

TODOS PELA EDUCAÇÃO

"Justiça pela qualidade na Educação"

Capítulo 1

O direito à educação no sistema jurídico brasileiro

Nina Beatriz Stocco Ranieri e Carlos Roberto Jamil Cury

Nina Beatriz Stocco Ranieri

I- O direito fundamental à educação. II – A proteção internacional da educação e o direito brasileiro. III – O direito à educação na Constituição Federal de 1988. 3.1- Aspectos gerais. 3.2- O sentido jurídico da palavra educação. 3.3- Natureza e regime jurídicos, efetividade, eficácia e aplicabilidade. 3.2.1- A natureza jurídica. 3.2.1.1 - A educação como direito. 3.2.1.2 – A educação como dever. 3.2.1.3 – A educação como serviço. 3.3.2 – O regime jurídico. 3.3.3 – Efetividade, eficácia e aplicabilidade. 3.4- A tutela do direito à educação. IV – A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. 4.1- Antecedentes. 4.2- A legislação educacional. 4.3- Competências legislativas educacionais e o âmbito de incidência das normas. V- Conclusões.

I - O direito fundamental à Educação

“ (...) o direito à educação representa a indivisibilidade e interdependência de todos os direitos humanos.”¹

¹ Comentário Geral 11 (1999), da Comissão de Direitos Econômicos e Sociais das Nações Unidas. Cf. www.un.org. Acesso em 09/04/12.

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

É direito fundamental social, é direito individual e também direito difuso e coletivo, de concepção regida pelo conceito de dignidade humana. É igualmente dever fundamental. Os seus titulares e os seus sujeitos passivos são, simultaneamente, uma coisa e outra. Comporta obrigações de fazer e não fazer, por parte de titulares e sujeitos passivos, que não se exaurem e exigem diferentes atendimentos, algumas vezes sob a reserva do possível. Seu regime jurídico, portanto, é complexo: envolve diferentes poderes e capacidades de exercício, com a inerente sujeição ao regime jurídico específico dos direitos fundamentais, mesmo dependendo de prestações materiais e de recursos financeiros.

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

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

Não por outras razões, ao contrário dos demais direitos sociais, o direito à educação é compulsório (pelo menos nos níveis básicos, CF. art. 208, I), não sendo dada aos indivíduos, nesta fase, a opção de exercê-lo ou não; por isso é gratuito e deve ser universalizado. Daí se seguem as correlatas obrigações dos demais sujeitos passivos do direito à educação: o Estado (que deve promover-lo, protegê-lo e garanti-lo), a família (a

quem incumbe promover o acesso à educação) e a sociedade (que o financia), traduzidas em deveres também fundamentais. No direito brasileiro, a educação básica é direito subjetivo público, assegurado inclusive a todos que a ele não tiveram acesso na idade própria, conforme garantido pelo art. 208, I e § 1º, da Constituição Federal.

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

Em síntese, o direito à educação exprime, simultaneamente, uma posição jurídica subjetiva, individual, difusa e coletiva, fundamental e universal, e um dever jurídico subjetivo, igualmente individual, difuso, coletivo, fundamental e universal. E, como é característico dos direitos fundamentais, se desdobra em diversos direitos e faculdades, de conteúdo específico e autônomo.

É um *overarching right* de natureza singular que ocupa lugar central no conjunto dos direitos fundamentais, Em outras palavras, “a educação é um imperativo dos direitos humanos, sustento e guardião da vida”², que permite a consolidação da cidadania como “o direito de ter direitos” de que nos fala Hannah Arendt.³

A conclusão encontra-se expressa no Comentário Geral 11 (1999), da Comissão de Direitos Econômicos e Sociais das Nações Unidas, sobre questões substantivas de aplicação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC (1966), da seguinte maneira:

“O direito à educação, reconhecido nos arts. 13 e 14 da Convenção, assim como em alguns outros tratados internacionais, tais como a Convenção dos Direitos da Criança e a Convenção para Eliminação das Formas de Discriminação contra a Mulher, é de vital

² *Education is a human rights imperative. It is life-sustaining and lifesaving, yet denied to many.* Vernon Muñoz. Cf. A/63/292, da Assembleia Geral da ONU, de 14/08/08.

³ Arendt, Hannah, *Origens do totalitarismo – anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo.* São Paulo, Companhia das Letras, 1989

importância. Classificado como direito econômico, direito social e direito cultural, é tudo isso. É também, de várias maneiras, direito civil e direito político, dado que é central para a completa e efetiva realização também daqueles direitos. Nesse sentido, o direito à educação representa a indivisibilidade e interdependência de todos os direitos humanos.”⁴

O propósito deste capítulo é examinar a natureza específica do direito à educação no sistema jurídico brasileiro e seus efeitos. Iniciamos com a proteção internacional e suas projeções no Brasil, tratando, a seguir, das normas constitucionais e infraconstitucionais que determinam a natureza e o regime jurídicos específicos do direito à educação.⁵

II - A proteção internacional do direito à educação

“A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará nas atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.”⁶

A criação da Organização das Nações Unidas - ONU (1945) e a celebração da Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH (1948) foram fundamentais na determinação da natureza e do conteúdo do direito à educação.

Em primeiro lugar, devido à sua vinculação aos objetivos das Nações Unidas, sob triplo fundamento: o da promoção dos direitos humanos, o da promoção da paz e o da afirmação de sociedades livres e democráticas. A finalidade é a construção de uma cultura universal pacifista e democrática, independentemente do reafirmado caráter instrumental da educação em relação à emancipação do indivíduo. É o que se confirma na DUDH e no PIDESC, por meio do nexo que estabelecem entre educação, compreensão, tolerância e amizade entre todos. Esses deveres não são apenas dos

⁴ Cf. www.un.org. Acesso em 09/04/12.

⁵ Parte do conteúdo foi originalmente desenvolvida em *O Estado Democrático de Direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da educação, pela via da educação*, Tese de Livre Docência apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. Devidamente adaptada, revista, ampliada e atualizada, constitui a base sobre a qual se organizam todos os tópicos elaborados para a presente obra.

⁶ Trecho do art. 26, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Estados, mas dos indivíduos e da sociedade, como expressamente indicado no preâmbulo da Carta.

Em segundo lugar, a educação é vinculada à dignidade humana, dado o seu caráter emancipatório. Pleno desenvolvimento da personalidade humana e fortalecimento dos direitos e das liberdades fundamentais são as duas faces desse processo, no qual promover um é promover o outro, e vice-versa, como já indiretamente enunciado no art. 1º da DUDH:

Art. I - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Em terceiro lugar, porque consiste em direito transversal relativamente à disciplina dos direitos de liberdade e de igualdade e de suas garantias que, com o passar do tempo, avançou da generalidade para a especificidade das suas previsões, acompanhando a evolução das necessidades sociais.

O valor da educação, no contexto das Nações Unidas, portanto, não é neutro: volta-se à promoção dos direitos e das liberdades próprias do Estado Democrático, em cuja base se encontra a dignidade humana. No Brasil, tal visão se fez notar, com maior intensidade, após a transição democrática e a edição da Constituição de 1988, que universalizou a educação básica.

A ONU tem na promoção dos direitos humanos e na sua realização um de seus objetivos (Carta da ONU, art. 1, nº. 3). Esses objetivos encontram-se explicitados na DUDH que, por sua vez, os eleva ao nível de valores globais, de observância universal. Para tanto, o ensino e a educação desempenham papel crucial, como se extrai de seu preâmbulo:

“A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos do Homem como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforcem, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.” (g.n.)

Não por outras razões, o seu art. 26, nº. 2 determina:

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará nas atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

Em análise a este artigo, Celso Lafer faz notar que sua dicção, além de reafirmar a importância da educação na promoção dos direitos humanos, visando uma compreensão comum dos direitos e liberdades, “endossa o pacifismo ativo de fins voltado para construtivamente atuar sobre o ser humano por meio da pedagogia”⁷. Ao estabelecer um nexo entre educação, compreensão, tolerância e amizade entre todos, atribui à educação sua particular finalidade, já identificada por Austregésilo de Athayde, na condição de delegado do Brasil na III Comissão da Assembleia Geral da ONU, em 1948.

A Declaração Universal, em verdade, expressa a “única prova do consenso geral” acerca da validade de um sistema de valores fundado na pessoa humana.⁸ Expressa, de maneira clara, na *vis directiva* do *pactum societatis*, a “idéia de obra a realizar”, como pontua Lafer, “da construção de uma sociedade internacional não só de Estados igualmente soberanos, mas de indivíduos livres e iguais.”⁹ Dessa visão emerge a educação como meio de pleno exercício da cidadania, o que se confirma em face do art. XVIII da mesma Declaração: “Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.”

O sujeito de direito, na Declaração, por conseguinte, não é o membro isolado de uma comunidade, mas o de uma universalidade plural, caracterizada pela liberdade como igualdade de direitos civis, econômicos, sociais e políticos, a ser exercida em governos democráticos.

⁷ Lafer, Celso, *A declaração dos direitos humanos – sua relevância para a afirmação da tolerância e do pluralismo*, in Marcílio, Maria Luiza (org.) *A Declaração universal dos direitos humanos. Sessenta anos: sonhos e realidades*, São Paulo, EDUSP, 2008, p. 34.

⁸ Bobbio, Norberto, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro, Campus, 1992, 6ª. Ed, p.26.

⁹ Op. cit. p.27.

Essa não é uma visão panfletária ou meramente retórica. Basta lembrar que uma das principais vantagens de uma educação voltada às relações dinâmicas entre a lei, a cidadania e os direitos humanos é o impacto psicológico que causa na pessoa. Ao compreender e questionar os padrões de organização social, política e jurídica da sociedade em que vive, o indivíduo se torna habilitado a prever, desenvolver raciocínios e atuar dentro de padrões condizentes com a dignidade humana.

É o que reafirma o art. 13, do PIDESC (com vigência internacional desde 3 de janeiro de 1976 e no Brasil a partir de 1992, Decreto nº 591):

Art. 13 - 1. Os Estados-partes no 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 a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda 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.

Nesse sentido, não há como se desvincular o direito à educação do próprio direito à democracia, como expresso no art. 21, 1 e 3, da DUDH:

1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto.

E nem do direito ao desenvolvimento, que tem na pessoa humana o seu sujeito central (cf. art. 10 da Declaração e Programa de Ação de Viena), o que implica uma

visão humanista do desenvolvimento, a partir dos direitos humanos, antes confirmada pelo art. 28 do PIDESC:

Art. 28 - Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidas na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

O direito ao desenvolvimento reafirma o papel fundamental dos Estados na promoção dos direitos e liberdades e o compromisso da sociedade de Estados em sua realização. Extraordinária, nessa discussão, é a responsabilidade dos Estados individual e coletivamente considerada. Se os direitos sociais são atividades prioritárias para os Estados nacionais, iniciativas internacionais, como as Metas do Milênio (Resolução A/55/L.2, da Assembleia Geral da ONU), por exemplo, apenas as reforçam, sem desonerá-los. Além disso, as decisões financeiras, no nível mundial, não podem ser tomadas sem consideração aos problemas de financiamento da educação nos diversos Estados. No Brasil, aliás, tais obrigações já se extraem dos princípios que regem as suas relações internacionais (art. 4º.).

O direito internacional conferiu à educação uma natureza pública, de âmbito global e a cercou de diversas garantias, que se traduzem em obrigações para os Estados. De modo geral, nos documentos internacionais que cuidam da matéria, sejam eles globais, sejam regionais, reconhece-se o direito e o dever dos Estados para regulamentar o ensino, a partir dos pressupostos da DUDH, e a sua obrigação de financiamento da educação. Com isso, reafirma-se que a educação deve estar voltada, antes de tudo, para as necessidades sociais locais, para inserção do indivíduo na comunidade em que vive. Não por outras razões, restou estatuído nos Princípios de Ação de Dakar (2000), adotados dentro do programa Educação para Todos, que o âmbito nacional é o campo, por excelência, das atividades educacionais.

Mas há outros deveres gerais, expressos pela proibição de promoção do ensino contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas (art. 29, nº. 3, do PIDESC) e pelos deveres e responsabilidades correlatas à liberdade de pensamento e divulgação de ideias, necessárias para assegurar o respeito pelos direitos e a reputação de outrem, a proteção da segurança nacional, a ordem pública ou a saúde ou a moral públicas (art. 19, no. 3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – PIDCP; vigente no Brasil por força do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992).

No movimento de especialização e diferenciação das normas internacionais, observadas a partir dos anos sessenta, deve ser dada relevância aos princípios da Declaração Universal dos Direitos das Crianças, de 1959, e à Convenção contra a Discriminação na Escola, de 1960, particularmente no que diz respeito à educação fundamental.

Pela Declaração foi estabelecido o conceito de proteção especial para a criança que, no Brasil, se tornou norma constitucional, mercê do art. 227, § 3º, da Constituição Federal de 1988, e fundamento do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 (Lei 8.069). O teor dos princípios 2º e 7º da Declaração é o seguinte:

Princípio 2º - A criança gozará proteção especial e serão proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade.

Princípio 7º - A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário. Será propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, a 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.

Esses princípios foram posteriormente inseridos como obrigações específicas para os Estados na Convenção sobre os Direitos das Crianças, adotada pela Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 24 de novembro de 1990:

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e tendo, nomeadamente, em vista assegurar progressivamente o exercício desse direito na base da igualdade de oportunidades:

a) Tornam o ensino primário obrigatório e gratuito para todos;¹⁰

¹⁰ De modo geral, os níveis e modalidades de ensino adotam as denominações “educação primária” ou “fundamental”, para o ensino compulsório e gratuito; e educação secundária e educação superior para os

b) Encorajam a organização de diferentes sistemas de ensino secundário, geral e profissional, tornam estes públicos e acessíveis a todas as crianças e tomam medidas adequadas, tais como a introdução da gratuidade do ensino e a oferta de auxílio financeiro em caso de necessidade;

c) Tornam o ensino superior acessível a todos, em função das capacidades de cada um, por todos os meios adequados;

d) Tornam a informação e a orientação escolar e profissional públicas e acessíveis a todas as crianças;

f) Tomam medidas para encorajar a frequência escolar regular e a redução das taxas de abandono escolar.

2. Os Estados Partes tomam as medidas adequadas para velar por que a disciplina escolar seja assegurada de forma compatível com a dignidade humana da criança e nos termos da presente Convenção.

3. Os Estados Partes promovem e encorajam a cooperação internacional no domínio da educação, 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. A este respeito atender-se-á de forma particular às necessidades dos países em desenvolvimento.

No sistema da ONU foram celebrados diversos compromissos internacionais complementares que, direta ou indiretamente, interferem no direito à educação. Entre todos, encontram-se devidamente incorporados ao sistema jurídico nacional a Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial, de 1965 (Decreto 65.810, de 08/12/69); a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, de 1979 (Decreto 4.377 de 13 de setembro de 2002); a Convenção relativa aos direitos das pessoas deficientes (Decreto 3959, de

níveis subsequentes, não compulsórios e não necessariamente gratuitos. A Declaração Mundial Educação para Todos adotou “educação primária”, mas desde a Declaração de Jomtien (2000), o termo foi alterado para “educação básica”.

08/10/01), esta última na forma do §3º, do art. 5º da Constituição Federal, isto é, com força equivalente à das emendas constitucionais.

