e efeitos aguardados.

Não faz sentido, por exemplo, uma política pública de aceleração da formação educacional do indivíduo, pulando etapas do seu desenvolvimento e da aquisição de competências básicas para despejá-lo da escola, quando a Constituição propõe a erradicação do analfabetismo. Não objetiva a Carta apenas burlar os vergonhosos índices de analfabetos no Brasil, mas buscar o *pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*.

Outro exemplo mais é o traçado a partir do artigo 208, inciso I, o qual estabelece o dever do Estado de, prioritariamente e sob pena de responsabilidade da autoridade competente, prover o ensino básico obrigatório a todos os cidadãos, em qualquer idade. Essa indiscutível prioridade não pode ser subterfugida, e o Estado deve provê-la a qualquer custo, estando impossibilitado de se proteger com a cláusula da reserva do possível.

O critério restante se reveste de maior objetividade. Trata-se do acompanhamento da aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos

conforme a vinculação sediada na Constituição da República, como ocorre nos casos dos direitos fundamentais à saúde e à educação.

Quanto ao direito à educação, o artigo 212 pontua:

Art. 212 CF: A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Observando esse parâmetro, o Ministério Público de São Paulo propôs, entre 1996 e 2005, demandas objetivando acompanhar se os gastos efetivos com educação estavam em harmonia não só com os mínimos exigidos pela Constituição, mas também com outros instrumentos, com pedido liminar para compelir aos órgãos competentes a apresentar as informações que comprovassem tal cumprimento. Por exemplo, no processo nº 105/1996, visou-se o cumprimento da Lei Orgânica do Município de São Paulo, cuja fatia orçamentária vinculada à educação era de 30%¹⁸⁰.

Importa ressaltar que o descumprimento da norma constitucional de aplicação dos recursos em educação conforme o percentual mínimo é condição material suficiente para que seja decretada a intervenção da União no Distrito Federal e nos Estados, bem como destes nos Municípios, a teor do que dispõe o artigo 34, inciso VII, alínea “a” e o artigo 35, inciso III da Constituição da República.

Em suma, Ana Paula de Barcellos identifica os parâmetros da quantidade de recursos, do resultado final de eficiência aceitável e da definição de políticas públicas vinculadas à Lei Maior.

Contudo, a autora reconhece que tais parâmetros não são autossuficientes, devendo ser acompanhados da garantia do acesso à informação, a fim de que se possibilite a verificação a observância dos preceitos, bem como a elaboração de instrumentos de controle, definindo as sanções cabíveis em caso de descumprimento¹⁸¹

¹⁸⁰ O FINANCIAMENTO público da Educação e a Justiça Paulista. **Boletim OPA – Obstáculos e Possibilidades de Acesso**. São Paulo: Ação na Justiça, 06 a 19 out. 2005.

¹⁸¹ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. op. cit. p. 24-28.

4.3 A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO SOB O VIÉS EMPÍRICO E O PAPEL DA SOCIEDADE EM SUA CONCRETIZAÇÃO

Até então nossa preocupação se cingiu em defender um ativismo judicial responsável, que obedeça parâmetros, mas não se furte a realizar o direito à educação de qualidade.

Perpassado o âmbito das teorias, impende levantar alguns dados sobre a litigância judicial no concernente ao objeto de estudo proposto, do que resultará maior segurança nas conclusões, pois falar em efetividade implica verificar a realidade.

A importância dessa verificação reside também na assertiva segundo a qual a litigiosidade é diretamente proporcional ao grau de desenvolvimento social, incluindo riqueza financeira e nível educacional, como Bentes e Hoffmann concluíram:

No tocante aos índices de litigiosidade, um recente estudo de caso da Universidade de Brasília mostra que, em um universo de 100.000 habitantes, os índices de casos nos tribunais de justiça de primeira instância seguem o mesmo padrão da composição geral sócio-econômica de cada Estado: o Rio Grande do Sul lidera em quantidade, por alta margem, sobre o Rio de Janeiro, que é seguido de Goiás, e logo depois por Pernambuco e Bahia. [...] De um modo geral, parece existir forte correlação entre renda, níveis de educação e litigiosidade. [...] Quanto mais ricas e mais educadas forem as populações, mais litígios elas geram. Nem a mera existência de uma estrutura jurídica nem, inversamente, a impropriedade dos serviços básicos são suficientes para o desencadeamento de uma revolução nos pleitos em torno de direitos sociais¹⁸².

