

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

NATASCHA ALEXANDRINO DE SOUZA GOMES

**NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO: uma
análise segundo a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.**

Juiz de Fora

2014

NATASCHA ALEXANDRINO DE SOUZA GOMES

**NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO: uma
análise segundo a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF, como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em Direito na área de concentração do Direito Constitucional, sob orientação do Professor Mário Cesar da Silva Andrade.

Juiz de Fora

2014

NATASCHA ALEXANDRINO DE SOUZA GOMES

NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO: Uma análise segundo a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF, como pré-requisito para obtenção do título de bacharel em Direito na área de concentração do Direito Constitucional, sob orientação do Professor Mário Cesar da Silva Andrade.

Aprovado em: ____/____/2014

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Mário Cesar da S. Andrade
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Brahwlio Soares de Moura Ribeiro Mendes.
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Fellipe Guerra David Reis
Universidade Federal de Juiz de Fora

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ser a razão de tudo e não me desamparar em nenhum momento. Agradeço ao meu namorado, Jonas, e à minha família, em especial à minha mãe, Stella, e ao meu pai, Diógenes, que são as pessoas mais importantes da minha vida. Agradeço também a todos que de alguma forma contribuíram para o êxito do presente trabalho, sobretudo, o meu orientador, Mário Cesar Andrade, pela grande ajuda, pois sem ele nada disso seria possível.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, mormente no que tange à diferenciação entre princípios e regras, para, em momento ulterior, delimitar o núcleo essencial do direito social à Educação e sua efetividade no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, necessário se faz o exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à matéria, além do estudo detalhado da dogmática jurídica pertinente ao tema. Ademais, buscar-se-á analisar o conceito de mínimo existencial de um direito, rechaçando o argumento orçamentário da reserva do possível, no que toca a efetivação do referido mínimo. Para se chegar a estas conclusões, o estudo aponta diversas classificações de normas constitucionais, ressaltando que o conceito de normas programáticas não deve mais subsistir, sob pena de se negar a própria fundamentalidade destes direitos. Por derradeiro, o presente estudo realiza uma análise das normas que tratam sobre a educação e sua justiciabilidade no ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, núcleo essencial, educação, reserva do possível, justiciabilidade.

ABSTRACT

The present work analyzes the theory of fundamental rights of Robert Alexy, especially concerning the distinction between principles and rules to, at a later time, defining the essential core of the fundamental right to education and social effectiveness in Brazilian law. The exam is necessary if the jurisprudence of the Supreme Court, beyond the detailed study of legal doctrine relating to this topic. Furthermore, we will analyze the concept of existential minimum of one law, rejecting the argument of the budget reserve as possible as regards the enforcement of the minimum existential. To reach these conclusions, the study suggests several classifications of constitutional standards, noting that the concept of program standards should not exist, otherwise it would deny the very fundamentality of these rights. For the last, the present study makes an analysis of the rules that deal with education and its justiciability within the national legal system.

Keywords: Fundamental right, essential core, education, booking possible, justiciability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY	11
1.1 A distinção entre princípios e regras.....	11
1.2 Classificação das normas constitucionais e sua aplicabilidade	12
1.3 A ideia de núcleo essencial em direitos sociais e o mínimo existencial.....	14
1.4 Teoria absoluta e teoria relativa do conteúdo essencial.....	16
1.5 Teoria interna e teoria externa.....	17
2. DIREITO À EDUCAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL.....	18
2.1. Direito à Educação na Constituição Federal de 1988.....	18
2.1.1 Educação básica, ensino fundamental, ensino médio e superior na Constituição Federal.....	20
2.2 Legislação extravagante e direito à Educação.....	21
2.3 Breve análise de diplomas internacionais que tratam sobre o direito à Educação e cujo Brasil é signatário.....	23
2.3.1 Desempenho do Brasil e contexto internacional.....	24
2.4 Financiamento da Educação nacional.....	25
3. NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	26
3.1 Justiciabilidade do direito social à educação.....	27
3.1.1 Posições individuais e garantias dos jurisdicionados ao direito à educação.....	28
3.2 Reserva do possível e mínimo existencial.....	30
CONCLUSÃO.....	33
REFERÊNCIAS.....	35

INTRODUÇÃO

Direitos fundamentais são aqueles vigentes em uma ordem jurídica, garantidos e limitados no espaço e no tempo, possuindo conteúdo variável. No entanto, não há um critério infalível para definir o conteúdo de um direito como sendo direito fundamental, tendo em vista não ser possível sua padronização (MENDES *et al*, 2009).