Agregam-se ao conjunto, ainda no sistema das Nações Unidas, outros documentos específicos tais como: Recomendação acerca da luta contra a discriminação no domínio do ensino (1960); Recomendação acerca da condição dos trabalhadores da educação (1966); Recomendação sobre educação para a compreensão, a cooperação e a paz internacionais e educação relativa aos direitos humanos (1974, com atualizações em 1995); Recomendação sobre o desenvolvimento de educação de adultos (1976); Declaração da Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental (Tbilisi, 1977); Carta Internacional de Educação Física e Esporte (1978); Convenção sobre o ensino técnico e profissional (1989); Recomendação sobre o reconhecimento de estudos e de títulos de ensino superior (1993); Recomendação acerca da condição do pessoal docente de educação superior (1997); Recomendação revisada acerca do ensino técnico e profissional (2001); Declaração Educação para Todos (1990), além de outras que indiretamente alcançam o direito à educação. Nesse último conjunto incluem-se: Declaração sobre a Educação em Matéria de População e Desenvolvimento e Marco de Ação para a Educação sobre População nas Vésperas do Século XXI (Istambul, 1993); Plano de Ação Mundial sobre Educação para os Direitos Humanos e a Democracia (Montreal, 1993); Declaração de Salamanca sobre Necessidades Educativas Especiais (1994); Marco de Ação Mundial Integrado Relativo à Educação para a Paz, os Direitos Humanos e a Democracia (Genebra, 1994); Declaração e Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social (Copenhague, 1995); Declaração e Plataforma de Ação da Conferência Mundial sobre a Mulher: Ação em Favor da Igualdade, do Desenvolvimento e da Paz (Beijing, 1995); Declaração de Hamburgo sobre a Educação de Adultos (1997); Declaração Mundial sobre a Educação Superior para o Século XXI (1998); Declaração de Budapeste sobre Ciência e Desenvolvimento (1999); Declaração de Seul sobre a Educação Profissional (1999); Marco de Ação de Dacar (2000); Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (2001); Década das Nações Unidas de Educação para o Desenvolvimento Sustentável(2005-2014); Declaração de Durban contra o Racismo (2001).

O comprometimento dos Estados membros das Nações Unidas com a educação foi reafirmado, no ano de 1998, por meio do programa Educação para Todos - EPA, adotado pela Resolução A/RES/52/84 da Assembleia Geral da ONU. O programa é

resultado da Conferência Mundial Educação para Todos, realizada pela UNESCO, em Jomtien, no ano de 1990. Seu objetivo é expandir as oportunidades educacionais para crianças, jovens e adultos até 2015, pela realização das seguintes metas: expansão da educação e cuidado na primeira infância, universalização da educação elementar gratuita e obrigatória, aprendizado de jovens e adultos, redução das taxas de analfabetismo, igualdade de gênero nas oportunidades educacionais e qualidade da educação, em todos os seus aspectos.

No EPA a tônica do direito à educação moveu-se para a satisfação das necessidades básicas de aprendizagem, notadamente:

(...) tanto os instrumentos essenciais para a aprendizagem (como a leitura e a escrita, a expressão oral, o cálculo, a solução de problemas) quanto os conteúdos básicos da aprendizagem (como conhecimentos, habilidades, valores e atitudes) necessários para que os seres humanos possam sobreviver, desenvolver plenamente suas potencialidades, viver e trabalhar com dignidade, participar plenamente do desenvolvimento, melhorar a qualidade de vida, tomar decisões fundamentadas e continuar aprendendo. A amplitude das necessidades básicas de aprendizagem e a maneira de satisfazê-las variam segundo cada país e cada cultura, e, inevitavelmente, mudam com o decorrer do tempo (EPA, art. 1, 1).

Em 2004, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos, em sua 52ª. Sessão (16/04/04), adotou a Resolução E/2004/23 – E/CN.4/2004/127, por meio da qual reafirmou a satisfação das necessidades básicas de aprendizagem como compromisso primordial no âmbito do direito à educação. A Constituição Brasileira adota a mesma tônica, sem descuidar dos demais níveis. O problema, como se sabe, é a implementação do direito que, apesar dos esforços nacionais e internacionais, é sensivelmente desigual. Entre as principais dificuldades estão o estabelecimento de parâmetros de atendimento mínimo do direito à educação, especialmente para o ensino primário, e a incorporação desses parâmetros mínimos às Constituições ou legislações nacionais.

Um das iniciativas internacionais de maior repercussão no campo da educação, ao lado do EPA, partiu da ex- relatora especial para o direito à educação, no âmbito da extinta Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas (hoje Conselho de Direitos

Humanos), Katerina Tomasevsky.¹¹ Visando definir parâmetros objetivos para o acompanhamento dos progressos na implementação do direito, a partir das obrigações internacionais, elaborou o *4-A Scheme*, tabela na qual se encontram enumeradas as obrigações básicas dos Estados, sob quatro critérios: *availability*, *accessibility*, *acceptability*, *adaptability*. O objetivo é a verificação empírica, em cada Estado nacional, das especificações ali indicadas com tríplice finalidade: dar mais publicidade ao conteúdo do direito para titulares e sujeitos passivos, facilitar a identificação de prioridades em sua implementação do direito à educação, permitir a identificação de omissões, violações ou tratamento negligente por parte dos responsáveis. São seus parâmetros os artigos 13 e 14 do Pacto das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O critério da *availability*, ou da disponibilidade (em tradução livre para o português), indica duas ordens de obrigações. Uma, de natureza civil e política, que exige a garantia das liberdades públicas, para usar a tradicional noção francesa, notadamente a liberdade de expressão, de aprender, ensinar e divulgar o pensamento, o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas e a liberdade de criação de instituições privadas de ensino. Outra, de natureza econômica e social, que requer que o próprio Estado crie e financie instituições de ensino, ou estabeleça mecanismos que combinem a iniciativa pública com a privada, de forma que a educação esteja disponível para todos. Neste nível encontram-se também as obrigações relativas à normatização da educação, assim como ao recrutamento, treinamento, financiamento de professores e demais profissionais da educação, nas quais se incluem os direitos trabalhistas.

O critério da *accessibility*, ou acessibilidade, é o termo empregado para ordenar as obrigações relativas aos diferentes níveis de ensino, os compulsórios e os não-compulsórios. *Acceptability*, ou admissibilidade, refere-se à qualidade da educação, âmbito que vem sendo sucessivamente ampliado pelo direito internacional da pessoa humana. Nesse sentido, não concerne apenas a padrões mínimos de qualidade de ensino, orientação e conteúdos pedagógicos, estabelecidos nacionalmente, mas também ao respeito pela diversidade, pelas línguas nativas e pela forma de instrução. Tomasevski incluiu neste campo a proibição de punições corporais, prática comum em alguns sistemas de ensino, como o inglês, por exemplo. *Adaptability*, ou adequação,

¹¹ Cf. *Right to Education Primers*, www.right-to-education.org Acesso em 09/04/12.

finalmente, trata das obrigações relacionadas às necessidades especiais dos indivíduos, isto é, das crianças com deficiências, da educação de jovens e adultos, dos adolescentes que trabalham, dos que estão privados de liberdade, dos refugiados. As

Todas essas iniciativas, assim como a atuação dos relatores especiais para o direito à educação, no âmbito das Nações Unidas, ilustram as possibilidades de tutela do direito no plano internacional, feita, de modo geral, mediante a elaboração de relatórios de especialistas, submetidos aos órgãos internacionais pertinentes. Desses relatórios podem emergir ações, recomendações políticas ou mesmo subsídios para programas. Como o direito à educação é pouco suscetível de aplicação imediata, sua realização opera-se contínua e progressiva ao longo do tempo, exigindo continuas verificações.

A sistemática diverge, por conseguinte, da tutela dos direitos civis e políticos, normalmente realizada por meio da apresentação de reclamações ou petições a organismos internacionais, de caráter corretivo, ao abrigo de norma jurídica específica. Se esta é pontual, aquela é programática, depende mais da forma como os compromissos e obrigações decorrentes dos instrumentos internacionais são incorporados aos ordenamentos nacionais e, complementarmente, da atuação dos Judiciários locais, que da tutela internacional, como de resto ocorre com todos os direitos sociais.

No âmbito regional, sobleva indicar o regime protetivo da Carta da Organização dos Estados Americanos, de 1948 e da Convenção de São José da Costa Rica, 1978, que alcançam o sistema jurídico brasileiro; nos demais continentes, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950; a Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos, de 1981; e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, celebrada em Nice em 2000. Todos adotam a orientação geral da DUDH, demonstrando, no campo do direito à educação, a diversidade de meios e a identidade de propósitos que marcam o direito internacional a partir da Declaração. No conjunto, porém, restam temas a serem compatibilizados. A DUDH e o PIDESC, por exemplo, conferem primazia ao direito dos pais sobre o da criança (art. 26, 3 e art. 13, respectivamente); a Declaração e a Convenção sobre os Direitos da Criança procedem ao contrário.

Dessa sucinta exposição, podemos apontar as seguintes características do direito à educação na ordem internacional:

- é um direito subjetivo fundamental, de extração social, que tem por finalidade a mais ampla promoção da dignidade humana e dos direitos humanos, visando uma

compreensão comum dos direitos e liberdades, a promoção da paz e a afirmação de sociedades livres e democráticas;

- seu conteúdo, de natureza instrumental, abrange todos os processos que capacitem os indivíduos a participar efetivamente de uma sociedade livre, favoreçam a compreensão, a tolerância e a amizade entre as nações;

- são seus titulares os indivíduos, a sociedade, os Estados, e sujeitos passivos, os Estados, a sociedade, a família, os indivíduos;

- o campo de realização do direito à educação é, por excelência o dos territórios nacionais, daí resultando as obrigações de promoção, proteção e garantia, particularmente no que diz respeito à universalidade e equidade de acesso;

- é a epítome da indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais.

Na maioria das convenções, declarações e programas de ação das Nações Unidas, os princípios insertos na DUDH e no PIDESC foram reafirmados e ganharam substância concreta, ademais de instituírem obrigações específicas para os Estados, com exigência de permanente atualização, aumentando o seu grau de exigibilidade.

Os princípios e normas do direito internacional à educação se refletem na Constituição Federal de 1988, assim como as peculiaridades específicas do direito à educação em termos de natureza jurídica, titularidade ampliada, continuidade e não exaurimento das correlatas obrigações.

III – O direito à educação na Constituição Brasileira de 1988

“ Nenhum outro interesse público exigirá forma tão especial do Estado quanto a educação.” Anísio Teixeira ¹²

3.1- Aspectos gerais

O direito à educação, previsto na Constituição Federal nos Títulos II (direitos e garantias fundamentais) e VIII (ordem social), é tratado diretamente em cerca de trinta artigos, dois dos quais no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT); desse conjunto, sete artigos foram alterados, sempre ampliando a proteção e a promoção

¹² *A educação é um direito*, São Paulo, Cia Editora Nacional, 1986, p. 171.

do direito. Indiretamente, mais de vinte artigos ainda o alcançam ¹³ É o direito social que mereceu o maior número de dispositivos no atual texto constitucional; para que se tenha uma ideia dessa proporção, a saúde é tratada em cerca de nove dispositivos constitucionais, a previdência social em oito e a assistência social, em quatro.

Regido pelo conceito de dignidade humana, apresenta-se inserido no conjunto dos valores básicos do texto constitucional e, ao mesmo tempo, nos marcos de proteção de situações jurídicas subjetivas, ínsitos ao Estado Constitucional de Direito. As previsões constitucionais individualizam a educação como bem jurídico e lhe atribuem papel fundamental no desenvolvimento nacional, na construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º), no desenvolvimento da pessoa e no seu preparo para o exercício dos demais direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (art. 205).

A esse complexo de princípios e regras constitucionais – verdadeira política pública de curto, médio e longo prazos, que se desdobra em direitos e deveres, vínculos e limites, Jorge Miranda denominou “Constituição da Educação”.¹⁴

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

¹³ Art. 6º; Art. 22, inc. XXIV; Art. 23, inc V; Art. 24, inc. IX; Art. 35, III; Art. 150, VI; Art. 167, inc. IV – excetua a manutenção do ensino da proibição de vinculação de impostos. (redação alterada pela EC 42/2003); Art. 170; Art. 193 – a ordem social e a formação para o trabalho; Art. 200, III – formação para a área da saúde; Art. 201, § 8º - Aposentadoria especial para magistério na educação infantil e no ensino fundamental (redação alterada pela EC 20/1998); Art. 205; Art. 206 – (redação alterada pela EC 53/2006 – Sobre o dispositivo, especificamente quanto ao inciso IV, há a Súmula Vinculante nº 12 do STF); Art. 207 – (redação alterada pela EC 11/1996); Art. 208 - (redação alterada pela EC 14/1996 e pela EC 53/2006); Art. 209; Art. 210; Art. 211 - (redação alterada pela EC 14/1996 e pela EC 53/2006); Art. 212 - (redação alterada pela EC 53/2006); Art. 213; Art. 215 III – pleno exercício dos direitos culturais e formação de pessoal qualificado para gestão da cultura; Art. 218 §3 – apoio do Estado na formação recursos humanos para a ciência pesquisa e tecnologia; Art. 214 – plano nacional de educação; Art. 218, § 5º - Faculta aos Estados e ao DF vincularem parcela de sua receita orçamentária a entidades de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica; Art. 221- programação de emissoras com mas planejamento familiar; Art. 227 – Princípio da absoluta prioridade da atividade estatal em prol da criança, inclusive quanto à educação; Art. 229 – Dever dos pais de educar seus filhos; Art. 242 – Exclui a gratuidade em relação às instituições oficiais de ensino municipais ou estaduais existentes na data de promulgação da CF/88, ensino da História do Brasil, Colégio Pedro II.; ADCT: Art. 60 (redação alterada pela EC 53/2006), art. 61e art. 71.

¹⁴ Expressão empregada por Jorge Miranda em prefácio à obra de Monica Sifuentes, *Direito Fundamental à educação, a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre, Núria Fabris, 2009, p. 11.

Comporta obrigações de fazer e não fazer, por parte de titulares e sujeitos passivos, que não se exaurem e exigem diferentes atendimentos, algumas vezes sob a reserva do possível.

Uma das peculiaridades do direito à educação é que os titulares e os sujeitos passivos do direito à educação são, simultaneamente, uma coisa e outra.

Os seus titulares são os indivíduos ou grupos de indivíduos, considerados de acordo com as suas peculiaridades: a criança, o jovem, o idoso etc. Seu sujeito passivo é o Estado, responsável, por excelência, pelas ações e intervenções que lhe conferem efetividade; mas o Estado também é beneficiário do direito – assim como a sociedade –, em face do princípio democrático e do republicano.

O princípio republicano designa a supremacia do bem comum sobre os interesses individuais, o que implica moralidade e responsabilidade públicas, além da igualdade de todos e a valorização da dignidade humana. O princípio democrático designa, de modo geral, a supremacia da vontade popular e implica a preservação da liberdade e a igualdade de direitos, assim como todos os demais direitos fundamentais. Os dois princípios implicam uma visão de valores definida pela vontade política popular, em benefício do bem comum e implicam, igualmente, a disposição de preservar e manter tais valores na sociedade estatal.

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

Isso não significa o abandono das relações de natureza pública ou a alteração da posição de superioridade do Estado, inerentes ao regime jurídico de Direito Público que os preside. O indivíduo se mantém frente ao Estado, mas a ele não se opõe e o Estado não está dispensado de suas obrigações; o que ocorre é a identificação de interesses – expressa fundamentalmente pela realização da dignidade humana, em todas as vertentes de desenvolvimento da personalidade – nas condições reconhecidas e constitucionalmente estabelecidas pela sociedade política.