Flávia Piovesan também compartilha desse entendimento:

No Brasil, apenas 30% dos indivíduos envolvidos em disputas procuram a Justiça estatal, existindo uma clara relação entre índice de desenvolvimento humano e litigância, ou seja, é acentuadamente maior a utilização do Judiciário nas regiões que apresentam índices mais altos de desenvolvimento humano.¹⁸³

No âmbito dos litígios envolvendo o direito à educação, nota-se uma ainda incipiente coleção de demandas, ao contrário do que ocorre com o direito à

¹⁸² BENTES, Fernando R.N.M; HOFFMANN, Florian F. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 384.

¹⁸³ PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes (coord.) **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68.

saúde, como observam Bentes e Hoffmann¹⁸⁴ ao tentar reconhecer padrões estatísticos de litigiosidade em direitos sociais envolvendo cinco Estados brasileiros: Bahia, Goiás, Pernambuco, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul.

Na Bahia, assustadoramente, foram encontrados pelos autores apenas catorze casos envolvendo o direito à educação, enquanto que em Goiás este número se elevou para noventa e dois, quantidade ainda inexpressiva.

Os padrões que emergem do total de cinco Estados e das duas Cortes Superiores revelam duas tendências gerais. A primeira é uma espantosa assimetria entre o grande número de casos referentes à saúde e um número comparativamente pequeno de casos de direitos educacionais: em um mesmo período de tempo, nos tribunais pesquisados, o universo total de casos estudados comportou 96% de saúde e 4% de educação.¹⁸⁵

Verifica-se, portanto, que a sociedade não tem reivindicado o seu direito à educação, desprezando-o em relação, por exemplo, ao direito à saúde. Mas as razões desse percentual podem ser muitas. Podemos supor, apenas exemplificativamente, que, como existe uma correlação entre recursos financeiros, nível de educação e litigiosidade, as camadas sociais que procuram seus direitos têm arcabouço educacional em patamar satisfatório, talvez por sua opção em pagar por ensino de melhor qualidade. Em contrapartida, os maiores prejudicados com a educação de baixa qualidade não possuem o hábito de litigar por direitos sociais.

Após analisar casos envolvendo o direito à educação, destaca-se que na maioria das vezes as lides se concentram em dois temas: a relevância do ensino fundamental, com o caráter inescusável de sua não oferta regular, e casos relativos à matrícula em instituições de ensino superior, não obstante a inadimplência¹⁸⁶.

Diante do levantamento, a autora critica que a base da argumentação repousa na perspectiva das relações de consumo, não levando em consideração o prisma dos direitos humanos, sem mencionar as ferramentas de proteção internacionais.

Por outro lado, tal como no campo da saúde, há um universo de demandas fundamentadas não sob a ótica dos direitos humanos (*human rights approach*), mas sob a ótica das relações de consumo. [...] As decisões judiciais estudadas, seja na área da saúde ou da educação, não mencionam os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, nem tampouco as observações gerais dos Comitês da ONU. O silêncio quanto à incorporação dos parâmetros

¹⁸⁴ Cf. BENTES, Fernando R.N.M; HOFFMANN, Florian F. Op. cit.

¹⁸⁵ BENTES, Fernando R.N.M; HOFFMANN, Florian F. Op. cit. p. 391.

¹⁸⁶ Cf. PIOVESAN, Flávia. op. cit.

protetivos mínimos da ordem internacional revela tanto o desconhecimento do Poder Judiciário a respeito da matéria e sua vocação refratária ao direito internacional como também a não utilização de tais instrumentos internacionais de direitos humanos pelos próprios litigantes.¹⁸⁷

Ainda, uma decepcionante conclusão frente aos esforços do trabalho em erigir um direito à educação de qualidade, nota-se que, além de as demandas educacionais serem demasiado individuais, “não se discute a qualidade da educação prestada, mas, sobretudo, o acesso à educação e seu alcance”¹⁸⁸.

Para mudar esse quadro e efetivar o direito à educação de qualidade, não se deve confiar toda a tarefa ao Poder Judiciário. É imprescindível que a sociedade tome as rédeas da realização dos direitos que lhe pertencem.

Nesse sentido é a assertiva do Virgílio Afonso da Silva, para quem “da mesma forma que a conquista de direitos civis e políticos foi uma conquista da sociedade civil, efetivada por meios políticos, a implementação de direitos sociais e econômicos não vai ser realizada de forma diversa”¹⁸⁹.

O problema paradoxal, no entanto, é que quanto maior a necessidade de determinada camada social, menor é a sua propensão a reivindicar pela educação. Está-se diante de uma equação na qual os fatores são inversamente proporcionais e que pode conduzir a um círculo vicioso de estagnação.