São características dos direitos fundamentais a universalidade, historicidade, indisponibilidade e absolutez. Todavia, tais características podem ser relativizadas, na medida em que advenha a necessidade de promoção de outro direito fundamental.

Dentre os direitos fundamentais, há os direitos sociais, também conhecidos como direitos de segunda geração ou dimensão, que se destinam a preservar a dignidade da pessoa humana, garantindo as liberdades sociais e, para tanto, demandam ações do Estado.

O presente trabalho centra-se no direito social à Educação, que como tal, é reconhecido não apenas pela mera condição de indivíduo, mas também pelas relações fáticas sociais.

A Constituição Federal de 1988 trata do Direito à Educação em seus artigos 6º, 205 e seguintes, asseverando ser a Educação direito de todos e dever do Estado e da família; porém, como tornar a supracitada norma constitucional eficaz na maior medida possível? Diante desta indagação, mister a análise de um conjunto de fatores, tais como as normas e medidas judiciais que possam ser tomadas em caso de violação do referido direito.

A atualidade do presente trabalho consiste em delimitar qual é a natureza jurídica das normas que tratam sobre o direito à Educação, salientando que a classificação destas normas como “programáticas” não deve mais subsistir. Outrossim, o trabalho pretender delimitar o conteúdo do âmbito de proteção mínimo do referido direito fundamental.

O marco teórico utilizado se pauta, sobretudo, na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy e visa abordar o núcleo essencial dos direito à Educação e sua aplicação no nosso ordenamento jurídico.

1. A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

1.1 A distinção entre princípios e regras

A distinção mais importante para a teoria dos direitos fundamentais consiste na diferenciação entre regras e princípios (ALEXY, 2008, p. 85). Considera-se que os princípios são mais amplos, pois compreendidos como mandados de otimização, devendo ser aplicados na maior medida possível. Já as regras são determinações que se realizam através de normas que podem ser satisfeitas ou não: “Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau” (ALEXY, 2008, p. 91).

Em caso de conflito entre regras, a solução será ou a introdução de uma cláusula de exceção, capaz de eliminar o conflito, ou, se alguma delas for inválida, a sua eliminação do ordenamento jurídico.

De modo diverso é a colisão de princípios, em que os princípios conflitantes são concretizados e aplicados simultaneamente, ainda que em proporções ou intensidades diferentes, a depender do caso concreto. Eles são compatibilizados ou harmonizados no caso concreto. Segundo Alexy (2008, p. 94):

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.

Como característica dos princípios destaca-se sua generalidade; porém, ressalta-se que este atributo é apenas relativamente correto, tendo em vista que também existem regras com elevado grau de generalidade.

Os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas *prima facie* e apresentam razões, que podem ser afastadas por razões antagônicas (ALEXY, 2008). Ademais, difere-se o caráter *prima facie* das regras e dos princípios, na medida em que, segundo Leivas (2006, p.43):

Um princípio cede quando um princípio oposto, no caso concreto, possui um peso maior. Uma regra, contudo, não cede quando o princípio oposto tem um maior peso que o princípio que apoia a regra. Ademais, não podem ser olvidados os chamados *princípios formais*, que conferem mais força às regras ao estabelecer que as regras impostas por uma autoridade legitimada para isso têm de ser seguida e não devem ser afastadas sem fundamento em uma prática transmitida. Somente se a tais princípios formais não se der nenhum peso, o que teria como consequência, segundo Alexy, o fim da validade das regras enquanto tais, as regras e os princípios teriam o mesmo caráter *prima facie*. Portanto, o caráter *prima facie* das regras é algo basicamente diferente e essencialmente mais forte que os princípios.

