

revista Acadêmica

# Direitos Fundamentais

**Marilda Watanabe de Mendonça**

**Carlos Eduardo Volante**

**Eliana Regina de Paula Silva**

**Flávio Aduino Ulian**

**Mariarosa Costa Gonçalves**

**Fábio Amadeu Martins Perroni**

**Débora Queiroz Oliveira Feres Ribeiro**

**Antonio Cláudio Flores Piteri**

# Contribuição discente

## parte 1



# A educação como direito social

## Reflexões sobre o regime constitucional, a força normativa da Constituição e o mínimo existencial

Recebido em 09|09|2010 | Aprovado em 21|10|2010

*Marilda Watanabe de Mendonça*

### Sumário

**Introdução. 1 Conceito e regime constitucional do direito à educação. 2 A força normativa da Constituição. 3 Direito à educação e o mínimo existencial. Conclusão. Referências Bibliográficas.**

Procuradora do Estado de São Paulo, Consultora Jurídica da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo, pós graduada em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional, professora de Direito Constitucional, mestranda no curso de Direitos Fundamentais – Positivização e Concretização Jurídica dos Direitos Humanos Fundamentais, no Centro Universitário FIEO – UNIFIEO. Artigo apresentado como exigência parcial para a Disciplina Educação, Metodologia e Pesquisa em Direito.

**Orientadora** | Márcia Cristina Alvim

### Resumo

O presente artigo tem por finalidade a análise do conteúdo do direito à educação na Constituição Federal de 1988, enquanto direito social. Assim, em primeira linha investiga-se o regime constitucional do direito à educação, posteriormente, desenvolve-se o tema diante do princípio da dignidade humana, dos objetivos da Constituição e da normatividade deste. Na sequência, parte-se para o estudo do tema diante do mínimo existencial e da reserva do possível.

Demonstra-se, assim que a educação é dever do Estado e verdadeiro direito fundamental social, cuja aplicabilidade é imediata, face sua natureza, porque pertence ao núcleo do mínimo existencial, bem como porque é instrumento viável à realização de uma sociedade livre, justa e solidária.

### Palavras-chave

Direitos à educação. Dignidade. Direitos sociais. Normatividade. Mínimo existencial.

**Abstract**

*This article aims to examine the contents of the right to education in the 1988 Brazilian Federal Constitution as social rights. Thus, it primarily investigates the constitutional right to education, and then develops the theme on the human dignity, the Constitution and the objectives of its normativity. As a result, it starts to study the issue on light of existential minimum and reserve to possibility. It is shown, so that education is the duty of the state and*

*true fundamental social right, whose applicability is immediate, given its nature, because it belongs to the core of existential minimum, and because it is a viable tool to conduct a free and fair society.*

**Key words**

*Right to education. Dignity. Social rights. Normativity. Existential minimum.*

**Introdução**

Com a promulgação da Constituição de 1988, o panorama constitucional do direito à educação ganhou um novo contorno, tanto que foi expressamente mencionado como direito social no artigo 6º. do texto e recebeu uma sistematização peculiar, no qual o constituinte originário concedeu clareza e contundência ao Direito à Educação (artigos 205/214).

O tratamento constitucional emprestado à educação tem sentido de educação escolarizada, embora a expressão seja muito mais abrangente, porque tem relação direta como o desenvolvimento pleno da personalidade e das potencialidades de um ser humano. Consigne-se, também, que sua concretização está diretamente ligada ao valor da Dignidade Humana, o qual além de princípio fundamental da República (artigo 1º., III da Constituição de 1988), é vetor interpretativo dos direitos fundamentais.

A hermenêutica atual tem se conduzido pela normatividade do direito à educação, tendo em vista que a atual Constituição deve ser entendida como um sistema de regras e princípios abertos a uma interpretação valorativa, conferindo densidade a todas as normas que integram o sistema.

Neste sentido, resta ultrapassada a idéia de que a educação é norma programática, sem eficácia imediata. A imperatividade do comando constitucional da educação é evidente. O teor do artigo 5º. §1º. da Constituição, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a hermenêutica contemporânea apresentam-se como fundamentos para esta afirmação.

Destaque-se, também, a concepção inspirada no direito português de que o direito à educação integra o *standard* mínimo de direitos fundamentais, enquanto fator a dar sustentação à efetiva normatividade de tal direito.

A concretização da educação, enquanto direito social fundamental é possível face à natureza dos comandos constitucionais existentes e se trata de um grande desafio no atual momento, demandando sua implementação manejo com a complexidade de sua estrutura e com as questões de ordem orçamentária, também representadas pelo Princípio da Reserva do Possível.