Em relação à criança e ao adolescente, a educação é direito e dever de absoluta prioridade (art. 227). Por essa razão, o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é qualificado como direito subjetivo (art. 208, § 1º), assegurada a sua universalização, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria, e a responsabilização das autoridades no caso de não oferecimento ou oferta irregular (§2º). Dando continuidade à política, a Constituição exige a progressiva universalização do ensino médio sob a égide da equidade (art. 206), dentre outros princípios que orientam a atividade educacional.

Entre outras medidas, consagram-se a liberdade de ensino, pesquisa e divulgação do pensamento, o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, a coexistência de instituições públicas e privadas, a gratuidade do ensino público de qualquer nível e modalidade, o ensino em língua indígena, a preservação de valores culturais e artísticos, nacionais e regionais, direitos especiais aos professores e demais profissionais da educação das redes públicas de ensino (art. 208 e 210).

A Constituição Federal compõe, complementarmente, um complexo sistema de distribuição de competências legislativas, encargos e rendas às unidades federadas para fazer frente ao dever do Estado com a educação, no qual sobressaem a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV), a competência concorrente da União, dos Estados e Distrito Federal para legislar sobre educação mediante normas gerais (CF, art. 24, IX), a organização federativa dos sistemas de ensino em regime de colaboração (art. 211), a discriminação de competências prioritárias por nível de ensino, em graus de generalidade crescente (art. 211), a indicação de percentuais mínimos de aplicação da receita de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212), ressalvada, neste caso, a proibição de vinculação de impostos a órgãos, fundos ou despesas (art. 167, IV) e, ainda, a proibição de instituir impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços das instituições de educação sem fins lucrativos (art. 150, VI, c). Exige-se o estabelecimento de Plano Nacional de Educação (atual Lei 10.172/01) visando à erradicação do analfabetismo, a universalização do atendimento escolar, a melhoria da qualidade de ensino, a formação para o trabalho, a promoção humanística, científica e tecnológica do País (art. 214).

As normas constitucionais desdobram-se nas Constituições e leis ordinárias estaduais, nas Leis Orgânicas e ordinárias municipais, e em diversas leis federais que conferem substância ao conjunto das disposições referentes à exigibilidade do Direito à

Educação, a saber: (a) o Plano Nacional de Educação (Lei 10.172/01); (b) o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990); (c) a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996); (d) a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985); (e) a Lei da Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992) e as leis de responsabilidade administrativa (Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967), além das normas procedimentais do Código de Processo Civil, do Mandado de Segurança e da Ação Popular.

Por um lado, a Constituição se dirige ao legislador ordinário estabelecendo, desde logo, restrições, limites, diretrizes, critérios e princípios gerais, além dos meios a serem adotados e de limitações negativas e positivas, a serem estritamente observados, sob pena de inconstitucionalidade. Por outro lado, previsões como “a garantia de padrão de qualidade” (art. 206, VII), demonstram exíguo condicionamento do legislador ordinário: o que é qualidade, quando e de que maneira será assegurado tal padrão fica a critério do legislador, que dispõe de amplo poder de apreciação dos meios e modos de atingir o objetivo. A única limitação à ação do legislador, neste último exemplo, resulta das finalidades da educação expressa no art. 205 (qualidade da educação para formar o indivíduo, o trabalhador e o cidadão).

É inegável, no caso brasileiro, o dirigismo constitucional em matéria de direito à educação. O amplo conteúdo normativo incorporado à Constituição Federal se, por um lado, assegurou a realização da política pública, de outro reduziu o espaço da controvérsia própria ao confronto político e pode resultar na exclusão de propostas e programas alternativos de realização do direito, a despeito da competência concorrente dos Estados nesta matéria (CF, art. 24,IX).

Mas não se pode negar, de nenhum modo, a relevância conferida à normativa constitucional do regime de promoção e proteção do direito à educação, que se destaca pela densidade de suas dimensões, denominadas apropriadamente, por Vieira de Andrade, de “mais valia jurídica”.¹⁵

Em sua dimensão subjetiva, o direito à educação é densificado sob o ângulo dos titulares de posições jurídicas individuais ou coletivas perante o Estado e entre si; em sua dimensão objetiva, a densidade da proteção se revela sob o ângulo das garantias

¹⁵ Op. cit. p. 138.

institucionais, funcionais, organizativas e funcionais e, adicionalmente, dos deveres. A distinção entre as duas dimensões, isto é, entre os interesses próprios dos titulares e a estrutura que produz efeitos jurídicos, tem importantes consequências práticas no que diz respeito ao grau de vinculação do Poder Público e às relações entre os seus diversos titulares.

Uma delas diz respeito ao pacto federativo, no qual se instala uma forma de cooperação efetiva e eficaz no campo educacional; outra, à afirmação democrática do direito à educação. Ambos aspectos se inter-relacionam na medida em que o dever do Estado se efetiva por meio de ações integradas e coordenadas de todos os entes federados, insinuando um federalismo cooperativo, com resultados altamente positivos para a ampliação do exercício do direito à educação, em seus diferentes níveis, tanto na esfera pública quanto na privada.¹⁶

Nesse modelo, não se pode deixar de mencionar a instituição do Fundo de Desenvolvimento do Ensino Fundamental - FUNDEF (Emenda Constitucional no. 14, de 12/09/96), posteriormente ampliado para incluir a educação infantil e o ensino médio, no hoje denominado Fundo de Desenvolvimento do Ensino Básico – FUNDEB (art. 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com a redação da Emenda Constitucional no. 53, de 19/12/06).¹⁷ A forma de distribuição dos recursos dos dois Fundos visa corrigir as distorções de gasto por aluno/ano, provocadas pela diversidade e heterogeneidade das redes estaduais e municipais de ensino, em cada unidade da Federação, por via da distribuição da totalidade dos recursos de acordo com o número

¹⁶ O STF, na ADIn 1.749-5/DF, confirmou o caráter solidário e cooperativo do regime político, em benefício do equacionamento dos problemas inerentes às desigualdades regionais, em matéria de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental educacional, por intermédio do FUNDEF, sem se vislumbrar qualquer ataque à autonomia dos Estados nem ferimento ao princípio federativo. Referida ação foi requerida pelo Partido dos Trabalhadores – PT, pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, pelo Partido Comunista Brasileiro – PC do B, pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB e pelo Partido Verde – PV, contra o art. 5º, da EC no. 14/96, que alterou o art. 60 do ADCT, para determinar aos Estados, Distrito Federal e Municípios, a destinação de 60% dos recursos a que se refere o art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, a serem geridos pelo FUNDEF. Cf. ADIn 1749-5/DF, Rel. Min. Octavio Galloti, Plenário, por maioria de votos o Tribunal não conheceu da ação direta. Vencidos o Relator e os Ministros Ilmar Galvão e Néri da Silveira. DJ 25/11/99. www.stf.jus.br. Acesso em 01/06/09.

¹⁷ A criação do FUNDEF foi questionada em sede de controle de constitucionalidade, em duas diferentes ocasiões, sob a alegação de que o mecanismo de redistribuição de recursos que instituiu atentava contra a forma federativa do Estado brasileiro. A nenhuma das ações diretas foi dado provimento, à luz do art. 211 da Constituição Federal. Cf. [ADI 1.749](#), Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 25-11-99, *DJ* de 15-4-05; ([Pet 2.316-AgR](#), Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 12-3-03, *DJ* de 11-4-03.

de alunos matriculados, de forma a equalizar o valor a ser aplicado por aluno no território nacional.

Não é nosso objetivo examinar as consequências práticas das dimensões do direito à educação no plano da Federação, o que já fizemos em diversas oportunidades.¹⁸ Basta lembrar que as previsões da Constituição da Educação – em virtude do modelo de atribuição de encargos educacionais aos entes federados, em grau de generalidade crescente, com a obrigatoriedade de aplicação de percentuais fixos da receita de impostos no financiamento da educação - vêm impulsionando os avanços obtidos.

Mas a educação é direito a que? No que consiste o direito à educação?

3.2- O sentido jurídico da palavra educação

A palavra “educação”, na língua portuguesa, designa a “ação e efeito de educar, de desenvolver as atividades físicas, intelectuais e morais da criança e em geral do ser humano”, sendo “educar” o ato de “instruir, doutrinar, formar a inteligência, o coração e o espírito”¹⁹. Com este sentido, o substantivo não foge de sua acepção latina originária derivada da palavra *educatio*, que remete, em sentido figurado, a instrução e ensino. Ensino, por sua vez, remete à “ação de ensinar, instrução, ensinamento, educação.”²⁰

No âmbito das Nações Unidas, a UNESCO adota uma definição técnica de educação, não desvinculada de sua natureza social e política, conforme consta do documento *International Standard Classification of Education- I S C E D*, de 1997:

Educação, para o propósito do ISCED, inclui uma variedade de programas e tipos de educação que são designados no contexto nacional como educação regular, educação de adultos, educação formal e informal, educação inicial, educação continuada, educação à distância, educação aberta, educação para toda vida, educação de meio período, sistemas duais,

¹⁸ Cf. Nina Ranieri, Os Estados e o direito a educação na Constituição de 1988 - Comentários acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, in Alexandre de Moraes (org). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*, São Paulo: Atlas, 2009, p. 183.

¹⁹ Caldas Aulete, Dicionário Completo da Língua Portuguesa, 2ª. Ed. Rio de Janeiro, Delta. 1961, pp. 1304/5.

²⁰ Caldas Aulete, op. cit., p. 1419.

sistema de aprendizes, educação técnico-vocacional, treinamento, educação para portadores de necessidades especiais (...). 13. Decorre que educação, para os propósitos da ISCED, exclui qualquer comunicação que não seja designada para especialmente para promover a aprendizagem. Também exclui formas de aprendizagem que não sejam organizadas. Assim, enquanto toda educação envolve aprendizagem, muitas formas de aprendizagem não são consideradas como educação. Por exemplo, aprendizagem incidental ou aleatória que ocorre como um subproduto de um outro evento, como algo que se cristaliza durante um encontro. Esta aprendizagem está excluída porque não é organizada, ou seja, não resulta de uma intervenção especificamente planejada para promover o aprendizado.²¹

Das palavras educação e ensino derivam – ou a elas se associam, direta ou indiretamente - os termos “educador”, “educando”, “professor”, “magistério”, “aluno”, “creche”, “pré-escola”, “universidade”, “pedagogia”, “frequência escolar”, “dias letivos”, “critérios avaliativos” etc. Nesse conjunto, podemos ainda distinguir, em outro estágio interpretativo, entre o direito à educação e os direitos na educação, que nos remetem a “qualidade”, “acesso à escola pública e gratuita próxima da residência”, “participação em entidades estudantis” etc. Todos são empregados pela Constituição Federal de 1988, pela LDB e pelo ECA sem maiores preocupações técnicas, em algumas vezes como sinônimos, noutras como noções complementares.

A LDB, v.g., se refere indistintamente a instituições de ensino e instituições de educação superior (arts. 44, I e III; 49, 50, 51, etc), a sistemas de ensino e a instâncias educacionais (art. 8º); noutras vezes, emprega educação e ensino como noções complementares, etapas de um mesmo processo (v.g., “a educação superior tem por finalidade [...] comunicar o saber através do ensino, cf. inciso IV, do citado art. 43). No ECA, “educação”, isoladamente, está nos arts. 4º; 22; 53; 62; 136, III, “a”; e “ensino”, isoladamente, nos art.s 54, I, II, III, V, VI, VII, e parágrafos, art. 55, art. 56 *caput* e art. 57. O ECA ainda prevê a educação sanitária, no art. 14.

Educação e ensino constituem a mesma realidade para o direito brasileiro? Se não, no que se distinguem? Esta distinção é importante para a efetivação e garantia do

²¹ Cf. www.unesco.org Acesso em 09/04/2012.

direito à educação? Por quê? As interrogações não são irrelevantes. Como vimos, no direito brasileiro, só a Constituição Federal se vale da palavra educação, isoladamente ou em associação com outras palavras, em vinte e dois artigos, pelo menos, repetindo-a por mais de quarenta vezes ao longo do texto com significados variados.

São exemplificativos, para tanto, os artigos 6º; 7º, IV; 23, V; 24, IX; 205; 213; 214; 227; e no ADCT, 60, 76 e 79, nos quais o substantivo “educação” não se encontra adjetivado, diversamente do que ocorre nos art.s 22, XXIV (diretrizes e bases da educação nacional); 23, XII (educação para a segurança do trânsito); 30, VI; 40, §5º; 201, § 8º; 208, IV; 211, §2º; 60, § 4º ADCT (todos se referem à educação infantil); 206, V (educação escolar); 206, VIII (educação escolar pública); 209, I (educação nacional); 211, § 5º e 212, §§ 5º e 6º, e 60 ADCT (educação básica); 211, §6º (salário-educação); 225 (educação ambiental); 206, parágrafo único e 60, ADCT (trabalhadores da educação); 206, V e 60, I, ADCT (profissionais da educação) etc. O substantivo “ensino”, isoladamente, consta dos art.s 24, IX; 34, “e”; 35, III; 167, IV; 206 e incisos III, IV, e V; 207; 208, III e §1º; 211 etc., mas também é empregado para nomear o ensino básico, o fundamental (208, I), o médio (208, II), o superior (208, V), o noturno (208, VI), os sistemas de ensino (art. 211) etc.

Em outros dispositivos, educação e ensino são empregados como sinônimos (como é o caso dos art.s 22, XXIV; 23, V; 205; 209), seja para designar realidades distintas, sem maiores qualificações (art. 24, IX; art. 214), seja para discriminar a “educação infantil”, o “ensino fundamental”, a “educação básica pública” (art. 30, VI; art. 40, §5º; 201, §8º; art. 211, §5º etc.). Os estabelecimentos escolares ora são nomeados “instituições de educação” (art. 150, VI, “c”), ora “instituições educacionais” (arts. 61 e 213), mas também podem ser “fundações de ensino e pesquisa” (art. 61), “estabelecimentos oficiais” (art. 206, IV), “universidades” (art. 207); “instituições educacionais oficiais” (art. 242).

Delimitar o conceito jurídico de educação na Constituição da Educação, não é, portanto, uma questão semântica, mas um problema conceitual para a exigência do Direito e também um problema hermenêutico. A dificuldade se amplia ao considerarmos que a Constituição estabelece um verdadeiro programa para a educação, no qual se sucedem etapas e metas públicas, cuja implementação exige, igualmente, a clareza dos conceitos para a identificação de primazias e prioridades, especialmente em situações nas quais a solução emergirá do sopesamento de princípios e valores.

Nem a doutrina nem a jurisprudência, contudo, têm cogitado dessa problemática, que, aparentemente, não tem interferido na interpretação das normas constitucionais referidas ao direito à educação. É o que se pode notar na grande maioria dos julgados do Supremo Tribunal Federal, nos quais a educação é tomada mais pelas suas finalidades que pelo seu conteúdo, em decorrência do quanto dispõe o art. 205 da Constituição Federal:

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

Não resta dúvida de que o conceito de educação como “direito de todos” neutraliza a variedade de sentidos e de concepções que nos oferecem a história e a filosofia da educação, a pedagogia, as ciências sociais e políticas a respeito dela.

De tudo resulta que, na Constituição Federal, o substantivo “educação”, ao ser empregado isoladamente (isto é, desvinculado da expressão “direito à educação”), parece indicar a ação de educar em sua mais ampla acepção, seja ela familiar, seja escolar, privada ou pública, formal ou informal, nas mais diversas áreas; nesse sentido, o substantivo é empregado, inclusive, como sinônimo de ensino.