Pode-se concluir que a teoria proposta por Alexy consolidou o valor normativo dos princípios, de maneira diversa do pensamento positivista, o qual os relegava a um plano secundário.

Outrossim, Alexy considera a distinção entre regras e princípios como um dos pilares mais essenciais da teoria dos direitos fundamentais.

1.2. Classificação das normas constitucionais e sua aplicabilidade

Segundo a classificação de José Afonso da Silva, há normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição, e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que, em regra, dependem de integração infraconstitucional para que operem a plenitude de seus efeitos (BARROSO, 2003).

Em sua obra, Barroso (2003, p. 93) apresenta uma nova classificação quanto às normas constitucionais, sustentando:

O objetivo visado é, sobretudo, reduzir a discricionariedade dos poderes públicos na aplicação da Lei fundamental e propiciar um critério mais científico à interpretação constitucional pelo Judiciário, notadamente no que diz respeito aos comportamentos omissivos do Executivo e do Legislativo.

Assevera Barroso (2003) que há normas definidoras de direitos, as quais se relacionam com o direito subjetivo. Continua o autor afirmando ser possível agrupar os direitos fundamentais em quatro grandes categorias, quais sejam, direitos políticos, individuais, sociais e difusos.

Relativamente aos direitos sociais, que são o foco do presente trabalho, estes possuem formação mais recente, remontando-se à Constituição mexicana de 1917 e à Constituição de

Weimar, 1919, ocasião em que se consolidou, para os Estados, a necessidade de prestações positivas aos jurisdicionados, com o fito de promover a igualdade substancial entre os indivíduos. Desta forma, sustenta Barroso (2003, p. 101):

A intervenção estatal destina-se a neutralizar as distorções econômicas geradas na sociedade, assegurando direitos afetos à segurança nacional, ao trabalho, ao salário digno, à liberdade sindical, à participação no lucro das empresas, à educação, ao acesso à cultura, dentre outros.

Desta feita, depreende-se que a intervenção estatal encontra-se presente na aplicação dos direitos sociais, visando minimizar as distorções socioeconômicas presentes na sociedade.

Modernamente, reconhece-se o caráter jurídico e a exigibilidade dos direitos fundamentais; porém, aplicá-los é um problema, haja vista, principalmente, as limitações econômicas (reserva do possível) e políticas (discricionariedade), que envolvem esta matéria.

Ademais, salienta-se que a classificação de normas denominadas “programáticas” (na definição, aquelas que anunciam metas a serem perquiridas pelo Estado e se diferenciam dos direitos subjetivos ante a impossibilidade de o administrado exigir uma prestação estatal) não deve mais subsistir, sob pena de ser negada a sua própria fundamentalidade constitucional. Nesta linha, assevera Mendonça (2010, p. 12):

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

Feita a classificação das normas constitucionais, passa-se à análise de sua aplicabilidade.

Dispõe o parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal, *in verbis*:

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Assim, os direitos fundamentais não podem ser interpretados como normas meramente programáticas, haja vista vincularem diretamente as relações jurídicas individuais e concretas.

Em que pese à previsão constitucional, os direitos sociais encontram, muitas vezes, obstáculos para sua aplicação, não sendo diferente no que toca ao direito à Educação.

Nesse sentido, mister analisar seu conteúdo essencial para o fim de examinar a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos sociais, o que será exposto a seguir.

1.3. A ideia de núcleo essencial em direitos sociais e o mínimo existencial

Busca-se, neste momento, analisar como a positivação do núcleo essencial de um direito social pode repercutir na realidade social de um país, bem como a relação entre essa positivação do direito fundamental à educação e o mínimo existencial.

Devido ao amplo desrespeito às normas de direitos sociais em geral, não é raro a inocuidade destas previsões normativas, desencadeando inconstitucionalidades em diversos atos dos poderes constituídos, pela ausência ou insuficiência de políticas públicas concretizadoras das previsões constitucionais.