A Educação é direito que integra a cidadania e a dignidade da pessoa humana e somente sua realização contribuirá para a efetivação dos objetivos da República, de construção der uma sociedade livre, justa e solidária, nacionalmente desenvolvida,

com a erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais e livre de quaisquer formas de discriminação (artigo 3º da Constituição de 1988).

## 1 Conceito e regime constitucional do direito à educação

Educação, deriva do termo *educare* (criar, nutrir, cuidar ensinar). *Duco* quer dizer conduzir, então educar é conduzir, nutrir para fora, para o mundo. Gabriel Chalita afirma que educação é “preparar a pessoa para viver no mundo, fora do seu universo individual”<sup>1</sup>. Trata-se do desenvolvimento das potencialidades do ser humano. E a educação, embora com graduações, nuances e impactos diversos começa junto com a vida, e se concretiza nos mais diversos locais, ocorrendo em vários momentos pontuais de nossa existência.

Carlos Rodrigues Brandão, assevera que :

... Não há única forma de educação; a escola não é o único modelo de educação (...) Existe educação de cada categoria de sujeitos de um povo; ela existe em cada povo, ou entre povos que se encontram ... que submetem e dominam outros povos... da família à comunidade, a educação existe difusa em todos os mundos sociais, entre as incontáveis práticas dos mistérios de aprender...<sup>2</sup>

O direito à educação tem disciplina constitucional peculiar na Carta de 1988, pois o artigo 6º da CF/88 textualmente dispõe que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Cons-

tituição”. Portanto, a educação é um direito fundamental social.

Os direitos sociais tem *status positivus*, no dizer de Ingo Wolfgang Sarlet<sup>3</sup>, pois estes tem por principal objetivo a melhoria de condições de vida da coletividade, implicando, deste modo em prestações positivas do Estado, com instituição e execução de políticas públicas, com prestações fáticas e normativas para sua concretização. Assim, tal qual outros direitos sociais, é possível que se exija do Estado prestações no sentido de se efetivar a garantia e aplicação do direito à educação. A concretização do Estado Democrático de direito, na realidade só se dá com a implementação de direitos desta grandeza.

Tratam-se também de direitos cuja aplicabilidade é imediata, ante o conteúdo expresso do § 1º do artigo 5º da nossa Carta Magna: *As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Importante frisar que os direitos sociais integram o catálogo de direitos fundamentais, conseqüentemente são protegidos pela cláusula da imutabilidade, disciplinada no artigo 60§4º da Constituição de 1988. Opera-se este destaque, a fim de afastar qualquer argumento em sentido contrário à sua fundamentalidade, visto ser o artigo 6º. parte integrante do título II, intitulado dos Direitos e Garantias Fundamentais. E para reforçar ainda mais sua natureza, observe-se que o Brasil é signatário do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cujo *status* de norma constitucional é

<sup>1</sup> CHALITA, Gabriel. **Pedagogia da amizade**. São Paulo: Gente, 2008, p.48.

<sup>2</sup> BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **O que é educação**. São Paulo: Brasiliense, 2007, p. 9-10.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 283.

inquestionável, face o constante no artigo 5º, § 2º da Lei Maior de 1988.<sup>4</sup>

Em razão do exposto, a educação, tal qual outros direitos sociais, tem aplicabilidade imediata, porque integra o rol de direitos fundamentais, constitui-se limitação de ordem material para o constituinte reformador e por último, é direito supra nacional porque o Brasil subscreve instrumento protetivo de direitos humanos específico de direitos sociais.

Sobre o tema constam das colocações de Paulo Gustavo Bonet Branco:

...No título I da Constituição (Dos Princípios Fundamentais) fala-se na dignidade da pessoa humana como fundamento da República e essa dignidade deve ser compreendida no contexto também das outras normas do mesmo Título em que se fala no valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em erradicação da pobreza e marginalização e em redução de desigualdades sociais. Tudo isso indica que os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior. Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais situando os direitos sociais como centrais para sua idéia de Estado democráticos, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas...<sup>5</sup>

O direito à educação é de tamanha relevância que ganhou sistematização própria na Constituição vigente, no título VIII, iniciando-se pelo dispositivo do artigo 205 que de plano indica: a universalidade do direito em comento, eis que se trata de

direito de todos, cujos obrigados são Estado, família e sociedade, direito esse público subjetivo; com finalidade de pleno desenvolvimento da pessoa, preparo para a cidadania e qualificação para o trabalho.