É o que se confirma em face do quanto dispõe o art. 1º da LDB:

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

Temos, portanto, um conceito constitucional de educação, acompanhado de uma definição legal. No conceito constitucional, a educação é um direito e um dever do indivíduo, do Estado, da família e da sociedade; na definição legal a educação é especificada como direito que abrange os diversos processos formativos necessários ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Os processos formativos, por sua vez, se ministrados por instituições escolares, constituem o “ensino”, que se especifica de acordo com o seu nível ou modalidade, e a natureza jurídica pública ou privada do mantenedor. No texto constitucional, o ensino

como processo formativo escolar é, em consequência, espécie do gênero “educação”. Incluem-se nesta definição os processos próprios de aprendizagem relacionados ao oferecimento de ensino fundamental às populações indígenas (art. 210, §2º).

Disso se segue que o processo educativo realizado fora da escola (família, convivência humana, trabalho etc.) constitui a educação informal. Característico da educação informal é o fato de não conferir qualquer certificação ao educando; no caso da família, o art. 229 da Constituição reafirma o seu dever de criar, assistir e educar os filhos menores.

A LDB, em seu art. 1º, §§ 1º e 2º, esclarece:

Art. 1º. -

§ 1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias.

§ 2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social.

A definição de ensino como educação escolar encontra-se, igualmente, na Convenção contra a Discriminação na Escola de 1960, art. 1º, nº 2 (no Brasil, Decreto nº 63.223, de 6 de setembro de 1968).

Na legislação brasileira, os processos formativos escolares consistem nas ações destinadas a alcançar as finalidades da educação básica e da educação superior. No nível da educação básica, compreendem-se as modalidades de educação infantil, do ensino fundamental de nove anos e ensino médio (artigos 21 e 32 da LDB); no nível da educação superior, os cursos sequenciais, os de graduação e os de pós-graduação (art. 44 da LDB). As modalidades de ensino dos dois níveis educacionais, por sua vez, podem ser oferecidas de diferentes maneiras a diversos titulares: pela educação regular, para as crianças e adolescentes em idade apropriada ou para os jovens e adultos que não tiveram a oportunidade de frequentar o ensino fundamental; por via da educação a especial, para aqueles que dela necessitem, sejam crianças, jovens ou adultos; de forma presencial ou a distância, e assim por diante.

Há, portanto, que se diferenciar, no conceito de educação como direito, em face do caso concreto, entre a educação *lato sensu* e os processos formativos a que se refere (ensino formal ou informal). Dentre os processos de ensino formal, há que se destacar

a educação básica obrigatória, em razão de o acesso aos seus níveis de ensino – educação infantil, ensino fundamental e ensino médio - ser qualificado como direito público subjetivo, nos termos do § 1º, do art. 208 da Constituição Federal (cf. Emenda Constitucional no. 59/2009).

Do exposto, podemos concluir que a palavra educação, no direito brasileiro, refere-se a todos os processos formativos, formais e informais, públicos e privados, voltados a propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Se a educação responde, antes de qualquer coisa, a necessidades individuais sociais e políticas (CF, art. 205), o seu conceito, no Estado Democrático de Direito, não pode ser desvinculado dos objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º). Tal finalidade, por sua vez, implica a conservação de determinados valores, quais sejam a democracia, a justiça social, a liberdade e a paz, sendo esta a razão determinante da sistemática constitucional de promoção, proteção e garantia do direito à educação.

Com esse sentido, possibilita delimitar os bens protegidos pelo direito à educação, incluídos os demais direitos de liberdade e igualdade a eles inerentes.

3.3 – Natureza e regime jurídico, efetividade, eficácia e aplicabilidade.

3.3.1- A natureza jurídica.

A natureza jurídica do direito à educação é constitucionalmente complexa. Compõe-se de diferentes espécies de direitos fundamentais, dotados de diferentes características em relação ao objeto e à titularidade, o que também se exprime dizendo, com R. Alexy, é um “direito fundamental completo”, isto é, “um feixe de posições de direitos fundamentais”, de caráter dinâmico.²²

Assegurado por normas de direitos fundamentais contidas, principalmente, nas disposições dos artigos 6º, 205, 206 e 208 da Constituição Federal de 1988, é direito subjetivo a prestação, fática ou normativa por parte do Estado, de titularidade individual, difusa ou coletiva.

De sua natureza jurídica de direito fundamental, derivam quatro importantes consequências: (a) desfruta de prioridade em face dos demais direitos contemplados pela ordem jurídica, (b) desdobra-se em diversos direitos e garantias; (c) seu conteúdo

²² Alexy, Robert, Teoria dos Direitos Fundamentais, São Paulo:Malheiros, 2008, p.248.

material é conteúdo mínimo, qualificado como direito ao mínimo existencial, (d) tem eficácia e aplicabilidade imediatas. Sua posição jurídica é de tal modo relevante que se reveste das garantias inerentes às Constituições rígidas (v.g. cláusulas pétreas, exigência de quoruns qualificados para deliberação etc.), ao abrigo dos critérios de maiorias parlamentares simples, além de contar com garantias específicas e aplicabilidade imediata (Constituição Federal - CF, art. 5º, §1º; art. 60, § 4º, IV).

Em razão de sua posição hermenêutica, goza, como direito fundamental, das prerrogativas de imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementaridade. Exemplificando. O direito não se perde por decurso de prazo (v.g., a educação básica obrigatória e gratuita é assegurada para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria, CF art. 208, I); não há possibilidade de ser transferido nem de a ele se renunciar (a educação obrigatória é dever do indivíduo, CF art. 208, I); não pode ser violado, sob pena de responsabilização administrativa, civil e criminal (o não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente, assim como é dever dos pais e responsáveis zelar pela frequência à escola, CF, art. 208, §§ 1º e 2º); é universal (CF, art. 208, I e II); supõe a atuação do Poder Público e o recurso a meios coercitivos para impor sua execução, caso necessário (ação judicial prevista no art. 5º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB, Lei 9.394, de 20/12/1996); é interdependente e complementar a outras previsões constitucionais (a educação tem papel fundamental no desenvolvimento nacional, na construção de uma sociedade justa e solidária – CF, art. 3º - e no desenvolvimento da pessoa para o exercício dos demais direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais – CF, art. 205; em relação à criança e ao adolescente, a educação é direito e dever de absoluta prioridade – CF art. 227 etc.).

O direito à educação, adicionalmente, é dever fundamental da família e do Estado, mas, sobretudo, do indivíduo.

3.3.1.1 - A educação como direito.

A educação é uma categoria de direito fundamental subjetivo, que tem por finalidade assegurar interesses e necessidades identificadas como vitais e, por isso, fundamentais.

Constitui um dos direitos econômicos, sociais e culturais, os chamados “direitos humanos de segunda geração”, ou “direitos de segunda dimensão”, direitos de crédito do indivíduo ou de grupos de indivíduos em relação à coletividade ou direitos de exigir, que se realizam por intermédio da ação fática ou normativa do Estado e que exprimem, no sistema jurídico, a exigência de solidariedade, com repercussões positivas na diminuição da desigualdade social.

O conteúdo dos direitos sociais abrange não só sua garantia e promoção - tais como o direito à organização e ao procedimento, ao não retrocesso em relação a posições jurídicas já alcançadas etc. - como também a proibição de excesso e da proteção insuficiente, expressando um postulado de proteção, potencializado, no caso da educação, pela sua natureza de direito subjetivo.

De modo geral, o reconhecimento constitucional de um direito fundamental como subjetivo significa conferir-lhe um maior grau de realização. Direito subjetivo é direito de exigir; é conceito técnico-jurídico que exprime a faculdade de ação reconhecida aos titulares do direito para realização de interesses que lhes são próprios, e que deriva diretamente da norma constitucional.²³ Direito público subjetivo, ou direito subjetivo público, como é a educação básica em particular, é “o direito subjetivo (*facultas agendi*) que deriva direta e afirmativamente da norma constitucional”, imediatamente incorporado ao patrimônio do titular e, portanto, direito exigível, assevera José Afonso da Silva.²⁴

Um direito constitucional subjetivo, portanto, confere a seu titular o poder de invocar a norma constitucional em seu benefício. Assim, a distinção entre direito subjetivo e direito público subjetivo é irrelevante, posto que, a rigor, qualquer direito subjetivo é oponível ao Estado e aos particulares; isto é, dá a seu titular o direito de exigir sua prestação, inclusive pela via judicial. O “público”, diz Silva (id.ib.), “acrescenta-lhe a força do direito público, e, no caso, do direito público fundamental, que é o direito constitucional”.

²³ Cf. Vieira de Andrade, op. cit. pp. 113-4.

²⁴ Silva, José Afonso da, Comentários contextuais à Constituição, São Paulo, Malheiros, 2006, 2ª. Ed., p. 794.

Controversa é a possibilidade de as garantias voltadas à promoção e proteção do direito à educação também serem consideradas direitos fundamentais. Para Vieira de Andrade, as garantias são direitos, mais exatamente, “direitos-garantia”; no mesmo sentido, Canotilho: “rigorosamente, as garantias clássicas são também direitos”. José Afonso da Silva, por sua vez, mesmo considerando não serem nítidas as linhas distintivas entre direitos e garantias, conclui não ser decisiva, em face da Constituição Federal de 1988, tal distinção.²⁵

Consideramos as garantias como espécie instrumental de direitos, na linha de Silva e Canotilho. Garantias são instrumentos jurídicos destinados a assegurar a fruição dos direitos. Os direitos são os bens principais; as garantias são acessórias, porque têm função instrumental; projetam-se na realização dos bens pelo nexo que assim se estabelece com o direito, não sendo possível, portanto, separar uns dos outros. Por conseguintes, são, igualmente, direitos fundamentais, pelo que se beneficiam das características e prerrogativas que marcam tal natureza jurídica.

Com todas essas características, o direito à educação, como é próprio dos direitos fundamentais, desdobra-se em diversos direitos e faculdades, de conteúdo específico e autônomo, distinguindo-se nesse conjunto entre o “direito à educação” e os “direitos na educação”. De forma sintética, consideremos o direito à educação como o gênero do qual os demais direitos educacionais são desdobramentos. O direito à educação (gênero) é, fundamentalmente, um direito a prestações positivas materiais, de custo social. Ou seja, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; o ensino fundamental na língua materna das diversas comunidades indígenas; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiências; oferta de ensino noturno; atendimento ao educando no ensino fundamental, dentre outros direitos previstos na legislação brasileira. São essencialmente direitos de promoção e proteção, realizados mediante ações positivas.

Os direitos na educação (os desdobramentos) têm a função primária de defesa das liberdades no campo da educação, tais como a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; a

²⁵ Op. cit, respectivamente, p. 117; p. 520; p. 59.

gestão democrática do ensino público; o ensino religioso facultativo; a autonomia universitária etc. São direitos de natureza instrumental, que se realizam por intermédio de não interferências ou abstenções por parte do Estado, e submetidos ao regime das liberdades e garantias, de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

No plano individual, isto é, no plano do indivíduo racional e emocionalmente determinado, tanto o direito à educação como os direitos na educação prendem-se à realização pessoal, corolário da dignidade humana e dos princípios da liberdade e da igualdade.

No plano dos direitos difusos, ambos caracterizam-se por serem direitos reconhecidos, independentemente de individuação, a um conjunto de pessoas que compartilham determinadas características e condições. Os bens protegidos pelo direito à educação *lato sensu* - processos formativos, formais e informais, públicos e privados – são de titularidade universal em alguns casos ou, em outros, de pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato²⁶ (a educação é direito de todos; a educação infantil é direito das crianças até 5 anos; a educação básica obrigatória é direito de todos entre 6 e 17 anos e assim por diante).

É direito coletivo porque se conecta com a vida em sociedade, com a participação política, com o desenvolvimento nacional, com promoção dos direitos humanos e da paz; ou seja, conecta-se com a pessoa inserida num dado contexto social e político. Portanto, é parte da vida em sociedade, apresentado no direito brasileiro como direito transindividual de natureza indivisível, do qual é titular uma coletividade na qual os integrantes estão vinculados por uma relação jurídica básica.²⁷

Ora, haverá entre todos os brasileiros relação jurídica mais básica que a da cidadania comum? O preparo para a cidadania não é uma vantagem, uma habilitação ou uma conquista individual, mas medida de interesse público e condição de funcionamento da sociedade estatal. Aliás, a positivação constitucional do direito à educação por si só já expressa o reconhecimento formal de que a educação é interesse público. O que significa dizer que na sistemática da Constituição de 1988 o pleno desenvolvimento da personalidade humana de nenhum modo pode ser desligado da participação na vida da coletividade e no espaço público. Esse nexos exige a transmissão

²⁶ Cf. Código do Consumidor, art. 81, parágrafo único, I

²⁷ Cf. Código do Consumidor, art. 81, parágrafo único, II.

formal, a cada geração, de todo um conjunto de valores e princípios de extração democrática, por meio do ensino escolar.

O direito à educação não é ideologicamente neutro. Em vários dispositivos a Constituição assinala sua finalidade, o que denota forte juízo de valor. Conforme se depreende da visão global do sistema constitucional, a difusão e a promoção dos princípios republicano e democrático, como fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º, da CF/88), são o seu conteúdo político nuclear.

A educação, como direito, é um problema político; um problema que diz respeito à tomada de decisões coletivas, à legitimação e ao exercício do poder nas sociedades contemporâneas. Razão pela qual, em certa medida, a educação é também um direito político. Nesse sentido, é forçoso acompanhar a precisa síntese de Anísio Teixeira: “A forma democrática de vida funda-se no pressuposto de que ninguém é tão desprovido de inteligência que não tenha contribuição a fazer às instituições e à sociedade a que pertence.”²⁸

3.3.1.2 – A educação como dever.

Deveres são situações jurídicas de ação ou omissão de comportamentos impostos pela Constituição ou pela lei. Em relação à educação, há deveres para o indivíduo, para o Estado e para a família, como se extrai de diversos artigos da Constituição Federal, da LDB e do ECA.

Não é o caso de aqui desenvolvermos uma teoria dos deveres fundamentais, nem de os discriminarmos, exaustivamente. Basta apontar que de todos derivam, para todos os titulares do direito à educação, encargos relativos à sua promoção, proteção e garantia. Para o indivíduo, a educação básica compulsória; para o Estado, encargos e competências materiais e legislativas; para a família, deveres de assistência e solidariedade e, mais especificamente, a matrícula na educação básica obrigatória, sob pena de responsabilização em face de crime de abandono intelectual (Código Penal, art. 246).

O dever do Estado, em particular, não se esgota no oferecimento e financiamento final da educação, pelo contrário; deve prover todos os meios necessários para que o

²⁸ Teixeira, Anísio, *Educação não é privilégio*, São Paulo, Cia Editora Nacional, 1977, 4ª. Ed., p. 149.

direito esteja a todos disponível, seja acessível, adequado às necessidades sociais e adaptado às necessidades dos indivíduos.

Além disso, como os direitos humanos exigem leis que os assegurem e tornem possíveis expor as suas violações, remediá-las e preveni-las, cabe ao Estado legislar sobre a matéria, inclusive no que diz respeito aos instrumentos de acesso à justiça, decidindo acerca dos pleitos que lhe são apresentados. A legislação educacional brasileira dispõe de normas que têm permitido proteger e exigir a garantia do direito, devendo-se fazer especial referência, no que diz respeito ao ensino fundamental, à ação judicial prevista no art. 5º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (Lei 9.394, de 20/12/1996).²⁹

O conjunto dos deveres educacionais - que, na superfície, parece ser um mero desdobramento dos direitos que lhe são correlatos – revela, entretanto, uma alteração no valor atribuído aos deveres de cidadania.