Falar em núcleo essencial de um direito fundamental significa a eficácia mínima que detém um determinado direito fundamental e através da identificação dessa parcela, seu conteúdo fica protegido de restrições. O núcleo essencial assevera que a limitação ao direito fundamental não pode privá-lo de um mínimo de eficácia, sob pena de tornar o ato inconstitucional. (SARLET, 2009, p. 402).

De acordo com Andrade (não publicado), essas posições jurídicas individuais constituem direitos subjetivos que, como tais, não estão sob o poder de disposição de terceiros. Eventuais restrições não poderão eliminar tais posições jurídicas individuais sem comprometer a própria fundamentalidade do direito constitucionalmente assegurado, isto é, sem destruir sua *essência* de direito fundamental.

Destarte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais pode ser entendido como o “limite dos limites”, já que delinea a parte do direito que não pode ser violada ou limitada (LOPES, 2004). A definição do núcleo essencial decorre da própria lógica dos Direitos fundamentais, tendo em vista que, se aquele não fosse protegido e fosse negada uma mínima eficácia aos direitos fundamentais, estar-se-ia negando, por consequência, a própria efetividade da Constituição.

Já o conceito de mínimo existencial está relacionado ao de necessidades básicas. Os critérios para identificar essas necessidades são: “sofrimento ou dano, inevitabilidade e ausência de uma situação alternativa ou impossibilidade de uma situação futura substituinte, de acordo com uma previsão a mais realista possível” (LEIVAS, 2006, p. 124).

Relativamente ao mínimo existencial que se busca garantir aos indivíduos, bem como quanto às possíveis restrições aos direitos sociais, assevera Leivas (2006, p. 133):

Em favor do mínimo existencial falam os princípios da liberdade fática, da dignidade humana, do Estado Social e da igualdade fática. Do outro lado, como princípios que podem restringir esse direito, entre outros, estão o princípio da competência orçamentária do legislador e direitos de terceiros. Para o reconhecimento de um direito fundamental definitivo ao mínimo existencial, os princípios que o fundamentam devem ter um peso maior, no caso concreto, que os princípios colidentes.

Esta garantia de assegurar um mínimo existencial não é passível de ponderação, haja vista que deve ser assegurado aos indivíduos, indiscriminadamente, e não deve ser restringido pelos poderes constituídos.

Outrossim, ainda quanto ao mínimo existencial, no que tange ao direito à educação, sustenta Duarte (2011, p.171):

Partindo, por exemplo, do direito fundamental à educação, não há como deixar de reconhecer que ele não está vinculado à existência física propriamente dita do ser humano. Tal reconhecimento, porém, não significa que, sob a justificativa da escassez de recursos, esteja o Estado dispensado de satisfazer, pelo menos, um nível mínimo de educação.

Da análise de recente julgado do Supremo Tribunal Federal (o qual será exposto mais adiante) quanto à questão do mínimo existencial, depreende-se que a referida Corte Constitucional brasileira reconhece a existência de “escolhas trágicas”, na medida em que, conquanto os recursos financeiros sejam escassos, não se pode preterir o jurisdicionado de seu direito ao mínimo existencial, o qual é intangível.

Infere-se que o mínimo existencial tem origem implícita nos artigos 1º, III, da Constituição Federal, o qual prevê o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como no artigo 3º, III, da Constituição, que dispõe ser objetivo da República Federativa do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

De acordo com as lições de José Afonso da Silva (2007, p.183), os direitos sociais “disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto”. Continua o autor, asseverando:

(...) os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e dos mais numerosos.

A partir desta citação extrai-se que restou superada a concepção de Estado puramente liberal, emergindo em seu lugar, atualmente, o Estado Social, o qual intervém na economia e busca distribuir uma parcela das riquezas de maneira equânime entre os indivíduos.