“Para que seja efetivado o desígnio constitucional, torna-se indispensável a existência de escola para todos. Em sentido contrário, o direito público subjetivo à educação ficará sem sentido”, adverte Uadi Lammêgo Bulos.<sup>6</sup>

A educação mencionada nos dispositivos constitucionais é a escolarizada<sup>7</sup>, em vista da literalidade dos princípios elencados no artigo 206 do texto constitucional, sendo relevante destacar que todas as colocações do presente levam em consideração esta conotação, em que pese o sentido e a finalidade da educação serem muito mais abrangentes, conforme consignou o constituinte originário no artigo 205 da Constituição<sup>8</sup>.

A sistematização do direito à educação, na Carta Constitucional vigente, implica em reconhecer: i) a isonomia, já mencionada como objetivo do Estado Democrático de Direito (artigo 3º), princípio basilar dos direitos fundamentais (artigo 5º., *caput*) e agora expressamente consignada como base do sistema educacional brasileiro, *ex- vi* do artigo 206, I do Texto Constitucional; ii) a responsabilidade pela oferta negativa ao ensino obrigatório, também

<sup>4</sup> Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela ONU em 1966 e aprovado através de decreto legislativo no. 226 de 12.12.1991 e promulgado em 06.07.1992 no Brasil, disponível no endereço eletrônico <HTTP// www.portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis.../pacto\_dir\_economicos.htm>.

<sup>5</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.301.

<sup>6</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1305.

<sup>7</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1305. Salienta o autor que “...a luz do art. 206, caput, da Carta Suprema, é método de transmissão de conhecimentos e de capacitação do indivíduo, pela educação regular, formal ou escolarizada...”.

<sup>8</sup> Art. 205 caput: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

consignado no texto constitucional; iii) a gratuidade do ensino público, bem como, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, a gestão democrática, a garantia da qualidade são princípios fundamentais da educação.

A propósito vale salientar as palavras de André Ramos Tavares sobre o tema:

... Na liberdade de ensinar encontram-se diversas liberdades: i) liberdade de cátedra, propriamente dita; ii) liberdade de escolha, inclusive dos pais... quanto a certos conteúdos e certos estabelecimentos de ensino. Considere-se ainda que no Brasil, o ensino é expressamente aberto à livre iniciativa privada (art.209, caput.CB).

(...)

Nesse sentido, o Estado cumpre e respeita o direito à educação quando deixa de intervir de maneira imperial ditando orientações específicas sobre a educação ...Também cumpre a referida dimensão deste direito quando admite a pluralidade de conteúdos ...<sup>9</sup>

O constituinte além de conferir autonomia às universidades (artigo 207), elencou as garantias que cercam o direito à educação, tais como obrigatoriedade do ensino fundamental; a progressiva universalização do ensino; atendimento especial aos deficientes; educação infantil para crianças até 05 anos; acesso aos níveis mais elevados do ensino, pesquisa e criação, segundo a capacidade de cada um, oferta de ensino noturno, etc.

Estas são as linhas mestras do sistema educacional adotado. Já no que tange à organização de cunho administrativo, em razão da forma federativa do estado brasileiro, este sistema é distribuído nas diversas esferas da federação e observada à autonomia pertinente à cada pessoa

política, restou dever constitucional da União financiar as instituições de ensino públicas federais, exercendo atividade redistributiva e supletiva, garantia a equalização de oportunidade e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios ( artigo 211§1º.); quanto aos Estados e Distrito Federal, suas funções precípuas são a de oferta prioritária de ensino fundamental e médio ( artigo 211§ 3º.); e ao Município priorizou-se a educação fundamental e infantil ( artigo 211§42º.).

Destaque-se também a possibilidade da participação do setor privado no sistema educacional. O artigo 209 da Carta vigente condiciona sua participação da seguinte forma: necessidade de atendimento aos princípios das normas gerais de educação, bem como, intervenção do Poder Público na fiscalização e no controle ( incisos I e II do dispositivo).

O constituinte, uma vez que elegeu o direito fundamental à educação como dever do Estado, previu no artigo 212, que o custeio de tal sistema ocorrerá através do financiamento do ensino público pelos entes federados, com as respectivas frações anuais obrigatória de aplicação no ensino, quer sejam: 18% para a União, 25% para os Estados, Distrito Federal e Municípios e na sequência determina as regras de cálculo (artigo 212e §§).

Por último, integra também o regime constitucional do direito à educação o plano plurianual de educação, expressamente mencionado no artigo 214 da Car-

<sup>9</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito fundamental à educação**. In: Direitos sociais. **Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. coordenação Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.777.

ta Magna, impondo ao legislador ordinário, o dever de estabelecê-lo, segundo às finalidades ali constantes : erradicação do analfabetismo; universalização do atendimento escolar; melhoria da qualidade do ensino; formação para o trabalho e promoção humanística, científica e tecnológica do País.