Na Constituição Brasileira, exemplificativamente, são deveres conexos ao direito à educação, direta ou indiretamente: o exercício político expresso pelo voto, pela participação em referendos, plebiscitos e a iniciativa popular (art. 14, I, II, III); a competência da União para legislar sobre diretrizes de bases da educação nacional (art. 22, XXIV; Lei 9394/96); a competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios de proporcionar meios de acesso à educação (art. 23, V); a existência de Plano Nacional de Educação (CF, art. 214; Lei 10.172/01); a gratuidade do ensino público (CF, art. 206, IV); o dever do Estado e da família com a educação (art. 205 e art. 208); o dever da escolaridade básica (art. 208, § 1º); autorização e avaliação de qualidade das instituições de ensino privadas, por parte do Estado (art. 209, II); o dever dos pais assistirem, criarem e educarem os filhos (art. 229), o dever dos filhos maiores ajudarem e amparem os pais na velhice (art. 229), o dever de preservação do meio ambiente, do patrimônio cultural etc.

Todos remetem a valores fundamentais ao interesse social, inerentes ao Estado Democrático de Direito e à República. Remetem, em última análise, à consciência de

²⁹ “Art. 5º O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.”

pertencimento à sociedade estatal e à consequente participação política e defesa de direitos. É nesse contexto que devem ser compreendidas as exigências constitucionais referentes ao ensino básico obrigatório (art. 208), à sua oferta em línguas indígenas mediante os seus processos próprios de aprendizagem (art. 210, §2º), ao oferecimento da educação ambiental em todos os níveis de ensino (art. 225, §1º, VI), e da educação para o trânsito (art. 23, XII) e mesmo à educação sanitária (ECA, art. 14), as primeiras expressando o ideal da igualdade política, as últimas o da solidariedade. E, do mesmo modo, a exigência de educação científica e tecnológica.

Todos alcançam, de diferentes modos, o indivíduo, o Estado, a família, em diferentes graus de prioridade; da mesma forma, alcançam a escola – pública e privada - em relação ao ensino formal, conforme as determinações da LDB e do ECA, não sendo menos importante a função cultural da escola ante a diversidade socioeconômica e cultural do aluno, o que também consiste em dever.

Esses deveres, ante a natureza política da educação, tornaram-se mais importantes que outros deveres de cidadania na Constituição de 1988.

Exemplo trivial, mas significativo pode ser extraído da comparação entre dois deles: a realização do ensino básico (art. 208, I) e o alistamento eleitoral (art. 14), cujas condições de atendimento variam substantivamente: do voto obrigatório são excepcionados os analfabetos, os maiores de 16 anos e menores de 18 anos, nenhum deles foi dispensado do ensino obrigatório. Os efeitos do alistamento eleitoral e da matrícula no ensino fundamental também são distintos: alistado, o eleitor pode comparecer ou não à respectiva zona eleitoral e, em comparecendo, pode votar, votar em branco ou anular o voto; no ensino básico, diversamente, matriculado, o aluno deve comparecer à escola. Mais: o Estado tem o dever de proceder ao recenseamento dos educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelas, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência escolar (art. 208, §3º.), o que, absolutamente, não ocorre em relação ao direito de voto.

O exemplo demonstra, em termos práticos, a natureza diferenciada da educação entre os direitos e deveres de cidadania. Nela se destaca o caráter compulsório e inescapável do ensino básico, sob pena de responsabilização administrativa, civil e penal, assim como a inevitabilidade do alistamento eleitoral, mas não o do exercício do direito de voto. O que significa dizer que frequentar a escola básica não é uma questão de arbítrio ou consciência individual, como é o ato de votar.

O mesmo se passa em relação ao serviço militar, outrora de atendimento compulsório. Embora a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais sejam as precípuas finalidades constitucionais das Forças Armadas (art. 142), ao serviço militar não foi atribuído o mesmo grau de prioridade de atendimento, fato realçado pela definição, em lei ordinária, das condições e dos requisitos de prestação do serviço. E da mesma maneira pela possibilidade, admitida pela Constituição, de alegação do imperativo de consciência, decorrente de crença religiosa ou convicção filosófica ou política, para a abstenção de atividades de caráter essencialmente militar (art. 143, §1º) e isentando-se mulheres e eclesiásticos do serviço, em tempo de paz (art. 143, § 2º), situações inexistente no âmbito do ensino fundamental obrigatório. O imperativo de consciência, na educação, pode se manifestar em face do ensino religioso facultativo (art. 210, § 1º), da escolha entre a escola pública e a privada ou entre diversas concepções pedagógicas, porém jamais pelo atendimento ou não do direito/dever do ensino obrigatório fora da instituição escolar, como restou patente na decisão do STJ referente ao ensino domiciliar. O que, por sua vez, denota a importância conferida pela Constituição à escola como instituição política, formadora do espaço público e, por isso, aberta a todos, indistintamente.

3.2.1.3 – A educação como serviço.

Além de ser direito e dever fundamental, o ensino formal de qualquer nível ou modalidade também é serviço. Sua natureza é pública, mas não é privativa do Estado; tampouco se caracteriza como serviço público *stricto sensu*, com a natureza e as características que a estes o direito administrativo atribui.

A atividade educacional escolar é função pública em razão de suas finalidades (CF, art. 205), podendo ser prestada diretamente pelo Estado ou pelo particular, sem prejuízo da colaboração entre ambos mediante técnicas de fomento ou parcerias (CF, art. 209). Evidentemente, quando prestada pelo Estado, submete-se ao regime de Direito Público; quando prestada pela iniciativa privada, ao Direito Privado, com derrogação parcial desse regime, independentemente da natureza da instituição que o oferece (LDB, art. 20).

Seja particular em sentido estrito, seja comunitária (têm representantes da comunidade na mantenedora) seja confessional (atendem a orientação confessional e ideológica específica) ou filantrópica, todas as instituições educacionais estão sujeitas aos princípios constitucionais educacionais (CF, art. 206), e a atividade do Estado,

nesses casos, é principalmente de autorização e controle (CF, art. 170, § único e art. 209).

Se na iniciativa privada há amplo espaço para o exercício da atividade econômica, isto não se verifica na área educacional. Ainda que o inciso III, do art. 206, da própria Constituição, garanta o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, meios e fins na atividade educacional privada são controlados pelo Estado, inclusive no que diz respeito às mensalidades escolares.³⁰ Também em situações nas quais há inadimplemento de mensalidades, a cujo pagamento se tenha obrigado, por contraprestação dos serviços educacionais efetivamente recebidos, prevalece o direito líquido e certo à obtenção do histórico escolar e do certificado de conclusão do curso.³¹

Na esfera das relações jurídicas privadas, “serviço” corresponde ao exercício de qualquer atividade intelectual ou material, com finalidade lucrativa ou produtiva. O conceito adotado no âmbito do Código do Consumidor (Lei 8.078, de 11/9/90) é mais preciso: serviço é a atividade oferecida no mercado de consumo mediante remuneração (CCon, art. 3, par. 2º.) sendo consumidor toda pessoa que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (CCon, art. 2º.).

Ao consumidor de serviços educacionais a legislação específica garante proteção em hipóteses, v.g., de serviço defeituoso (CCon, art. 14 e §§), nas quais o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação de danos causados aos consumidores por defeitos na prestação dos serviços, considerados defeitos aqueles decorrentes do modo de fornecimento (ensino inadequado ou insuficiente, por exemplo) ou da época em que foram fornecidos (aulas ministradas fora do período

³⁰ O controle das mensalidades escolares faz-se ao abrigo do art. 173, § 4º, da Constituição Federal a matéria encontra-se há muito pacificada na jurisprudência do STF. AGRAG-155.772/SP; 2ª Turma; v.u.; Rel. Min. Marco Aurélio; DJ de 27/05/94. STF; ADIN-319/DF; Tribunal Pleno; v.u.; Rel. Min. Moreira Alves; DJ de 30/04/93 etc. A jurisprudência do STJ também pacificou entendimento no sentido de que as normas de ordem pública têm aplicabilidade imediata, atingindo contratos em curso, relativos a mensalidades escolares. Tais contratos, por envolverem prestações de trato sucessivo, são alcançados pela lei nova que regulamenta os critérios de reajuste. Cf. STJ, RESP 36515/SP; 3ª Turma; v.u.; Rel. Min. Waldemar Zveiter; DJ de 03/04/95. Idem: RESP 3.941-SP; RESP 2.595-SP; RESP 3.996-SP; RESP 6.412-SP; RESP 7.904-ES etc.

³¹ Cf. TJSP, Apelação Cível em Mandado de Segurança no. 13.330-6/195, REL. Des. João Ubaldo Ferreira, em 05/12/2006; Apelação com Revisão 2.515.325.200, REL. Castilho Barbosa, 1ª. Camara de Direito Público, em 17/07/2006 etc.

regularmente determinado para tanto) (art. 14, I e III).³² Nesses casos é de se notar que todas as vítimas do evento se equiparam a consumidores o que, numa hipótese ampliada, significa dizer que os defeitos no oferecimento do ensino alcançariam todos aqueles sujeitos à atuação do profissional mal formado (art. 17).

A mesma situação se verifica em relação a vícios de qualidade no ensino, decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária (CCon, art. 20) responsabilizam o fornecedor.³³ A informação adequada e clara sobre os serviços, a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos são direitos básicos do consumidor (art. 6º). Para o ensino superior, em particular, o art. 47, §1º, da LDB, exige que as instituições de ensino, antes de cada período letivo, informem aos interessados, os programas dos cursos e demais componentes curriculares, sua duração, requisitos, qualificação dos professores, recursos disponíveis, e critérios de avaliação, obrigando-se a cumprir as respectivas condições.

Nos casos de vícios de qualidade, o consumidor pode exigir reexecução, restituição da quantia paga, abatimento, com direito à reparação de danos patrimoniais e morais (art. 6º, VI). Questão importante neste tema é o da revalidação de diplomas emitido por instituições estrangeiras, diretamente ou mediante convênio com instituições nacionais, referentes a cursos presenciais e/ou à distância, que, regra geral, não tem equivalência com os brasileiros, dependendo de análise de mérito para fins de exercício para profissional no país.³⁴ Esta ressalva, se não expressa, sujeita o fornecedor à responsabilização em tela.

Para sua garantia frente aos serviços educacionais, o consumidor tem à sua disposição ações judiciais individuais e, também, ações coletivas, visando proteger interesses ou direitos difusos e coletivos, ditos transindividuais, de natureza indivisível, dependendo dos requisitos e condições expressos no art. art. 81, I e II do Código do Consumidor. Nessas situações, interesses ou direitos individuais homogêneos, decorrentes de origem comum, beneficiam-se da ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, conforme previsto nos art. 91 do Código do

³² Cf. TJDF, Apelação Cível no Juizado Especial. Proc. No. 2004.01.1.054521-3; Rel.. José Guilherme de Souza, julgamento em 08/11/2005,

³³ Cf. TJSC, Apelação Cível no. 2007.045050-5. Rel. Sérgio R. Baasch Luz, julgado em 19/03/2008.

³⁴ Cf. a propósito, Ranieri, Nina – *Direitos humanos e comércio internacional. A tutela do direito à educação nas negociações internacionais*. São Paulo, DPJ Editora, pp. 67/69.

Consumidor, que pode ser proposta em nome próprio ou no interesse das vítimas e seus sucessores atingidas pelo serviço, como prefigurado na hipótese do art. 17, supramencionado.

A tutela de direitos individuais homogêneos, acidentalmente coletivos, “ (...) não significa propriamente defesa de interesse público, nem de interesses privados, pois os interesses privados são vistos e tratados em sua dimensão social e coletiva, sendo de grande importância política a solução jurisdicional dos conflitos de massa”, diz Ada Pellegrini Grinover, razão pela qual também poderá a ação ser ajuizada pelo Ministério Público, na forma do art. 92 do Código, como já ocorreu em tema de mensalidades escolares.³⁵

A natureza das relações contratuais que se instalam entre o prestador e o consumidor dos serviços educacionais é complexa. O Judiciário, em determinadas situações, equipara o prestador ao Estado³⁶, em outras frisa sua qualidade de mero delegado, submetido ao controle finalístico do Estado³⁷; em outras, ainda, sequer o reconhece como delegado.³⁸

A posição do aluno não é mais simples. Cidadão, agente econômico, consumidor ou usuário? Quais as conseqüências, em termos de maior proteção do direito, que advem de cada uma dessas posições, se é que se distinguem?

Veja-se, a título de exemplo, a decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.007-7, julgada em 2006.³⁹ Chamam atenção, nos

³⁵ Cf. O Código de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 5ª ed. Revisada, 1998, p. 675.

³⁶ Para fins de impetração de mandado de segurança, em situações relacionadas ao oferecimento do ensino (cf. STJ; Conflito de Competência, 21672/DF; 1ª seção; v.u.; Rel. Min. José Delgado; DJ de 29/05/98; TJSP, Apelação com revisão 6810245900, Comarca de Campinas, julgamento em 01/10/2007, Rel. Coimbra Schmidt; Reexame necessário no. 992.09.034641-5, Comarca de São Paulo, REL. Gomes Varjão, em 17/05/2010 etc.

³⁷ O que ocorre em todas as situações de avaliação pelo Poder Público. Cf. como exemplo, STJ, Recurso em Mandado de Segurança no. 21.007-DF, Rel. Min. Herman Benjamin, em 20/08/2009.

³⁸ “*Competência – Mandado de Segurança – ensino superior – entidade privada – reajuste de mensalidade. Tratando-se de mero reajuste de mensalidade, não age o impetrado como delegado do poder público. Competência da Justiça Estadual. Precedentes do TFR e do STJ. Conflito conhecido, declarado competente o suscitante.*” (STJ; CC 1430/SP; 2ª Seção; v.u.; Rel. Min. Barros Monteiro; DJ de 27/05/91). Idem no CC nº 1.390/SP; STJ, 2ª seção; v.u.; Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; DJ de 24/04/91.

³⁹ **ADIn 1.007-7.** Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Requeridos: Governador do Estado de Pernambuco e Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco. O Tribunal Pleno decidiu, por maioria de votos, pela procedência da ação, acompanhando o voto do Relator, Min. Eros Grau. DOU de 24.02.2006.

debates, as distinções feitas pelo Min. Eros Grau entre “cidadão” e “agente econômico”, em face da relação contratual que se instaura perante aqueles e as instituições de educação privadas:

“(…) a relação contratual de que se cuida não é travada entre prestador de serviço e mero consumidor, porém aquele é usuário de serviço público, isto é, cidadão. Daí porque não há pura e simplesmente, na hipótese, uma relação de consumo, o que ensejaria a ponderação do disposto no Art. 24, inciso V, da Constituição do Brasil. As relações de consumo são acessíveis unicamente a quem possa ir ao mercado portando moeda suficiente para adquirir bens e serviços, situação bem diversa daquela em que se situa o cidadão usuário do serviço público.” (p. 15)

Não concordando com esta posição, o Min. Carlos Britto manifestou-se no sentido de “ (...) que o cidadão, o consumidor e o usuário de serviço público merecem proteção do Estado, cumulativamente. Uma coisa não exclui a outra. A ordem jurídica protege o cidadão, o consumidor e o usuários, cumulativamente.” Propôs, ainda, que o Estado tome decisões de mercado, e que saia em defesa do consumidor, principalmente do consumidor de atividade educacional, que é um direito social (p. 20 e segs.). O entendimento foi acompanhado pelos Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa, para reconhecer a possibilidade de interferência estatal no âmbito das relações firmadas entre os donos de estabelecimentos educacionais e os pais de alunos, a fim de proteger e salvaguardar o direito à educação (p. 30 e seguintes).