Mas não se deve desanimar. Como aponta Flávia Piovesan, a formação de uma jurisprudência protetora e a consolidação do Poder Judiciário como instância apta a emancipar os direitos sociais depende da ação da sociedade civil.

É fundamental que a sociedade civil, mediante suas múltiplas organizações e movimentos, acione de forma crescente o Poder Judiciário, otimizando o potencial emancipatório e transformador que o direito pode ter. Só assim haverá maior transparência e *accountability* dos deveres do Estado no tocante à implementação dos direitos à saúde e à educação¹⁹⁰.

No âmbito da posição dos indivíduos, não se deve tentar frear a procura ao Judiciário, que se manifesta como instância de socorro nos casos de violação aos direitos fundamentais.

As particularidades do direito à educação, como a sua necessária instrumentalidade para a consumação dos objetivos fundamentais da República e a

¹⁸⁷ Idem, ibidem. p. 67.

¹⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. op. cit. p. 67

¹⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. op. cit. p. 592

¹⁹⁰ PIOVESAN, Flávia. op. cit. p. 69

previsão de aplicação mínima de recursos em sua manutenção e desenvolvimento, com possibilidade de intervenção no ente federativo transgressor, demonstram o alto grau de relevância dado a este direito fundamental social pela Constituição da República.

Portanto, a preocupação com o direito à educação não pode se cingir ao acesso universal, devendo se compreender uma prestação de qualidade a todos. Disso depende a edificação de uma sociedade livre, justa e solidária.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Diante do quadro hodierno de pobreza educacional no Brasil, mesmo após a promulgação da Constituição da República de 1988, que envida esforços especiais para proteger o direito à educação de qualidade, surge a questão acerca do cumprimento do papel do Poder Judiciário na sua efetivação.

2. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XXVI, preceitua que “a educação terá por objeto o pleno desenvolvimento da personalidade humana e o fortalecimento do respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais; favorecerá a compreensão, a tolerância, e a amizade entre todas as nações e todos os grupos étnicos ou religiosos; e promoverá o desenvolvimento das atividades das nações unidas para a manutenção da paz”. Partindo dos elementos principais da Declaração, a Unesco propôs uma definição de educação de qualidade, supondo que ela se concretiza quando: impulsiona no educando o *respeito aos direitos humanos*, é *equânime* (igualdade de acesso e de condições para permanência e desenvolvimento da personalidade), *relevante* (apta a alcançar os objetivos a que se propõe), *pertinente* (adequada conforme as idiosincrasias e a diversidade do alunados), *eficiente* (resultado de uma otimização na prestação dos serviços educacionais), *eficaz* (produtora de resultados extrínsecos – ex: erradicação do analfabetismo) e *alcança o objetivo de desenvolver a personalidade e a dignidade humanas*.

3. A Constituição da República sinaliza elementos do direito à educação de qualidade compatíveis com a definição da Unesco, estabelecendo como finalidades precípua da educação “o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” . Sempre

que não promova esses objetivos, não estará presente a qualidade na educação, por carecer de relevância e pertinência, ensejando, assim, a interferência do Poder Judiciário. Ademais, os princípios contidos no artigo 206 da Carta conformam o direito à educação de qualidade, os quais são dotados de força normativa e não podem ser ignorados na implementação de políticas públicas.

4. O Poder Judiciário não pode se furtar a solucionar problemas atinentes à educação de qualidade, sob o argumento de que não lhe cabe a definição concreta da locução adjetiva, haja vista a própria Constituição da República já ter emanado parâmetros positivos de aferição de tal qualidade, bem como sinalizado a legislação infraconstitucional competente para sua lapidação.

5. O direito à educação de qualidade revela sua densidade jurídica ao se expressar como limite heterônomo do Poder Constituinte, direito social transdimensional e direito público subjetivo, além de ser ofertado através do serviço público essencial condicionado à cláusula de qualidade prevista na Constituição.

6. Um interessante traço de densidade do direito à educação de qualidade reside em sua multidimensionalidade ou transdimensionalidade, que se traduz na reciprocidade de influências e na convergência da educação de qualidade com todos os demais direitos fundamentais. Ao mesmo passo em que o direito à educação de qualidade deve ser norteado pelos princípios típicos de todas as categorias – liberdade, igualdade, fraternidade ou solidariedade, democracia e pacificidade, com a adoção da existência de cinco dimensões de direitos como apontada por Paulo Bonavides – a educação é instrumento indispensável para a concretização de todos os demais direitos fundamentais.