## 2 A força normativa da Constituição.

A atual Constituição elenca dentre os seus objetivos, no artigo 3º, a construção de sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e redução de desigualdades sociais, bem como a promoção do bem de todos e sem dúvida, por força de regras de interpretação, mormente diante do princípio da unidade da Constituição<sup>10</sup>, é possível afirmar que o direito à educação está intrinsecamente relacionado à sua concretização.

O artigo 205, por sua vez, situa o tema de forma a contemplá-lo como direito de todos e dever do Estado, da sociedade e da família. Justamente em razão da abstração de tais comandos constitucionais, muito se discute sobre a aplicabilidade, a efetividade e a natureza da norma em questão, bem como se a interpretação de normas de caráter programático impõe algum limite ou não à atuação do Judiciário, por exemplo.

Assim, é imperioso destacar que a análise da efetividade das normas constitucionais, necessariamente perpassa pelo o es-

tudo da classificação das normas constitucionais, pois existe um escalonamento no que tange aos efeitos destas. A doutrina clássica, inspirada na lição de José Afonso da Silva<sup>11</sup>, afirma serem as normas constitucionais de três espécies: as de eficácia plena e aplicabilidade imediata; as de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas restringíveis; e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que se subdividem em normas definidoras de princípio institucional e normas definidoras de princípio programático.

Nesta toada, as normas constitucionais de eficácia plena, são aquelas que produzem efeitos imediatos, ou seja, geram direitos subjetivos exigíveis de forma imediata. As normas constitucionais de eficácia contida, embora tenham uma densidade de forma a possibilitar a exigência dos direitos nela contidos, podem ter sua eficácia e aplicabilidade limitadas por outras normas. As normas de eficácia limitada, ao reverso destas, não detêm normatividade suficiente para sua aplicação, dependendo da intervenção do legislador ordinário, que lhes completará o sentido, dividindo-se, estas em norma de princípio institucional, que organizariam o Estado e as de princípio programático, que refletiriam os elementos socio-ideológicos<sup>12</sup>.

Diante de tal classificação, discute-se se as normas atinentes à educação teriam um caráter programático, e não contemplariam os direitos nela constantes, mas apenas grandes programas, ou metas de go-

<sup>10</sup> GUERRA, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS 2007, p. 72. O autor discorre sobre o tema: "...1. O primeiro e mais importante – desses princípios é o da unidade da constituição, o qual determina que se observe a interdependência das diversas normas da ordem constitucional, de modo a que formem um sistema integrado, onde cada norma encontra sua justificativa nos valores mais gerais, expressos em outras normas...".

<sup>11</sup> SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.101;116;125.



verno a serem perseguidos pelo poderes constituídos. A doutrina contemporânea<sup>13</sup> aponta que esta postura não se coaduna com os princípios gerais de direito, informadores do Estado Democrático de Direito, especialmente se observarmos que uma das opções políticas do constituinte originário foi a de conferir aplicabilidade imediata e *status* de cláusula pétrea aos direitos fundamentais, e aqui indubitavelmente estaria inserida a educação.

Vidal Serrano Nunes, ao abordar o tema afirma:

... O propósito primeiro dos direitos sociais é assegurar dignidade material a todos, buscando neste ponto, a igualdade entre as pessoas. É evidente que não se cuida de uma igualdade material absoluta, incompatível com o modelo de organização da economia que adotamos, mas do princípio que aponta que as pessoas devem ser iguais em dignidade

(...)

Nessa linha de raciocínio, é evidente que a interpretação de qualquer norma programática, consubstanciadora de direitos sociais, deve sempre ser direcionada no sentido da realização do Estado Democrático Social de Direito, pena de grave subversão dos valores incorporados à nossa Constituição...<sup>14</sup>

Educação e dignidade humana estão intrinsecamente entrelaçadas. Um dos princípios informadores do Estado brasileiro é o da dignidade humana, o qual se encontra expressamente mencionado como fundamento da República, *ex-vi* do artigo 1º., inciso III. Jorge Miranda<sup>15</sup> afirma que a Dignidade passa a ser fonte ética de todos os direitos fundamen-

tais, com conotação de unidade valorativa do sistema constitucional, de forma que é inconcebível o sacrifício de tal valor em favor do grupo social ou da Administração, propriamente dita. É postulado ético que o ser humano, o homem, na acepção ampla do termo, deve ser tomado como um fim em si mesmo, e pode exigir prestações do Estado, que lhe assegurem o mínimo para a existência digna. Tais prestações, na lição de Canotilho relacionam-se diretamente com as atinentes ao exercício dos direitos de cunho econômico, social e cultural, como a educação e saúde, por exemplo.<sup>16</sup>

Consigne-se, à propósito, que a hermenêutica contemporânea se conduz pela normatividade das normas constitucionais, enquanto sistema de regras e princípios, abertos a uma interpretação valorativa<sup>17</sup>, no qual compete ao intérprete observar a densidade de cada uma das normas que integram este sistema tão peculiar. As normas concernentes aos direitos sociais são densas e carregadas de normatividade<sup>18</sup>, porque detêm comandos de cunho imperativo, que não comportam descumprimento.