É nesse quadro que se confirma a derrogação parcial de prerrogativas inerentes ao regime privatístico por normas de direito público, na atividade educacional da iniciativa privada, dada a prevalência da finalidade pública sobre o interesse particular, muito embora, em certo nível, ambos se confundam em face dos fins da atividade educacional.⁴⁰

⁴⁰ A propósito, veja-se que o estabelecimento é até mesmo excepcionado da denúncia vazia, como há tempos já consolidado pela jurisprudência: “*Civil – locação – estabelecimento de ensino – o contrato de locação não interessa apenas ao senhorio e ao locatário – alcança, muitas vezes, a comunidade, como acontece no aluguel, cujo imóvel é destinado a estabelecimento de ensino – o pormenor explica a Lei n.º 6.239/75, norma especial, relativamente a disciplina da locação.*” (STJ; RESP 38102/RJ; 6ª Turma; v.u.; Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro; DJ de 27/05/96). “*A Constituição Federal, no art. 211, § 2º, inclui a pré-escola como um dos seguimentos dos sistemas de ensino, razão pela qual a ela se aplica a Lei n.º 6.239/75, tornando-a excepcionada da denúncia vazia. Recurso conhecido e provido.*” (STJ; Recurso Especial n.º 31728/SP; 6ª Turma; v.u.; Rel. Min. José Cândido de Carvalho Filho; DJ de 31/05/93). “*A Lei n.º 6.239/75 restringe sua proteção ao estabelecimento participante do sistema legal relativo ao ensino — cursos pré-primário, primeiro e segundo graus, superior, supletivo e profissionalizante, inviabilizando a*

3.3.2 – O regime jurídico

O regime jurídico do direito à educação é extraído principal e diretamente da Constituição Federal. Caracteriza-se por ser um regime de prestações estatais, como é típico dos direitos fundamentais sociais, submetido ao direito público em razão do seu objeto: a proteção, pelo Estado, de bem individual e coletivo de interesse público, do qual decorre sua posição de superioridade nas relações com os particulares.

De modo geral, os direitos sociais dependem de opções políticas do legislador ou do administrador público e/ou da conformação dos direitos a prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente. Em outras palavras, sendo direitos de igualdade material, supõem a criação e a efetivação de condições que não são nem inerentes à pessoa nem pré-existentes ao Estado.

Assim, enquanto não editada a legislação ordinária de Direito Administrativo ou não realizadas as ações que darão concretude aos direitos sociais, estes nem se consolidam nem se realizam como direitos subjetivos plenos, o que enfraquece a possibilidade de serem demandados em juízo para tutela do bem protegido. Diferem, portanto, das liberdades públicas, cuja consolidação como direitos subjetivos decorre diretamente do texto constitucional, que não dependem de complementações ancilares.

Devido a essa concepção, a doutrina tradicional costuma denominar as normas consagradoras de direitos sociais como “normas programáticas”, “normas de eficácia limitada” (José Afonso da Silva), “direitos sociais de prestação positiva” (Vital Moreira e J. J. Gomes Canotilho), “direitos a prestações em sentido estrito” (R. Alexy,) ou, simplesmente, “pretensões jurídicas” (Vieira de Andrade). Filiam-se a essa corrente, com diferentes matizes teóricos, juristas como J. Rivero e, entre nós, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Sérgio R. Barros, Fábio Comparato, Celso Bastos e Elival da Silva Ramos, entre outros.

Embora a maior parte dos doutrinadores admita que, em certas situações, o regime dos direitos sociais pode se aproximar do dos direitos de liberdade - sendo possível reconhecer no conteúdo de suas normas alguns critérios de aferição do interesse mínimo dos seus titulares ou beneficiários que, sendo individualizável, constituiria posição jurídica subjetiva -, os mais extremados entendem que até a realização da

retomada por denúncia vazia. Recurso provido.” (STJ; Recurso Especial nº 38126/SP; 5ª Turma; v.u.; DJ de 13/03/95).

prestação, legislativa ou administrativa, esses direitos seriam virtualidades. Virtualidade potencializada, ademais, pela ampla gama de meios que o Poder Público dispõe para a satisfação desses direitos, sendo difícil precisar, de antemão, qual seria utilizado. Frente a tão amplo poder discricionário, o objeto do direito ficaria praticamente indefinido até que o legislador ou o administrador procedesse às escolhas necessárias.⁴¹

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

- a) seu *regime jurídico se extrai direta e principalmente do texto constitucional*, podendo ser complementado por normas de Direito Administrativo, ao contrário do que ocorre com os demais direitos sociais, cujo regime jurídico se extrai principalmente do Direito Administrativo (v.g. saúde, CF art. 196; previdência, CF art. 201; assistência social, CF art. 203).
- b) apresenta *intensa determinação de conteúdo e densidade de proteção*.

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

Notável, igualmente, no regime jurídico do direito à educação, é o fato de que a obrigação pública não se esgota com o atendimento material e administrativo das exigências constitucionais (universalização do ensino fundamental gratuito, garantia das

⁴¹ Cf. Jean Rivero, *Les Libertés Publiques*, 1997, p.100.

condições de acesso e permanência [material escolar, transporte, alimentação, saúde], formação de professores etc.), porquanto há deveres impostos ao Legislativo (art. 23, XXIV; art. 24, VIII) e também ao Ministério Público (CF, art. 129, III).

E ainda os direitos derivados a prestações, a que alude Canotilho na esteira da doutrina germânica, “entendidos como direito dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estatais concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes.”

⁴² Deles decorre a conclusão – já adotada pelo STF – de que os Poderes Públicos não podem promover retrocesso social, ou seja, uma evolução reacionária das posições já alcançadas. Essa é a perspectiva das normas internacionais de proteção aos direitos fundamentais, em geral. É o que vem ocorrendo em relação ao atendimento obrigatório da educação infantil por parte dos Municípios, direito em relação ao qual o STF e o STJ não tem admitido a existência de filas de espera ou de alocação de vagas na iniciativa privada, como veremos na sequência.

Por outro lado, há de se notar que a especificidade dos princípios constitucionais que informam o direito à educação permite tratamento jurídico menos rígido das formas e processos legais, relativizando-os pelo princípio da razoabilidade e privilegiando a garantia do direito individual à educação. Veja-se, por exemplo, que, ante a natureza irreversível do processo educativo, a matrícula nula em estabelecimento de ensino público não determina a nulidade do aprendizado no período em que o aluno assim frequentou a escola. O que aprendeu incorporou-se definitivamente à sua personalidade, tendo sido atingida a finalidade pública, sem prejuízos a terceiros, ainda que ao arrepio da forma legal. Outros exemplos: autorização judicial para ingresso de menor de sete anos na primeira série do ensino fundamental⁴³; inexistência de idade mínima para realização do exame supletivo do ensino médio (art. 38, §1º, II da LDB), em situações de aprovação no mesmo e consequente aprovação em exame vestibular às quais vem sendo aplicada a teoria do fato consumado.⁴⁴

⁴² Op. cit, p.477.

⁴³ Cf. TJMG, Proc. 1.0024.07.445628-6/001 (1) no. CNJ 4456286-09.2007.8.13.0024, Rel. Maria Elza, julgamento em 29/05/2008, DJMG 11/06/2008; TJMG, Proc. 1.0140.06.500004-8/001(1) no. CNJ 5000048-92, Rel. Wander Marotta, julgamento em 12/09/2006, DJMG 26/10/2006 etc.

⁴⁴ Cf. STJ, REsp no. 900.263-RO, Rel. Min. Luiz Fux, 13/11/2007; TJ-DF Acórdão no. 390.349, Re.DEs. Vera Andrichi, 04/11/2009 etc.

3.3.3 – Eficácia, aplicabilidade e eficácia das normas.

Efetividade, eficácia e aplicabilidade das normas jurídicas constituem efeitos conexos, mas nem sempre dependentes. A eficácia é a aptidão para produzir efeitos jurídicos; a aplicabilidade é a possibilidade de aplicação da norma ao caso, supõe, portanto, uma avaliação acerca da conexão entre fato e norma, especialmente em matéria de direitos fundamentais; efetividade é a produção concreta dos efeitos desejados pela norma.

Na Constituição da Educação, algumas normas se configuram como programáticas, outras como princípios, normas de organização ou direito subjetivo.

Sendo princípios, sendo normas programáticas ou normas de organização ou direito subjetivo, são imperativas e têm força jurídica vinculante para o Poder Público, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. Nesse sentido, pouco importa o grau de eficácia da norma: todas constituem padrões jurídicos de controle judicial e fator de interpretação normativa e tem aplicabilidade imediata, por força do § 1º, do art. 5º da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

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

Consideremos, por outro lado, um segundo grupo, composto por algumas das normas que integram o arcabouço de encargos materiais e financeiros do direito à educação já especificados pela Constituição (v.g. art. 208, art. 211; art. 212 e art. 60, do ADCT), assim como a determinação de atendimento prioritário do ensino fundamental (art. 211, §§ 2º e 3º; art. 213, § 1º, parte final). Este grupo é o das normas de organização.

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

Os dois grupos manifestam o fenômeno da “força irradiante” em relação ao legislador ordinário, pelo qual não só se assegura a não diminuição do grau de realização do direito como também a proibição do arbítrio, haja vista que a liberdade de conformação do legislador não é total⁴⁵. A eficácia horizontal alcança igualmente os particulares, tendo em vista que estes também podem, potencialmente, ameaçar os direitos fundamentais. Seus efeitos são distintos daqueles que derivam das relações entre o Estado e o sujeito do direito - por força da verticalidade - porém não menos providos de efetividade, em razão do quanto dispõe o já citado art. 5º, § 1º da Constituição Federal.

Conseqüentemente, o problema de saber se os direitos sociais são ou não verdadeiros direitos subjetivos não se apresenta no campo do direito à educação como já o demonstraram diversos autores.⁴⁶ A possibilidade de apreciação de sua violação em juízo tampouco é objeto de questionamento doutrinário e a jurisprudência é pacífica a esse respeito, com a observação de que o conteúdo materialmente exigível do direito à educação, com fundamento nas normas constitucionais, é conteúdo mínimo, qualificado como direito ao mínimo existencial.⁴⁷

⁴⁵ Cf. Vieira de Andrade, *op. cit.*, p. 379.

⁴⁶ Veja-se, por todos, Clarice Seixas Duarte, *O direito público subjetivo ao ensino fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988*. 2003, Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

⁴⁷ Veja-se, por exemplo, as decisões monocráticas proferidas em Pedido de Tutela Antecipada, STA 13 (Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 04/12/03; no Recurso Extraordinário no. 431.773 (Rel. Min. Marco Aurélio, j. 15/09/04); no Agravo de Instrumento no. 564.035 (Rel. Min. Carmén Lúcia, j. 30/04/07); na Suspensão de Tutela Antecipada 318-9 (REL. Min. Gilmar Mendes, j. 20/04/09)etc.

Por essas razões, os bens protegidos pelo direito à educação – quais sejam, todos os processos formativos, formais e informais, públicos e privados, voltados a propiciar o pleno desenvolvimento da pessoa, sua qualificação para o trabalho e seu preparo para a cidadania, assim como os demais direitos de liberdade e igualdade a eles inerentes – têm justiciabilidade imediata. A doutrina vem reconhecendo que qualquer tipo de ação (coletiva, individual com efeitos coletivos ou meramente individual), pode ser empregada para provocar o Judiciário a exercer o controle e eventual intervenção em políticas públicas determinadas pela Constituição, como é o caso da efetivação do direito à educação pelo Estado.⁴⁸

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

Paradigmático é o exemplo das vagas em creches, nesse sentido. Sua afirmação como prerrogativa indisponível da criança foi objeto de diversos recursos extraordinários levados à apreciação do STF, nos quais figurava o Município de Santo André como recorrente em virtude de decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP, que conheceram e deram provimento à tutela requerida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em benefício da garantia de atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e escolas de educação infantil (ações interpostas antes da EC 53/06, que ampliou o ensino fundamental ao nele incluir as crianças de seis anos).⁴⁹ Entre

⁴⁸ Veja, por todos, Ada Pellegrini Grinover, O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, in Carlos Alberto de Salles (coord.), *As grandes transformações do processo civil brasileiro - Homenagem ao Prof. Kazuo Watanabe*, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 109-134.

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

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

No conjunto das medidas de controle das políticas públicas educacionais, tanto o STF quanto o STJ, quando provocados por ação popular ou ação civil pública, ou ainda em sede de controle de constitucionalidade no STF, vêm procedendo a exame de mérito do ato administrativo inquinado em face dos objetivos do Estado Brasileiro, ultrapassando, portanto, o dado da infringência de dispositivos constitucionais ou legais.⁵⁰ A fundamentação jurídica, nessas situações, desconsidera, inclusive, a eventual natureza programática da norma constitucional, considerando que o seu não atendimento compromete a eficácia e a integridade de direitos individuais ou coletivos.

Tal intervenção, por evidente, não é absoluta. São observados três limites, conforme consolidado recentemente pela jurisprudência: o limite do mínimo existencial a ser garantido ao indivíduo; o limite da razoabilidade da pretensão deduzida frente ao poder Judiciário; e o limite da reserva do possível, isto é, o limite da disponibilidade financeira da Administração Pública no atendimento das prestações reclamadas.⁵¹

Mas a despeito de todas as dificuldades inerentes à efetivação do direito à educação, não se podem desconsiderar os avanços propiciados pela atual Constituição em matéria de financiamento da educação, com impactos na eficácia e aplicabilidade das normas educacionais. A garantia de recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino, por meio de vinculação de receita tributária, na forma do art. 212 (a União aplica anualmente nunca menos de 18%; os Estados e Municípios 25%, no mínimo, aí incluída a receita proveniente das transferências), assim como a instituição do FUNDEF, a sua posterior transformação no FUNDEB, e as demais

⁵⁰ No STJ, cf. REsp 212.346 no Ag. 842.866; REsp 814.076; REsp 807.683; AgRg no REsp 757.012; REsp 684.646; REsp 658.323; REsp 625329, MS 8.895; REsp 509.753 MS 8.740; REsp 430.526; REsp 338.373, em matéria do direito à saúde.

⁵¹ Cf. STJ, REsp no.1.185.474-SC, REL. Min. Humberto Martins, 20/04/2010, no qual são indicados diversos precedentes.

previsões contidas no art. 60, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, na forma da Emenda Constitucional 53/2006, todas são medidas que concorrem naquela direção.

3.4 – A tutela judicial do direito à educação

No modelo axiológico da Constituição da Educação, o indivíduo, os pais e responsáveis, os grupos ou categorias, as associações, as entidades de classe, as organizações sindicais ou os entes estatais personalizados, como é o caso do Ministério Público, são titulares de direito de ação para tutela das prerrogativas inerentes ao direito à educação.