1.4 Teoria absoluta e teoria relativa do conteúdo essencial

Segundo a teoria absoluta, cada direito fundamental possui um núcleo intangível, no qual não se pode intervir, em hipótese alguma. Já a teoria relativa defende que o conteúdo essencial é identificado a partir da ponderação dos princípios e interesses em colisão em um dado caso concreto (ALEXY, 2008, p. 296).

De acordo com a teoria relativa, o conteúdo do direito fundamental somente é conhecido analisando-se os valores envolvidos no caso concreto e, segundo este, seu conteúdo poderá ser ampliado ou restringido. Já a teoria absoluta sustenta que o conteúdo de determinado direito não varia, e este não depende do caso concreto.

Pela teoria relativa, é possível que, em determinados casos, um direito fundamental seja integralmente sacrificado em razão do peso do princípio com ele colidente. Portanto, o núcleo essencial de um direito fundamental é “elástico”, variando conforme as circunstâncias concretas e o peso dos princípios, bens jurídicos e valores em colisão. Assim, na teoria relativa, nenhum direito fundamental é dotado de um valor incondicional, mas visto como algo cuja essencialidade está na proibição de sua limitação arbitrária (LOPES, 2004).

Para Alexy (2008), a defesa de um conteúdo essencial a partir da própria constituição acarreta uma definição a priori de tal núcleo, o que impede que tal conteúdo seja remodelado nas eventuais ponderações demandadas pelos imprevisíveis casos concretos. Por outro lado, os defensores da teoria absoluta defendem que a própria essência da fundamentalidade de um direito não pode ficar sob a disposição da ponderação, sob um juízo instrumental, contingencial e posterior ao caso concreto.

Para Bernal Pulido (2007, p. 433), a ideia de que todo o direito fundamental tem um núcleo essencial que não pode sofrer restrições parte da equivocada concepção de um direito em abstrato e isolado; enquanto a ponderação trabalha com a observação de direitos em concreto e considerados como integrantes de um sistema de relações constitucionais.

Entretanto, essa dicotomia excludente precisa de um estudo pautado pela realidade de ordenamentos constitucionais concretos, sendo que para isso, o estudo comparado pode significar importante contributo.

1.5 Teoria interna e teoria externa

Estas teorias estão relacionadas à limitação dos direitos fundamentais e seu âmbito de proteção. O âmbito de proteção do direito fundamental é o conjunto de pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica e sua consequência comum: a proteção fundamental (MENDES *et al.*, 2009).

Sustenta Leivas (2006, p. 59) que: “O reconhecimento das normas de direitos fundamentais como princípios, além de regras, conduz à questão da admissibilidade de serem restringidos”. Continua o autor afirmando que estas restrições só podem ocorrer através de normas constitucionais ou infraconstitucionais autorizadas pela CF.

Relativamente às limitações dos direitos fundamentais, estas podem incidir tanto sobre o próprio direito fundamental, quanto podem estar contidas na delimitação do seu âmbito de proteção.

Para a teoria interna dos direitos fundamentais, estes traduzem posições definitivas. A restrição pertence ao direito fundamental, integrando-o, não vindo de fora. Segundo ela, o termo “restrição” é substituído por “limite”, também chamado “restrições imanentes” (LEIVAS, 2006).

De outro norte, a teoria externa assevera que a restrição atua sobre o direito fundamental, posteriormente. Segundo esta teoria, a restrição é externa ao direito e os direitos fundamentais traduzem direitos *prima facie*.

Cumprе ressaltar que direito fundamental completo consiste no conjunto de posições jurídicas asseguradas por uma proteção definitiva ou *prima facie*. Este não é um direito a algo, a uma liberdade, ou competência, mas sim um conjunto delas.

Conforme sustentado alhures, a restrição de direitos fundamentais estará presente na Constituição Federal ou será autorizada por ela. Esta é matéria de reserva de lei e pode ocorrer de duas formas. A primeira delas é a reserva de lei simples e ocorre quando a Constituição autoriza a restrição de um direito fundamental sem outros condicionamentos, podendo ser identificada por locuções como: “nos termos da lei”, “lei disporá”, ou com a utilização de conceitos jurídicos indeterminados. A segunda delas é a reserva de lei qualificada, que acontece quando, além de autorizar a restrição, a Constituição elenca condicionamentos, a citar, a finalidade da restrição e o meio a ser utilizado pelo legislador.