Sequer é possível sustentar que normas atinentes à educação detêm caráter programático e estariam meramente vinculadas à vontade estatal para a sua concretização, pois o Supremo Tribunal Federal, já advertiu que "... a interpretação de norma programática não pode transformá-la em

<sup>13</sup> NUNES JR, Vidal Serrano. **A cidadania social na constituição de 1988**. São Paulo: Verbatin, 2009, p.107-108. No mesmo sentido está André Ramos Tavares.

<sup>14</sup> NUNES JR, Vidal Serrano. **A cidadania social na constituição de 1988**. São Paulo: Verbatin, 2009, p. 108-109.

<sup>15</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional** : direitos fundamentais. 2. ed. Coimbra: Almedina, vol. 4, 1998, p. 166-167.

<sup>16</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 383.

<sup>17</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 2010, p.352-358. No mesmo sentido é a doutrina de Willis Santiago GUERRA FILHO em sua obra "**Processo constitucional e direitos fundamentais**".

<sup>18</sup> CUNHA JR, Dirley da. A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In **Leitura complementares de direito constitucional**: Direitos humanos e Direitos fundamentais organizado por Marcelo Novelino, Salvador: Editora JusPodivm, 3. ed. 2008, p. 372. Afirma o autor sobre o tema: "... a Constituição não reconhece direitos fundamentais sem conteúdo. Sempre haverá um conteúdo mínimo e essencial, a possibilitar a perfeita e imediata fruição dos direitos conferidos. E a depender da hipótese, deve e pode o Judiciário completar a norma, compondo construtivamente o conteúdo material dos direitos fundamentais por ocasião de sua aplicação no caso concreto...".

promessa constitucional inconsequente...”<sup>19</sup>

Há outros argumentos operando em favor da eficácia das normas atinentes à educação: como outros direitos fundamentais tem caráter indivisível, seu comando detém um conteúdo imperativo, sendo interdependente de outros direitos; as regras de interpretação sistemática levam a indubitável conclusão de sua aplicabilidade<sup>20</sup>, que vem reforçada pelo teor do artigo 5o.º do mesmo texto: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Pelo exposto, as normas constitucionais atinentes à educação têm força normativa, são imperativas e devem ser interpretadas dentro de uma perspectiva de unidade constitucional, observada a Dignidade Humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, e aplicabilidade imediata resguardada pelo constituinte originário, que também consagrou tal espécie de norma no núcleo imutável da Carta de 1988.

### 3 Direito à educação e o mínimo existencial

A conceituação do mínimo existencial é muito complexa. Em estudo pormenorizado sobre o tema, Paulo Gilberto Cogo Leivas<sup>21</sup>, afirma:

... A mais completa definição é formulada, contudo, por CORINA TREISCH:

O mínimo existencial é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc. Compreende a definição do mínimo existencial tanto a necessidade física como também cultural-espiritual, então se fala de um mínimo existencial cultural...

Canotilho faz referência a um “núcleo básico de direitos sociais”, na ausência do qual o Estado deve se considerar infrator das obrigações jurídico-sociais impostas pelo Texto Constitucional<sup>22</sup>. Há sempre um “*standard*” mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito, um conjunto de circunstâncias que compõem o mínimo vital de um ser humano.

Por todas estas lições é possível concluir, que a mesma ideia que torna incontroversa a existência de um núcleo essencial de direitos fundamentais de cunho individual (liberdade, igualdade, vida etc) deve permear os direitos sociais, aí se incluindo a educação.

Impossível sustentar-se uma democracia pautada pela Dignidade Humana, sem o direito fundamental à educação, enquanto necessidade básica fundamental de todo ser humano, servindo-se de instrumento adequado ao objetivo constitucional de uma sociedade, justa e solidária.

<sup>19</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 271.286 /RS – Relator Ministro Celso de Mello – julgamento de 12.09.2000, disponível no endereço eletrônico <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>, consulta em 25.05.2010.5

<sup>20</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p.61/64. Afirma a autora sobre o tema: “... Nesta ótica, a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos, pelo qual o valor da liberdade se conjuga ao valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade ...Atente-se ainda que, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º parágrafo 1º. Este princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais...”