A tutela judicial pode ser solicitada do ponto de vista do interesse individual, coletivo ou público, por intermédio dos mecanismos previstos na Constituição Federal, na Lei de Diretrizes e Bases e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na Constituição, em sede de controle abstrato, são eles: a ação direta de inconstitucionalidade (art.102, I, a), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art.102, I), a ação direta de inconstitucionalidade interventiva, com fundamento no art. 35, III (cf. ainda, art. 28, da Lei 11.494, de 20/06/07); a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a); a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º; cf. ainda, Lei 9.882, de 03/12/99); em sede de controle concreto: mandado de segurança (art. 5º, LIX e LXX); mandado de injunção (art. 5º, LXX); ação popular (art.5º, LXXIII; cf. ainda, Lei 4.717, de 29/06/65), a ação civil pública (art. 129, III e art. 5º da Lei 7.347, de 24/06/85), além do direito de petição (art. 5º, XXXIV), utilizável na esfera administrativa. Na LDB, a ação de rito sumário prevista no § 3º, do art. 5º, em situações de omissão no oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público.⁵² No ECA, a ação civil pública de responsabilidade prevista no art. 208, em hipóteses de não oferecimento de ensino fundamental, educação especial, atendimento em creche e pré-escola, ensino noturno regular, programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental, assistência social, acesso a ações de saúde e de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade; e a ação mandamental (art. 212, §2º), em casos de lesão aos interesses de crianças e adolescentes. Ainda com

⁵² “Art. 5º O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.”

fundamento no ECA, eventuais irregularidades poderão ser objeto de provimento judicial específico, ordem a ser buscada em ação própria pelos respectivos legitimados (art.212).⁵³

Na densificação da proteção dos interesses da criança e do adolescente, a legitimação ativa promovida pelo ECA, além dos pais ou responsáveis, inclui o Ministério Público que é a instituição legitimada para tomar as providências de natureza judicial em defesa do direito, seja a lide individual, difusa ou coletiva. Estão legitimados concorrentemente a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, os Territórios e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos da criança e do adolescente.

A tutela da educação como serviço, pela via judicial, em situações de omissão, incapacidade ou negligência do Estado na aferição da qualidade de ensino também pode ser feita por via dos chamados direitos instrumentais para a garantia dos direitos sociais, como o mandado de segurança individual ou coletivo (art. 5º, LXIX e LXX); o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); a ação popular (art. 5º, LXXIII); e a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103). Isso sem contar que a utilização do direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”) e a regra genérica de exclusão da apreciação, pelo Judiciário, de qualquer lesão ou ameaça de direito (art. 5º, XXXV), garantem a possibilidade de interposição de ações cautelares, ordinárias e penais⁵⁴, reafirmada, no âmbito do Código do Consumidor, em seu art. 83.

Por parte do Judiciário, quando se trata de garantir o direito social e individual à educação, em face de proteção insuficiente ou de eliminação de posições jurídicas já alcançadas por parte do Estado, são frequentes as colisões de princípios fundamentais, tais como o princípio democrático e o da separação de poderes, entre este último e o da

⁵³ “Art. 212. Para defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes. § 1º Aplicam-se às ações previstas neste Capítulo as normas do Código de Processo Civil. § 2º Contra atos ilegais ou abusivos de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público, que lesem direito líquido e certo previsto nesta Lei, caberá ação mandamental, que se regerá pelas normas da lei do mandado de segurança.”

⁵⁴ A jurisprudência de há muito reconhece a legitimidade do Ministério Público para a interposição de ação civil pública em prol de interesses coletivos da comunidade de pais e alunos de estabelecimentos de ensino Cf. Supremo Tribunal de Justiça, RESP 50059/MG; quarta turma; v. u.; rel. Min. Fontes de Alencar; DJ de 18/09/95. RESP 38176/MG; quarta turma; v.u.;rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; DJ de 18/09/95.

proteção à dignidade humana, e também entre os princípios fundamentais, a teoria constitucional e a experiência constitucional brasileira.⁵⁵

Além dessas previsões, o direito à educação beneficia-se das garantias constitucionais próprias aos direitos e garantias fundamentais, expressas no § 1º, do art. 5º e do §IV, inciso IV, do art. 60, da CF, e também das normas internacionais relativas a direitos humanos, conforme assegura o §2º, do art. 5º. Com relação à proteção do art. 60, IV, em particular, é de se sublinhar que a mesma se expande para os direitos fundamentais, posto que abrangente dos princípios constitucionais essenciais ao sistema democrático.

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

Sabemos, no entanto, que o acesso ao Poder Judiciário nacional para tutela do direito à educação apresenta dificuldades, uma vez que a efetividade do direito depende de uma ação concreta do Estado e não apenas da possibilidade de agir em juízo. Muito embora essa seja uma circunstância que possa ser atenuada em função da natureza dos instrumentos processuais postos à disposição dos demandantes, os problemas jurídicos a serem enfrentados residem, no mais das vezes, na identificação dos titulares do direito de ação para exigir a execução de políticas públicas, bem como na competência do Judiciário para determinar ao Executivo a execução das mesmas, inclusive em face de compromissos internacionais.

Contudo, é expressivo o aumento do número de demandas relativas ao direito à educação levadas ao conhecimento do Judiciário.⁵⁶ Temática relativamente marginal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF antes da Constituição Federal de 1988, no período compreendido entre 1990 e início de 2011, entretanto, foram

⁵⁵ Cf. Suspensão de liminar 263-5 RJ, em Agravo de Instrumento no. 2008.002.02378 (10/2008), Rel. Gilmar Mendes; Suspensão de Tutela Antecipada 241-7 RJ, em Agravo de Instrumento no. 2007.002.32900 - (10/2008), Rel. Gilmar Mendes; ADIn 2.667-MC/DF Celso de Mello (19/06/02); ADIn 1.063/DF; ADIn 1.158/AM, entre outras.

⁵⁶ Veja-se, a propósito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a jurisprudência compilada pelo Ministério Público Estadual em *Direito à Educação – Interpretação Judicial*, Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cível e de Tutela Coletiva, São Paulo, Rettec, 2011.

protocolados cerca de 2.250 processos, dos quais 2.372 deram entrada a partir do ano 2000.⁵⁷

Desde então, tem sido particularmente notável a alteração de conteúdo das decisões, em benefício da efetividade do direito à educação, em especial no que concerne à educação básica, com repercussão nas estruturas do Estado Democrático de Direito, em especial no que diz respeito ao exercício do poder político e à sua configuração, no plano dos valores, como verdadeiro Estado Democrático Social de Direito.

No início da década de 1990, por exemplo, prevaleceram as demandas relativas ao controle de mensalidades escolares, em face da disciplina legal de seu reajuste (Lei nº 8.039/90), ao abrigo do art. 173, § 4º, da Constituição Federal. Na grande maioria das decisões, o STF pronunciou-se favoravelmente à atuação do Estado, firmando jurisprudência no sentido de salvaguardar o direito à educação de abusos econômicos por parte da iniciativa privada, vedando sanções escolares ao inadimplemento de prestações contratuais pelo estudante. Esse entendimento alterou-se no início dos anos 2000; àquela altura e até então, raros foram os casos levados à Corte que, diretamente, demandavam tutela para o exercício individual ou coletivo do direito à educação.⁵⁸

Algumas hipóteses podem explicar o fenômeno do aumento das ações objetivando a efetivação do direito à educação, especialmente no âmbito da educação infantil, em nítida tentativa de concretização sucessiva das metas educacionais: a ampliação da atividade do Ministério Público pela CF/88 (cf. arts. 127 e 129), destacando-se a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; a consolidação da ação civil pública para defesa de interesses coletivos; e a criação do FUNDEF, em 1996, que permitiu o equacionamento das questões relativas ao financiamento e expansão da educação fundamental por parte

⁵⁷ Análise feita em *O Estado Democrático de Direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da educação, pela via da educação*, Tese de Livre Docência apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

⁵⁸ Já me manifestei anteriormente na doutrina a respeito da alteração de conteúdo da jurisprudência do STF em matéria educacional, sob outros ângulos de análise. Cf. Nina Ranieri, *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional da Educação*, in Alberto do Amaral Junior e Liliana Jubilut (orgs.), *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009; A propósito, ver também Ranieri, *Os Estados e o Direito à Educação na Constituição de 1988 – Comentários acerca da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, na obra organizada por Alexandre de Moraes, *Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil*, São Paulo: Atlas, 2008, p.183.

dos Estados e Municípios e, por via de consequência, alcançando, em muitos casos, a sua universalização.⁵⁹

A tutela do direito à educação não se esgota no Judiciário. Os Conselhos de Educação (órgãos normativos dos sistemas de ensino) e os Tribunais de Contas federal, estaduais e municipais asseguram, em esferas distintas, outras formas de tutela do direito à educação.

IV – A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei no. 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

A Lei de Diretrizes e Bases (LDB) é lei federal de âmbito nacional, que estabelece os princípios gerais da educação escolar. Alcança todos os sistemas de ensino; por ser norma de competência privativa da União, não tem a natureza de legislação exaustiva (CF, art. 22, XXIV).

É o eixo jurídico da organização do ensino no Brasil: quando a Constituição fala em diretrizes e bases da educação, fala em estrutura, em arcabouço da educação nacional.⁶⁰

“Diretriz” na linguagem comum significa linha reguladora, conjunto de instruções ou indicações para se tratar e levar a termo um plano, uma ação. A origem do vocábulo é latina, derivada de “direito”, no sentido de diretiva, e designa as ideias de “dirigir, conduzir, guiar”.

Na Constituição de 1988, além da disposição do art. 22, XXIV, a palavra “diretriz” é empregada várias vezes e de maneiras diversas, sempre com o sentido de “opção de mérito”, como, por exemplo, no art. 21, XX (diretrizes para o desenvolvimento urbano); no art. 22, IX (diretrizes da política nacional de transportes); no art. 48, II; no art. 165, e no § 1º (diretrizes orçamentárias), sendo que com relação a

⁵⁹ Recentes pesquisas acadêmicas, como a que vem sendo desenvolvida por Roberto Viacelli, mestrando da Faculdade de Direito da USP e pesquisador da Cátedra UNESCO de Direito à Educação da FD/USP, vem demonstrando que os efeitos dessas decisões vão além dos seus efeitos transindividuais e dos limites subjetivos ou objetivos da coisa julgada. Ao que tudo indica, as consequências desses “ciclos de judicialização de políticas públicas educacionais”, devidas à eficácia expandida dessas decisões, tem provocado mudanças de comportamentos políticos, jurídicos e institucionais em benefício da mais ampla efetivação do direito à educação.

⁶⁰ Cf. Ranieri, Nina - *Educação Superior, Direito e Estado*. São Paulo, Edusp/Fapesp, 2004.

esta última o legislador constituinte especifica a noção empregada: “metas e prioridades, orientação, estabelecimento de políticas” (cf. § 2º); no art. 174, § 1º (“a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado...”); e no art. 182 (referente à política de desenvolvimento urbano).

Na área da educação “diretriz” diz respeito às metas de promoção do indivíduo como pessoa, cidadão e trabalhador; volta-se, por extensão, ao atendimento do art. 3º da Constituição Federal, cuja execução requer condições de exequibilidade (órgãos, autoridades, meios de concretização), que constituem, por sua vez, a “base” a que se refere a Constituição Federal.

Na “base” da educação nacional estão muitas das garantias do direito à educação já indicadas pela Constituição Federal, que, como visto, atuam na qualidade de princípios, tais como a coexistência de três sistemas de ensino (art. 212); a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (art. 206, I e IV); a oferta de ensino noturno regular (art. 207, VI), etc. Também constitui “base” a indicação da preeminência do Ministério da Educação e do Conselho Nacional de Educação como órgãos definidores das políticas públicas para os diversos graus de ensino (cf. Lei nº 9.131, de 24.11.95, que alterou artigos da Lei nº 4.024/61).

“Diretrizes e bases” designam, portanto, fundamentos (razão justificativa); organização; condições de exequibilidade. A importância de previsões legais dessa índole, a par da unidade que conferem à educação em todo o País, reside no fato de refletirem o momento e as circunstâncias políticas da elaboração e, por via de consequência, a direção que se pretende imprimir à preparação para a cidadania e à formação de recursos humanos. Em certa medida, também refletem a política governamental que concretizará esses objetivos.

A Lei nº 9.394/96 é inovadora e modernizadora. Ao romper com as rígidas prescrições da legislação anterior, insinua a possibilidade de haver uma revisão das posições do Estado ante questões recorrentes no ensino superior brasileiro, tais como descentralização e controle das atividades, financiamento da educação pública, competências normativas e executivas nos diversos sistemas de ensino, regime jurídico das instituições públicas e sua autonomia frente aos governos mantenedores, dentre outros.

Sua edição assinalou um novo marco de organização, oferecimento e controle das atividades públicas e privadas na área da educação. De maneira geral, não cria amarras institucionais e burocráticas, privilegiando em seu conjunto orgânico ampla liberdade de conteúdo e forma para todos os níveis, em todos os sistemas de ensino, com o que tenta estabelecer um novo padrão de articulação entre a União, os Estados e os Municípios, e entre estes e a esfera privada.

Para tanto, ampliou o grau de atuação autônoma dos sistemas e das instituições de ensino, insistindo na ideia de controle de resultados. São dois os eixos que orientam esta articulação: a) o da descentralização – expresso na discriminação de competências das unidades federadas e dos sistemas de ensino; b) o do estímulo à inovação – expresso pela margem de liberdade de processos que concede aos sistemas e às instituições de ensino.

As características específicas que particularizam o direito à educação na Constituição Federal alcançam, evidentemente, a LDB. Delas se extrai o seu regime jurídico peculiar, fundado na natureza pública da educação e na supremacia do interesse público sobre o particular, do qual decorrem as seguintes consequências de ordem prática: a) na esfera pública, a especificidade dos princípios constitucionais que informam o desenvolvimento das atividades educacionais permite tratamento jurídico menos rígido das formas e processos; b) da mesma forma, no plano individual, o regime legal pode ser flexibilizado, na medida em que o permitam os valores educacionais: a letra da lei cede ao interesse público, em situações nas quais o processo de aprendizagem se complete, em benefício do aluno; c) diversamente, na esfera privada, como já mencionado, a natureza pública da atividade educacional determina a derrogação parcial de prerrogativas inerentes ao regime privatístico por normas de Direito Público, dada a prevalência da finalidade pública sobre o interesse particular.

Sob esta ótica, a interpretação especializada das normas educacionais e de Direito Público dificilmente criará situações de confronto entre o interesse público e o particular, na medida em que sempre que o cidadão for atendido toda a sociedade será beneficiada. O problema é que, desde a edição da atual LDB, sucessivas e frequentes alterações de seu conteúdo (mais de trinta!), põem em risco os seus principais eixos e, portanto, a sua própria efetividade.

4.1- Antecedentes.

A Constituição Federal de 1934 inaugurou a organização dos sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal mediante subordinação às diretrizes e bases fixadas pela União (arts. 5º, XIV e 151), acompanhada da atribuição, aos Estados, de competências legislativas concorrentes e encargos administrativos, para fazer frente às peculiaridades locais. Foi também com a Constituição de 1934 que a educação se revestiu da natureza de direito social e dever do Estado, garantido a todos pelo seu art. 149, sob os influxos da ampliação dos direitos sociais e dos debates e iniciativas educacionais promovidos nos anos anteriores pelos Estados (notadamente em São Paulo, com Sampaio Dória; Lourenço Filho, no Ceará; Anísio Teixeira, na Bahia e Fernando de Azevedo, no Distrito Federal, entre outros).

As Constituições posteriores mantiveram as linhas gerais da organização político-administrativa dos sistemas de ensino, com exceção da Constituição Federal de 1937 que assegurou a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação (art. 16, XXIV), com supressão da organização federativa dos sistemas de ensino. Com a Constituição Federal de 1946, retorna-se à organização federativa dos sistemas de ensino, desta feita com maior liberdade de organização para os Estados; à União, reservou atuação supletiva, na medida das necessidades locais e regionais (arts. 170 e 171). Foi também a Constituição de 1946 que previu, originariamente, a competência supletiva ou complementar dos Estados em relação à competência da União (arts. 6º e 5º, XV, d), em matéria de diretrizes e bases da educação, sistemática mantida na Constituição de 1967 (arts. 8º, XVII, q, e 9º, com exclusão da previsão da legislação complementar) e, de forma idêntica, na Emenda Constitucional no. 1, de 1969 (art. 8º, XVII, q, e parágrafo único).