7. O problema acerca das possibilidades de o Poder Judiciário efetivar os direitos sociais, especialmente o direito à educação de qualidade, possui recorte contextual no neoconstitucionalismo, que pode ser entendido como um conjunto heterogêneo de transformações, que tende a compreender a Constituição como instância de reaproximação do Direito aos valores, dotada de força normativa irradiante por todo o ordenamento jurídico, e que estabelece ordens de concretização dos direitos fundamentais.

8. No afã neoconstitucional de realizar a Constituição, nota-se uma atribuição crescente ao Poder Judiciário do papel de efetivar os direitos fundamentais. Há posições contrárias a esta postura, identificando-a como prática transgressora do princípio democrático e da separação de poderes.

9. No entanto, auferese a legitimidade do Poder Judiciário para interferir nas políticas públicas relativas aos direitos sociais, sem que haja, em tese, violação ao princípio da separação dos poderes e do regime democrático, pois: a) o referido princípio no ordenamento jurídico brasileiro é flexível, baseado no sistema de freios e contrapesos; b) o Poder Judiciário não é apolítico, ao passo que todo conflito de interesses é um conflito político, toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política, e todo conflito político pode ser decidido como controvérsia jurídica; c) o Poder Judiciário é também expressão do regime democrático; d) a Constituição vincula as opções e prioridades em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos, sendo que tais assuntos deixam o terreno meramente político para ser também conformado juridicamente, o que lhes torna passíveis de apreciação jurisdicional.

10. Os direitos sociais, inclusive o direito à educação de qualidade, são justiciáveis.

11. Segundo a formulação da cláusula da reserva do possível, os direitos a prestações podem ser exigidos judicialmente, podendo o Judiciário impor ao Poder Público as medidas necessárias à implementação do direito, desde que observada a medida possível de realização conforme os recursos disponíveis.

12. Interpretando a cláusula da reserva do possível a partir da decisão alemã que a concebeu, verifica-se que sua base intenta resguardar a igualdade material. Portanto, ao decidir sobre direitos sociais, o Poder Judiciário não pode resolver os conflitos apenas de uma perspectiva individual, mas deve observar sempre o viés coletivo.

13. Em contrapartida, observando-se dados fáticos, verifica-se que a invocação da reserva do possível em relação à concretização do direito à educação de qualidade é prematura, pois o Estado tem efetuado as despesas nessa área muito aquém do que poderia e do que está autorizado a gastar.

14. Embora a lei orçamentária brasileira seja considerada meramente autorizativa, a *faculdade de não gastar* pode trazer prejuízos, pois economizar em direitos sociais, diante das carências da sociedade, não transparece compromisso com a concretização dos objetivos da República.

15. Não se pretende retirar a flexibilidade do Poder Executivo na condução das políticas públicas, e nem se defende que todas as demandas no campo dos direitos sociais devam ser deferidas enquanto e sempre que o Estado

dispuser de dinheiro. Mas questionamos o fato de que, dispondo de recursos financeiros e direcionando-os formalmente através de lei para programas determinados à consecução dos direitos fundamentais, o Estado tem retido dinheiro sem prestar contas à sociedade, sem motivar tal decisão, não obstante seja manifesta a carência dos brasileiros na satisfação de necessidades básicas.

16. A fim de corroborar com a posição temperada adotada no presente trabalho, a favor do ativismo judicial para a efetivação do direito à educação de qualidade, mas desde que observados alguns limites, identificamos três parâmetros de controle: a) a averiguação da real aplicação, pelos entes federados, dos percentuais da receita previstos no artigo 212 da Constituição para a manutenção e desenvolvimento educacionais; b) verificação da vinculação das políticas públicas aos anseios constitucionais, a fim de resguardar uma eficácia mínima em tais políticas, proibindo aquelas manifestamente ineficientes; c) a constatação da obtenção ou não das metas traçadas e efeitos esperados pela Constituição.

17. A observação empírica da litigiosidade envolvendo o direito à educação demonstra um nível inexpressivo de demandas. As decisões revelam que as ações não reivindicam a qualidade na educação, bem como que tal direito ainda é tratado sob um enfoque individualista, sem se considerar o seu caráter coletivo, além de ser dirimido sob a ótica consumerista, ignorando a perspectiva do direito à educação de qualidade como um direito humano. Tanto os litigantes quanto os julgadores parecem não conhecer o amplo instrumental normativo sobre a matéria no âmbito do direito internacional.