<sup>21</sup> LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura Normativa dos **Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial**. In Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie, coordenação Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, 2. Tiragem R.J.: Lumen Juris, 2010, p.301.

<sup>22</sup> CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, pag.482.

Destaque-se que a questão vai além de uma abordagem jurídica, pois os mais renomados educadores apontam a educação como caminho para o desenvolvimento e autonomia do ser humano<sup>23</sup>. Tanto assim é verdade que a ONU, para estabelecer o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) dos países, leva em consideração, a educação, a distribuição de renda e a expectativa de vida das pessoas. Pedro Demo<sup>24</sup> afirma que “a construção do conhecimento é a arma primordial da equalização de oportunidades...”

Não fosse assim, a educação não estaria incluída dentre os direitos fundamentais. Nesta medida a interpretação de tal categoria de direito, deve acontecer à luz dos valores superiores que direcionam sua aplicação<sup>25</sup>, especialmente porque se trata de um direito fundamental atrelado à Dignidade Humana.

A Dignidade Humana é valor de tamanho relevo em nosso sistema constitucional que está capitulada no artigo 1º, III da Constituição vigente, como princípio da República, refletindo-se como grande marco no constitucionalismo brasileiro, pois “preordena a compreensão e a interpretação dos direitos sediada no núcleo central da Constituição, a organização dos poderes e do Estado”<sup>26</sup> ou seja, tanto o legislativo, ao elaborar a norma legal, quanto o judiciário ao proferir um julgamento,

quanto o Executivo ao estabelecer políticas públicas, necessariamente deverão ter por baliza a Dignidade Humana.

Márcia Cristina de Souza Alvim define Dignidade:

... A dignidade da pessoa humana inclui direitos inerentes à personalidade da pessoa, direitos estes individuais e pessoais (direito à vida, à integridade moral e física) e, também os direitos estabelecidos para a coletividade, quais sejam os direitos sociais, econômicos e culturais.

Para o livre desenvolvimento da personalidade entendemos que o indivíduo é quem faz o seu projeto de vida, é ele quem possui a liberdade de escolha; o indivíduo, no desenvolvimento de sua personalidade, é o senhor de uma liberdade de escolha baseada na mora, que permite eleger seu verdadeiro projeto de vida...<sup>27</sup>

Assim, é vedada ao Estado a adoção de posturas que venham a frustrar a concretização do direito à educação, sob pena de tais atos serem considerados inconstitucionais. Neste passo, a não adoção de políticas públicas eficientes de educação, é tão inconstitucional, quanto o fechamento de uma escola, sem a construção de outra em sua substituição; a extinção de cargos de professores, por exemplo.

Dirley da Cunha Junior esclarece sobre o tema<sup>28</sup>:

... os direitos sociais para serem usufruídos, reclamam, em face de suas peculiaridades, a disponibilidade das prestações materiais que constituem seu objeto, já que tutelam interesses e bens voltados à realização da justiça social. Daí dizer-se corretamente que os direitos sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos *através do Estado*, porquanto

<sup>23</sup> Neste sentido: Edgar MORIN. **A cabeça bem feita**. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004 e Pedro DEMO. **Pesquisa e construção do conhecimento**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.12.

<sup>24</sup> DEMO, Pedro. **Pesquisa e construção do conhecimento**. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.12.

<sup>25</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996, p.60. Afirma a autora: “... À luz dessa concepção, infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais, ao constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro...”

<sup>26</sup> FERRAZ, Anna Cândida Cunha. In **Direitos humanos fundamentais: posituação e concretização**. Org. Eduardo C.B.Bittar e Anna Cândida da Cunha Ferraz. Osasco: Edifio, 2006, p. 139.

<sup>27</sup> ALVIM, Márcia Cristina de Souza. A Educação e a Dignidade Humana. In **Direitos Humanos Fundamentais: posituação e concretização**. Org. Eduardo C.B.Bittar e Anna Cândida da Cunha Ferraz. Osasco: Edifio, 2006, 192.

<sup>28</sup> CUNHA JR, Dirley da. A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In **Leitura Complementares de Direito Constitucional – Direitos humanos e Direitos Fundamentais**. organização Marcelo Novelino. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p.367.

exigem dos órgãos do poder público certas prestações materiais...

Entretanto é certo que o mínimo existencial não tem parâmetros específicos e bem assentados, e sua fixação, embora fundamentada no direito constitucional por meio das vertentes que dispõem sobre direitos fundamentais e direitos humanos, está intrinsicamente ligada a fatos históricos e orçamentários.