A despeito das previsões constitucionais de 1934, a primeira lei de diretrizes e bases da educação nacional foi editada apenas em 1961 (Lei nº 4.024, de 20/12/61), após treze anos de tramitação no Congresso Nacional. Nos anos subsequentes, foi complementada pela Lei nº 5.540, de 28/11/68 (que dispôs sobre o ensino superior), alterada pelas Leis no. 6.420, de 03/06/77 e no. 7.177, de 19/12/83, e pela Lei no. 5.692, de 11/08/71 (fixou as diretrizes e bases do ensino de 1º e 2º graus).

Em 1996, aprovou-se a atual lei de diretrizes e bases - Lei nº 9.394, de 20/12/1996. Seu processo de elaboração – longo e dificultoso - iniciou-se com a

aprovação do projeto de Lei nº 101, em 28.09.93, pelo plenário da Câmara dos Deputados. Foi a primeira vez, na história da educação nacional, que a iniciativa de um projeto de lei de diretrizes e bases partiu do Legislativo, após cinco anos de discussão do Projeto nº 1.158-A/88, de autoria do deputado Octávio Elíseo, resultando no chamado “substitutivo Jorge Hage”. A lenta tramitação do projeto na Câmara deu ensejo a que surgissem iniciativas paralelas no Senado, dentre estas um projeto de autoria do senador Darcy Ribeiro (PDT-RJ), de concepção e conteúdo inteiramente diversos do “substitutivo Jorge Hage”. O projeto de Darcy Ribeiro foi aprovado na Comissão de Educação em 02/02/93, dado o parecer favorável do relator senador Cid Sabóia de Castro, parecer que se transformou em novo substitutivo (“substitutivo Cid Sabóia”), também aprovado pela Comissão de Educação e encaminhado ao Plenário do Senado em 12/12/94. Em razão de manobras regimentais, voltou à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, na qual a relatoria, assumida pelo senador Darcy Ribeiro, considerou-o inapropriado. Apresentou-se, portanto, mais uma vez, um novo substitutivo, cujo conteúdo se aproximava da proposta da Câmara no que se referia à organização dos níveis e modalidades de ensino, mas que deste se distanciava no tocante ao controle político e à administração do sistema educacional. Finalmente, aprovado no Senado, o “substitutivo Darcy Ribeiro” voltou à Câmara, onde foi aprovado em 17/12/96 (relator deputado José Jorge - PFL, PE). Submetido à sanção presidencial, o texto, mantido sem vetos, resultou na Lei nº 9.394, publicada em 20/12/96.

Nesse período, o Congresso adiantou algumas medidas antecipatórias da nova política educacional, de natureza diretivo basilar. A Lei nº 9.131, de 24 de novembro de 1995, alterou os artigos 6º, 7º, 8º, e 9º, da Lei nº 4.024/61, para ampliar as competências do Ministério da Educação e do Desporto, extinguir o Conselho Federal de Educação, criar e definir competências do Conselho Nacional de Educação. As modificações sobrepuseram o MEC ao Conselho, subordinando-o ao ministro de Estado da Educação por meio da exigência de homologação de suas decisões. Ainda em 1995, a Lei nº 9.192, alterou o art. 16, da Lei nº 5.540/68, regulamentando o processo de escolha de dirigentes universitários.

A legislação de diretrizes e bases no Brasil, hoje, compreende a Lei nº 9.394/96, parte da Lei nº 4.024/61, e um único dispositivo da Lei nº 5.540 /68. Isto se deve ao fato de ter a Lei nº 9.394/96, em seu art. 92, revogado apenas as disposições da Lei nº 4.024/61 e da Lei nº 5.540/68 não alteradas pelas Leis nº 9.131/95 e 9.192/95. Ou seja,

ao invés de tais dispositivos serem incorporados à Lei 9394, mantiveram-se vigentes os artigos 6º, 7º, 8º, e 9º, e 16 das Leis nº 4.024/61 e nº 5.540/68, respectivamente. De modo geral, o emprego da sigla LDB refere-se exclusivamente à Lei 9.394/96.

4.2- A legislação educacional.

No conjunto das prescrições educacionais, à LDB acrescentam-se as normas gerais editadas pela União, e a suplementação que venha a ser promovida pelos Estados e Distrito Federal (CF, art. 24, IX).

De todas derivam atos regulatórios e interpretativos, emanados pelos diversos órgãos normativos dos sistemas de ensino (Ministério da Educação, Secretarias de Educação, Conselhos Estaduais e Nacional de Educação, etc); bem como estatutos e regimentos institucionais, que encontram fundamento na autonomia universitária (CF, art. 207). Diversas leis ordinárias interferem indiretamente na atividade educacional, com é o caso do ECA e do Código do Consumidor, por exemplo, e também o da Lei 13.545, de 20/5/2009, do Estado de São Paulo, que proíbe a compra, venda, fornecimento e consumo de bebidas alcoólicas em qualquer estabelecimento de ensino mantido pela administração pública estadual, ou o da Lei 12.224, de 24/05/2010, que dispõe sobre a universalização das bibliotecas nas instituições de ensino do País. Nestes casos, não é possível proceder a qualquer interpretação de suas disposições, em situações nas quais haja implicações para a atividade educacional, sem levar em conta os vetores dos artigos 206 e 208 da Constituição Federal, ou a finalidade expressa no art. 205, expressões do valor que o sistema constitucional confere à educação.

Como se pode notar, é extensa e complexa a teia normativa que regulamenta a educação no Brasil. Caracteriza-se pela multiplicidade e a provisoriedade de suas regras, bem como pela variabilidade das fontes normativas (o Congresso Nacional, o Presidente da República, o Ministério da Educação e do Desporto, o Conselho Nacional de Educação, as Secretarias Estaduais e Municipais de educação, os Conselhos Estaduais de Educação, os Conselhos Municipais de educação), o que dificulta seu entendimento e aplicação.

Considerando-se o duplo âmbito das funções legislativas e normativas do Poder Executivo federal em matéria educacional, realizadas em dois planos distintos - o nacional e o federal – muitas são as dúvidas dos sistemas estaduais e municipais de

ensino a respeito do que se aplica a quem (só o sistema federal? todos os sistemas?) e em que momento (nos Estados, imediatamente após a publicação no Diário Oficial da União? após manifestação do respectivo CEE?).

As funções legislativas são aquelas exercidas exclusivamente pelo Congresso Nacional; já as normativas podem ser exercidas pelo Presidente da República, por meio de decretos; pelo Ministro da Educação, por meio de portarias, resoluções, etc; e pelo Conselho Nacional de Educação, por meio de pareceres, resoluções, etc, de acordo com as respectivas competências legais.

No plano nacional, tanto as funções legislativas quanto as normativas, voltam-se à coordenação da política de educação e à articulação dos diversos níveis e sistemas (daí decorrem as demais competências e encargos, de natureza administrativa, explicitados no art. 9º da LDB, todas preordenadas à regulamentação do controle e avaliação da atividade educacional). No plano federal, voltam-se à organização do sistema federal de ensino. No conjunto, compreendem o poder de editar normas complementares à LDB para que se promova sua fiel execução, respeitados, por evidentes, os postulados básicos do princípio da legalidade.

Evidentemente, nem tudo o que norma federal é norma nacional, embora o inverso seja verdadeiro. Alguns parâmetros podem ser fixados para que se distingam, juridicamente, umas das outras, a partir de seus respectivos conteúdos materiais e da forma como são elaboradas.

4.3- Competências legislativas educacionais e âmbito de incidência das normas.

A Constituição Federal reservou à União competência privativa para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (CF, art. 22, XXIV); e competência concorrente à dos Estados e Distrito Federal para legislar sobre educação mediante normas gerais (CF, art. 24, IX). Não é tarefa simples para o hermenauta distinguir umas das outras, o que tem impactos na competência da União e na dos Estados em matéria educacional. Juridicamente, a organização dos sistemas de educação (CF, art. 211) acompanha a organização político-administrativa da República (CF, art. 18, “caput”), aplicando-se-lhe, por simetria, o princípio federativo da descentralização normativa e executiva.

A competência federal para editar normas gerais de educação decorre da repartição de competências em sentido vertical: tratando-se de matéria submetida à legislação concorrente entre diversas pessoas políticas, o que se verifica é o regramento sucessivo, em graus distintos. No sistema constitucional brasileiro a competência concorrente é definida pela dupla legislação sobre uma matéria, uma genérica, outra suplementar. À União cabem as normas gerais, aos Estados, o estabelecimento de normas suplementares. À ausência de normas gerais, os Estados exercem a capacidade legislativa plena, sendo que a superveniência da lei federal suspenderá a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário, como expresso no art. 24, IX, e parágrafos.

Já a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação, prevista no art. 22, da Constituição Federal, resulta da repartição horizontal das competências legislativas. Tem por efeito traçar a esfera de autonomia da União, criando-lhe uma área de atuação diferenciada e delimitada, em relação às competências dos Estados e Municípios. A competência privativa não é competência exclusiva, porque permite delegação; tanto é assim que o § único, do mesmo art. 22, determina que lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no artigo, tendo em vista a solução de problemas regionais e locais. Mas ainda que tal delegação promova uma concorrência de competências, não se altera a competência da União, que pode a qualquer tempo revogar a lei complementar autorizativa da delegação, restabelecendo a sua condição inicial para legislar de forma plena sobre a matéria, sem deixar espaço à atuação estadual.

De modo geral, é possível distinguir as normas supletivas das normas gerais, e estas das de diretrizes e bases, com esteio em critérios que levem em conta a forma e a extensão do tratamento dado à matéria: diante de uma prescrição normativa na área educacional, examina-se se ela especializa e aprofunda questões. Neste caso, não será diretriz ou base, nem tampouco norma geral, mas norma de competência estadual. Se, não especializando, estabelece princípios e fundamentos, dá-se o contingenciamento generalizador, nacional, que caracteriza a norma geral.

Alguns parâmetros podem ser apresentados para a distinção entre normas nacionais e normas meramente federais, tanto em face do Congresso Nacional quanto em decorrência da atividade regulatória do Conselho Nacional de Educação:

- **normas de diretrizes e bases e normas gerais de educação** aprovadas pelo Congresso Nacional, e sancionadas pelo Presidente da República, incidem,

indistintamente, sobre todos os sistemas de ensino; os Estados, por intermédio de suas Assembleias legislativas, podem suplementar as normas gerais (CF, art. 24, IX), mas não as normas de diretrizes e bases;

- **decretos do Presidente da República** não incidem sobre os sistemas estaduais e municipais, a menos que regulamentem normas gerais ou de diretrizes e bases, sem alterar-lhes o conteúdo;

- **pareceres, deliberações e resoluções do Conselho Nacional de Educação** incidem, indistintamente, sobre todos os sistemas de ensino quando veiculem normas gerais de educação, desde que homologadas pelo Ministro da Educação e atendido o princípio da legalidade; os Estados, por intermédio de seus Conselhos de Educação, poderão editar normas complementares para seus sistemas de ensino, em caráter de regulamentação das normas gerais e das normas estaduais de educação, sem ultrapassar o limite legal do art. .

Já firmou a melhor doutrina a impropriedade técnica da inclusão de competências legislativas concorrentes, como é o caso da lei de diretrizes e bases da educação, entre as competências privativas da União.⁶¹ Se a regra nas competências privativas é o exercício pleno, concentrado na respectiva esfera de poder, que assim normatiza a matéria em todos os seus aspectos, gerais e específicos, a competência para a edição de diretrizes e bases pela União é competência concorrente, e não privativa.

José Afonso da Silva também assinala esta condição: *“A legislação concorrente sobre as matérias indicadas supra [as do art. 24] se limitará a estabelecer normas gerais. Nisso a Constituição foi, às vezes, redundante. Por exemplo, no art. 22, XXIV, dá como privativo da União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, enquanto no art. 24, IX, combinado com o § 1º, declara caber-lhe legislar sobre normas gerais de educação. Não há nisso incoerência, como pode parecer. Legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional e sobre normas gerais de educação somam, no fundo, a mesma coisa. A tradição arrastou os educadores da Constituição a manter a regra que vem de 1946, que dava competência à União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, mas também não poderiam deixar de incluir na competência comum legislar sobre educação, situação em que a União só tem poderes para fixar normas gerais. Tudo somado, dá na mesma, com um dispositivo a mais sem necessidade.”*⁶²

⁶¹ Cf. Almeida, Fernanda Dias Menezes de, *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo, Atlas, 2000, 2ª. Ed.

⁶² Op. cit., p. 502.

Desta configuração resulta, na prática, a não - incidência do § único do art. 22, da Constituição Federal, para os Estados, em matéria educacional. E isso pela simples razão de não deter a União a competência privativa plena, mas, tão somente, a competência concorrente, limitada.

Por essas razões, o âmbito de incidência da LDB é estabelecido pelos amplos e vagos encargos que podem decorrer das funções supletivas e redistributivas que foram atribuídas à União pela Constituição Federal (art. 211, §1º); os seus limites, pelas competências estaduais e municipais, na forma compatibilizada pela opção federativa. Isto significa que a lei de diretrizes e bases não pode invadir a esfera própria dos Estados e dos Municípios, nem versar sobre matéria alheia aos encargos atribuídos à União, sob pena de incompetência absoluta.

V- Conclusões

O âmbito de proteção do art. 205 da Constituição Federal delimita bens, valores e interesses – privados, coletivos e públicos - como resultado da delimitação dogmática no âmbito da própria Constituição. Indica, também, uma dada concepção de sociedade e de Estado, densificada pelas leis ordinárias, entre elas, notadamente, a Lei nº 9.394/96 (LDB) e a Lei nº 8.069/90 (ECA).

O direito à educação no sistema jurídico brasileiro não é, por conseguinte, uma disposição abstrata. Ao contrário, consiste em um conjunto de determinações objetivas e consequentes, passíveis de serem aplicadas a contingências, situações e circunstâncias que se sucedem no desenvolvimento social, pela integração jurisprudencial e doutrinária. A via judicial, em particular, na efetivação do direito à educação, vem revelando novos campos de afirmação do Estado Democrático de Direito, em benefício dos direitos de cidadania e da participação popular, o que é especialmente importante num País com baixa percepção popular do valor das instituições democráticas e desconhecimento da força normativa da Constituição.

Fica, assim, implícita a conclusão de que os mecanismos de tutela judicial dos direitos sociais podem ser extremamente eficazes nas situações em que a política pública se extrai diretamente da Constituição. Esta conclusão sugere, por decorrência lógica, que a definição constitucional de objetivos, metas e prioridades, combinada com a precisa discriminação de competências, encargos e rendas aos entes da Federação e com

a vinculação de recursos financeiros, permite a sua realização a médio prazo (aspecto que se confirma em relação ao direito à saúde, por força da alteração do conteúdo do inciso IV, do art. 167 da Constituição Federal, para incluir as ações e serviços públicos de saúde na exceção constitucional de vinculação receita de impostos, pela Emenda Constitucional no. 42, de 19/12/03). O mais importante, porém, é que, garantidas judicialmente, as normas de proteção dos direitos sociais passam, de programáticas, a ser normativas. Isso significa que, sem o filtro de eficácia representado pelo legislador, suas disposições consubstanciam obrigações diretamente acessíveis e exigíveis pelo particular, de modo independente, em suas relações privadas ou face ao Estado.