18. O Poder Judiciário, observando a reinterpretação da cláusula da reserva do possível e os demais parâmetros de controle, deve ser considerado uma instância de efetivação do direito à educação de qualidade. No entanto, para a consolidação dessa condição, é imprescindível a atuação da sociedade civil em acionar crescentemente o Poder Judiciário, incitando-o a resolver as lides do direito à educação sob a perspectiva da prestação de qualidade, com atenção ao impacto coletivo e com a abordagem dos direitos humanos. Apenas dessa forma será possível emancipar o direito à educação *de qualidade*.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian apud SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ATRIA, Fernando. ¿Existen Derechos Sociales? **Discusiones**. Nº 4, ano 2004. Disponível em <[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf#search="atria"&page=21](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf#search=)>. Acesso em 14 nov. 2010.

BARBOSA, Carlos Cezar. **Responsabilidade Civil do Estado e das Instituições Privadas nas Relações de Ensino**. Rio de Janeiro: Forense, 2004

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, p. 4, janeiro/fevereiro/março, 2007. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 07 nov. 2010

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, p. 11, março/abril/maio,

2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 07 nov. 2010.

BENTES, Fernando R.N.M; HOFFMANN, Florian F. A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 384.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9a. ed Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 28

BONAVIDES Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Malheiros, 2000

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 16 de julho de 1934. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 01 nov. 2010.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. 10 de novembro de 1937. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 01 nov. 2010.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. 25 de março de 1824. Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em 01 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466343*. Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 12 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário no Agravo Regimentalº 410715*. Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. apud SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes [et al.] (coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1982.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2009.

CASASSUS, Juan. **A escola e a desigualdade**. Tradução Lia Zatz. 2. ed. Brasília: Líber Livro Editora, Unesco, 2007.

CHINCHILLA HERERRA, Tulio Elí. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

CHIZZOTTI, Antonio. A Constituinte de 1823 e a Educação. In: FÁVERO, Osmar (org.). **A Educação nas Constituintes Brasileiras: 1823-1988**. 3ª ed. Campinas: Autores Associados, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. In: CARVALHO, Júlio Marino de. **Os Direitos Humanos no Tempo e no Espaço: visualizados através do direito internacional, direito constitucional, direito penal e da história**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

DIO, Renato Alberto Teodoro di. **Contribuição à sistematização do Direito Educacional**. Taubaté: Imprensa Universitária, 1982.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Poder Constituinte**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRANÇA, et. al. **Convenção relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino**, de 14 de novembro de 1960. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/pd-conv-cdiscriminacao-ensino.html>>. Acesso em 30 out 2010.

FRANÇA. **Constituição de 1791**. Textos e Documentos da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais: UFMG, [200-?]. Disponível em: < <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2010.

GARCIA, Maria. A nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, ano 6, nº 23, abril-jun. 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GUSMÃO, Joana Borges Buarque de. **A Construção do Tema da Qualidade no Brasil**. São Paulo: ANPAE, 2009. Disponível em: < www.anpae.org.br/congressos_antigos/simposio2009/153.pdf>. Acesso em 07 nov. 2010.

HADDAD, Fernando. Petróleo e qualidade da educação. **Folha de S. Paulo**, 31/08/2008, A, p. 3. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/folha_artigo_haddad.pdf>. Acesso em 08 out. 2010.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** 3ª ed. São Paulo: Minelli, 2006.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2005.

LOCKE, John. Ensaio Acerca do Entendimento Humano. **Segundo tratado sobre o governo**. 5.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

LUZURIAGA, Lorenzo. **História da educação e da pedagogia**. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1955.

MALISKA, Marcos Augusto. Educação, Constituição e Democracia. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. **Direito à Educação de Qualidade**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MENDONÇA, Eduardo. Da Faculdade de Gastar ao Dever de Agir: O Esvaziamento Contramajoritário de Políticas Públicas. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Ciudad de México: [s.n.], [200-?]. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2010.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTESQUIEU. Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

O FINANCIAMENTO público da Educação e a Justiça Paulista. **Boletim OPA – Obstáculos e Possibilidades de Acesso**. São Paulo: Ação na Justiça, 06 a 19 out. 2005.

OLIVEIRA, Romualdo Portela. **Estado e política educacional no Brasil: desafios do século XXI**. 2006. Tese (Livre-docência) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes (coord.) **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O Pequeno Príncipe**. São Paulo: Agir, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes (coord.) **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010,

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécie**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TAILÂNDIA et. al. Declaração Mundial sobre Educação para Todos: satisfação das necessidades básicas de aprendizagem. 1990. Documentos da UNESCO. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000862/086291por.pdf>>. Acesso em 30 out. 2010

TAVARES, André Ramos. Direito Fundamental à Educação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da democracia na América**. Cascais: Principia, 2002

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.) **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

UNESCO. **Educação de qualidade para todos: um assunto de direitos humanos**. Brasília: UNESCO/OREALC, 2007.