Em nosso país a educação se encontra na esteira inicial de sua concretização. A fundamentação de tal direito reafirme-se é constitucional e supra estatal. Entretanto sua realização depende de ações positivas do Estado, com proteção jurídica diversa dos direitos fundamentais de cunho individual, pois reitera-se: há necessidade de ações positivas, de políticas públicas eficientes para se dar concretizar o comando constitucional em estudo.

Há de se considerar, diante da estrutura necessária a imprimir a educação escolarizada, então expressada pelo constituinte originário (art. 206 do texto constitucional), que para sua implementação é necessária uma estrutura complexa, na qual a construção de escolas, a contratação e aprimoramento constante de educadores, caminha simultaneamente, com a necessidade de apoio do material didático, como o livro, as mídias; a questão do transporte, da saúde, elementos estes indissociáveis à perfeita fruição do direito à educação. Neste diapasão, em razão do custo, da valoração material que o direito à educação, tal qual o direito à saúde,

detém, sua concretização tem enfrentado sérios obstáculos de cunho orçamentário, levantando-se à discussão, sobre a compatibilização do mínimo existencial em sede de direitos sociais e a reserva do possível.

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filtchner Figueiredo discorrendo sobre as dimensões da reserva do possível assinalam:

... A construção teórica da “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos... Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência Constitucional Federal da Alemanha ...<sup>29</sup>

Assim, afirmam os mesmos autores, que o caso paradigma da reserva do possível ficou conhecido como “*numerus clausus*”, o qual versava sobre o acesso universal ao ensino público superior, decidindo a Corte Alemã no sentido de que a realização de tal direito social, estaria intimamente ligada à existência de recursos orçamentários que pudessem fazer frente a tal despesa.

Vidal Serrano Nunes abordando a questão diz:

... O cerne da questão descansa na premissa de que os recursos públicos são limitados e, nessa ordem, insuficientes ao atendimento de todas as demandas da coletividade. Assim o Estado, estaria impedido à realização de escolhas, as quais, de sua vez, ficariam situadas no campo da projeção da chamada discricionariedade administrativa, impedindo, pois a exigibilidade judicial de tal direito...<sup>30</sup>

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.29.

<sup>30</sup> NUNES JR, Vidal Serrano. **A cidadania social na constituição de 1988**. São Paulo: Verbatin, 2009, p.172.

O autor segue em sua obra, indicando que a utilização de tal princípio demanda cautela, porque somente seria possível falar em reserva do possível em relação a direitos sociais que não estivessem no âmbito de aplicação do conceito de mínimo vital, bem como porque as condições jurídicas positivas nas quais a teoria nasceu não são idênticas no Brasil.

Consigne-se, outrossim, que embora não esteja constitucionalizado o princípio da reserva do possível, este se apresenta como uma baliza intransponível na ponderação da aplicação dos recursos públicos e da efetivação de direitos, mesmo porque há de se enfrentar a questão da proporcionalidade entre os recursos e a exigibilidade dos direitos<sup>31</sup>. A aplicação da teoria em questão pode racionalizar a aplicação e também a administração dos recursos públicos, mas também não podem ocorrer excessos. É preciso que se vislumbre, antes de mais nada, o princípio da eficiência da Administração Pública (artigo 37, *caput*)<sup>32</sup>, certamente este será um dos melhores vetores para se maximizar o acesso aos direitos sociais de forma geral.

Não se esta aqui a defender a utilização indiscriminada de tal argumento para a não efetivação dos direitos sociais, de forma a elidir a responsabilidade dos atores envolvidos no processo de sua concretização. Porém não se pode, de outro lado, fazer tábula rasa da realidade constitucional quer se apresentar; um núcleo essencial de direitos, em um modelo orçamentário, cujos titulares são o Legislativo, que elabora a lei e o Executivo, que detém autonomia empenha as despesas, e consequentemente decide de forma unilateral sobre a oportunidade e conveniência da implementação de direitos sociais.

Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, analisando o tema, afirmam<sup>33</sup>:

... A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda sua complexidade), espécie de limite jurídico-fático dos direitos fundamentais; mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia de direitos fundamentais, por exemplo na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental...

Por seu turno, Flávia Piovesan, também afiança:

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45/MC – DF – Relator Ministro Celso de Mello – julgamento de 29.04.2004, disponível no endereço eletrônico <www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>, consulta em 25.05.2010.

Constou do voto Ministro Celso de Mello: "... Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público em tal hipótese mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoas e dos cidadãos, de condições mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível", ressalvada a ocorrência do justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com 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 essencial de fundamentalidade..."