O entendimento predominante é pela impossibilidade de restrições aos direitos fundamentais, na ausência de permissão expressa neste sentido. No entanto, ainda que não esteja expressamente autorizado, caberá sua restrição desde que com base em determinadas

justificativas, por exemplo, em caso de colisão de direitos fundamentais, quando for necessária a concordância prática entre os direitos fundamentais envolvidos em conflito, em caso de conflito com um objetivo público.

2. DIREITO À EDUCAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

Segundo as lições de Boaventura (1995, p. 30): “A educação está presente em todas as Constituições brasileiras, desde a primeira, a imperial, outorgada por Dom Pedro I, em 1824, até a última, promulgada em 05 de outubro de 1988”.

A importância inquestionável do tema explica o fato de a educação contar com uma regulamentação detalhada e densa na nossa Constituição vigente, a começar pelo artigo 6º *caput*, que elenca um rol de direitos sociais, dentre eles o supracitado.

2.1. Direito à Educação na Constituição Federal de 1988

Segundo José Afonso da Silva (2007, p. 42), na Constituição de 1988, os direitos sociais positivados “constituem direitos fundamentais da pessoa humana, considerados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.”.

O direito social à Educação encontra-se inserido, sobretudo, no Título VIII da nossa Constituição, denominado “Da ordem social”, recebendo especial tratamento em seu Capítulo III, “Da Educação, da Cultura e do Desporto”, Seção I, “Da Educação”.

De acordo com Baruffi (2011, p. 148), a positivação do direito à Educação no modo em que fora assegurado na Carta Constitucional de 1988 é fruto de:

(...) uma leitura de Marx, Gramsci e Althusser, além da militância de educadores como Paulo Freire, Dermeval Trigueiros, Dermeval Saviani, Moacir Gadotti ou de sociólogos do naipe de Florestan Fernandes, deu ao texto constitucional um vigor não conhecido nas Cartas que a precederam.

Feitas estas considerações, insta iniciar este ponto transcrevendo o artigo 205 da Constituição Federal, o qual prevê ser a Educação direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser fomentada também pela sociedade, *in verbis*:

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.

Cumprido ressaltar que a Constituição Federal não esgotou o presente tema com a educação escolarizada, tratando também de questões relativas a outros assuntos correlatos, tais como educação ambiental, porém, não é este o foco da presente análise.

Relativamente à importância da educação para o pleno desenvolvimento do indivíduo e de suas habilidades, sustenta Mendonça (2010, p. 10):

O tratamento constitucional emprestado à educação tem sentido de educação escolarizada, embora a expressão seja muito mais abrangente, porque tem relação direta como o desenvolvimento pleno da personalidade e das potencialidades de um ser humano.

Dando prosseguimento, a Constituição Federal discrimina detalhadamente os princípios pelos quais o ensino será ministrado, em seu artigo 206. Em suma, estes princípios consistem na igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; valorização dos profissionais da educação escolar; gestão democrática do ensino público; garantia de padrão de qualidade e piso salarial nacional para os profissionais da educação escolar pública. Destaca-se que os princípios, conforme a doutrina de Alexy (2008), são mandados de otimização e devem ser realizados na maior medida possível, não sendo diferente no caso dos supracitados princípios educacionais.

Mister destacar os parágrafos 1º e 2º do artigo 208 da Constituição Federal. O primeiro afirma ser “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito um direito subjetivo público” (BRASIL, 1988). O segundo prescreve a garantia de que, em caso de descumprimento da referida norma, haverá responsabilidade da autoridade competente, o que, no entanto, será melhor abordado no capítulo seguinte, no tocante à justiciabilidade do direito à educação.

Em seguida, nos termos do artigo 209 da Constituição, o ensino também é livre para a iniciativa privada, contudo, esta deverá atender certas condições, a citar, o cumprimento das normas gerais relativas à educação nacional, bem como possuir autorização do Poder Público e se submeter à avaliação de qualidade por ele organizada (BRASIL, 1988).

Ademais, o artigo 227 da Constituição Federal reitera o dever da família, da sociedade e do Estado, de assegurar à criança, adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, entre outros, o direito à educação (BRASIL, 1988).

2.1.1 Educação infantil, ensino fundamental, ensino médio e superior na Constituição Federal

Da análise da Constituição Federal infere-se que seu artigo 208 assevera ser dever do Estado garantir a educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade, inclusive assegurando-a aos que a ela não tiveram acesso na idade apropriada (BRASIL, 1988). Ademais, garante-se o atendimento ao educando em todas as etapas da educação básica, por meio de material didático, transporte, alimentação e assistência à saúde. O referido artigo garante, ainda, a progressiva universalização do ensino médio gratuito e o atendimento educacional especializado aos portadores de necessidades especiais (artigo 208, II e III, CF).

Além disso, dispõe o artigo 208 acerca da educação infantil, que se realizará em creches e pré-escolas, para as crianças até cinco anos de idade.

Acerca deste tema: “O oferecimento de vagas em creches e pré-escolas é de competência do sistema de ensino municipal. A oferta deste tipo de ensino deve ser vista como uma política social básica da educação e não como forma de apoio sócio-familiar” (VERONESE, 2003, p. 99).

Conveniente, neste sentido, destacar o julgado constante no informativo nº. 0317, emanado pelo Superior Tribunal de Justiça (2007):

Trata-se de ação civil pública proposta pelo MP com objetivo de garantir a menores de família sem recursos o direito de matrícula e frequência na rede municipal de creches. O Min. Relator destacou que a CF/1988, no art. 208, o ECA (Lei n. 8.069/1990) e a Lei de Diretrizes e Base da Educação (Lei n. 9.394/1996, art 4º, IV) asseguram o atendimento em creches e pré-escolas da rede pública às crianças de zero a seis anos. Compete à Administração Pública propiciar e assegurar esse atendimento - mas não cabe ao administrador público escolher entre prestá-lo ou não, pois constitui um dever administrativo estabelecido em lei de um lado e, do outro, o direito assegurado ao menor de ver-se assistido pelo Estado. Assim, não há que se questionar a intervenção do Judiciário porquanto se trata de aferição do cumprimento da exigência da lei. Para o Min. Relator, na espécie, não restou provada a falta de disponibilidade orçamentária alegada pela municipalidade. A divergência inaugurada pela Min. Eliana Calmon entendia que o MP autor não demonstrou as condições necessárias à obrigação de fazer postulada na inicial. Isso posto, a Turma, por maioria, ao prosseguir o julgamento, deu

provimento ao recurso. Precedente citado: REsp 575.280-SP, DJ 25/10/2004. (REsp 510.598-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 17/4/2007.)

Por fim, o artigo 208, CF, dispõe sobre o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um (BRASIL, 1988).

Quanto à subdivisão das modalidades de ensino, a Constituição Federal assevera que a União organizará o sistema federal de ensino, financiando as instituições de ensino federais e exercendo função redistributiva e supletiva, de modo a garantir um padrão mínimo de qualidade de ensino, mediante assistência técnica e financeira aos demais entes federativos (art. 211, §1º, CF).

Os Municípios atuarão de maneira prioritária no ensino fundamental e educação infantil (art. 211, §2º, CF). Já os Estados e Distrito Federal atuarão, sobretudo, no ensino fundamental e médio (art. 211, §3º, CF).

O artigo 214 do diploma Constitucional assevera que a lei estabelecerá o plano nacional de educação, com duração decenal, com objetivo de erradicar o analfabetismo, universalizar o atendimento escolar, melhorar a qualidade do ensino, formar o indivíduo para o trabalho, fomentar a produção humanística, científica e tecnológica do País e estabelecer meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do PIB. Disso depende-se que nossa Carta Constitucional preza por uma Educação de qualidade, tanto que reiterou este objetivo ao longo de seu corpo normativo (BRASIL, 1988).