<sup>32</sup> SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In **Direitos Fundamentais – orçamento e "reserva do possível"**. org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Beneti Timm, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.153. Afirma o autor: "... Implementar políticas públicas requer um planejamento mais acurado e uma análise financeira detalhada sobre a receita disponível e em especial sobre os gastos públicos a serem realizados – inclusive indicando o grupo socioeconômico das pessoas que devem ser beneficiadas por elas. Isto é de suma importância sob pena de existirem erros graves na implementação dessas políticas..., por (b) destinar estes recursos a quem deles pode prescindir..."

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In **Direitos Fundamentais – orçamento e "reserva do possível"**. org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Beneti Timm, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.30.

...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, de fundamentalidade...<sup>34</sup>

### Conclusão

A Constituição de 1988 é uma ordem jurídica fundamental, porque institue o Estado, racionaliza e limita o poder e tem por principal destinatário o homem. Nesta toada, uma vez instituídos os fundamentos e os princípios do Estado de Direito, daqui decorre sua força normativa, sua imperatividade.

As normas atinentes à educação integram o conjunto de direitos fundamentais sociais do homem, por isso possuem densidade suficiente para produzir efeitos, ou seja, imperar, pois não existem normas constitucionais sem um mínimo de eficácia. A normatividade que decorre de normas de tal espécie é inquestionável face o princípio da Dignidade Humana, enquanto postulado fundamental e parâmetro de interpretação das normas constitucionais, portanto a concretização da educação enquanto direito se manifesta como necessidade para construção do Estado

Democrático de Direito. Partindo destas premissas defendemos a aplicabilidade imediata de tal espécie de direito.

A sistematização constitucional do conjunto de ações que integram o direito à educação, impõe-lhe a natureza de direito público subjetivo social, de cunho fundamental, que demanda atuação do Estado, em comunhão com a sociedade e a família. Trata-se de direito incluído no conceito de mínimo existencial.

No concernente a utilização do princípio da reserva do possível, como argumento para a não realização do direito à educação, é necessária uma análise minuciosa diante da natureza de tal espécie de direitos, restando vedado, sob pena de inconstitucionalidade, a invocação de tal argumento a fim de justificar posturas que venham a comprometer sobremaneira o exercício do direito fundamental à educação.

Enfim, concluí-se que embora muitos avanços tenham sido obtidos nas últimas décadas em relação aos direitos fundamentais, o caminho para realização da educação, embora árduo deve ser enfrentado como desafio maior para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, enquanto objetivo maior do Texto Constitucional.

<sup>34</sup> PIOVESAN, Flávia et al. **Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas**, 1º. Semestre de 2006. Disponível em <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>>. Acesso em 02.06.2010.

## Referências bibliográficas

ALVIM, Márcia Cristina de Souza. In Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização **A educação e a dignidade Humana**. Org. Eduardo C.B.Bittar e Anna Cândida da Cunha Ferraz. Osasco: Edifio, 2006, p.183-196.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez, escolha: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet et al. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **O que é educação**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 271.286 /RS – Relator Ministro Celso de Mello: julgamento de 12.09.2000, disponível no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal.jurisprudencia>. Acesso em 25.05.2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CHALITA, Gabriel. **Pedagogia da amizade**. São Paulo: Gente, 2008.

CUNHA JR, Dirley da. In Leitura Complementares de Direito Constitucional: Direitos humanos e Direitos Fundamentais. **A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível**. Organizado por Marcelo Novelino. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p.349-387.

DEMO, Pedro. **Pesquisa e construção do conhecimento**. 3.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

FERRAZ, Anna Cândida. In Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização. **Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988**. Org. Eduardo C.B.Bittar e Anna Cândida da Cunha Ferraz. Osasco: Edifio, 2006, p.115-182.

GUERRA, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. In: Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. **Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial**. Coord. Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2. ed. 2010.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998, vol. 4.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem feita**. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

NUNES JR, Vidal Serrano. **A cidadania social na constituição de 1988**. São Paulo: Verbatin, 2009.

PIOVESAN, Flávia et al. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: Desafios e Perspectivas**. 1. Semestre de 2006. Disponível em <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>>. Acesso 02 jun. 2010.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana F. In Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. org. Ingo Wolfgang Sarle e Lucian Beneti Timm Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.11-54.

SCAFF, Fernando Facury. In Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. **Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível**. org. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Beneti Timm. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.149-172.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. S.P: Malheiros, 1998.

TAVARES, André Ramos. Direito Fundamental à Educação. In **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. coordenação Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2.ed. 2010, p. 771-778.