2.2. Legislação extravagante e direito à Educação:

Segundo a previsão do inciso XXIV, do artigo 22, CF, compete privativamente à União legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional. Outrossim, nos termos do artigo 24, IX, CF, é competência concorrente da União, Estados e o Distrito Federal legislar sobre educação.

Assim, a Lei nº 9.394/96, denominada “Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional” (LDB) regulamenta todo o sistema educacional de nosso país, reiterando aquilo que já fora disciplinado pela Constituição Federal em linhas gerais, bem como regulamentando de maneira mais detalhada outras matérias.

Em suma, prevê a LDB ser a educação infantil composta por creches, que cuidam de crianças de até três anos de idade, e por pré-escolas, cujo público alvo é composto por crianças de até seis anos de idade, existindo a previsão de gratuidade, mas não de

obrigatoriedade (BRASIL, 1996). Quanto ao ensino fundamental, há previsão legal tanto de gratuidade, quanto de obrigatoriedade. A previsão legal relativa ao ensino médio garante a progressiva extensão da sua obrigatoriedade e gratuidade.

Cumpre destacar o disposto no caput do artigo 5º, da LDB, sendo oportuna sua transcrição:

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.

Ademais, prevê o artigo 21 da LDB que a educação escolar compõe-se de educação básica (formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio) e educação superior (BRASIL, 1996).

Outra importante legislação infraconstitucional é o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), na medida em que seu artigo 54 reitera parte do artigo 208 da Constituição Federal, reafirmando ser dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente, ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive aos que não tiveram acesso na idade apropriada (I), progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio (II), atendimento educacional especializado aos portadores de necessidades especiais (III), atendimento em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade (IV), acesso aos níveis mais elevados do ensino (V), oferta de ensino noturno regular (VI), atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (VII).

Ademais, o supracitado artigo, reafirma, em seu parágrafo primeiro, ser o acesso ao ensino obrigatório gratuito, consistindo em um direito público subjetivo, bem como em seu parágrafo segundo, prevê a responsabilização da autoridade competente em caso de desrespeito a esta norma (BRASIL, 1990).

Há também a normatização educacional emanada pelo Conselho Nacional de Educação (CNE), que também trata sobre as diretrizes e bases da Educação, proferindo normas de abrangência nacional. Já as Secretarias de Educação e os Conselhos de Educação, existentes no âmbito estadual e distrital, em consonância com a competência estabelecida pela Constituição, podem dispor acerca de normas complementares às nacionais, elaborando, por exemplo, resoluções, pareceres, portarias, entre outros.

2.3. Breve análise de diplomas internacionais que tratam sobre o direito à Educação e cujo Brasil é signatário:

A Declaração Universal de Direitos humanos (1948) é um marco na história da consolidação dos direitos humanos, que devem ser assegurados a todos, indiscriminadamente, sendo que em seu artigo 26 assevera, *in verbis*:

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

Ademais, o Direito à Educação é assegurado na “Convenção sobre os Direitos da Criança” (1959), a qual inspirou a posterior criação do Estatuto da Criança e do Adolescente. No entendimento de Maia (2007, p. 13):

A Convenção afirma que a educação da criança deve ser voltada para o desenvolvimento de sua personalidade, seus talentos e suas habilidades físicas e mentais, até o máximo de seu potencial; ao desenvolvimento pelo respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais; respeito à sua identidade cultural, à sua língua e seus valores; para o preparo da criança para uma vida responsável em uma sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade entre os sexos, amizade entre os povos, e entre as diferenças étnicas.

Cumprido ressaltar o “Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” (1966), ratificado pelo Brasil no ano de 1992, o qual prevê, em seu artigo 13, o Direito à Educação, reconhecendo-o a todas as pessoas, indiscriminadamente. Ademais, o referido direito social deve se voltar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e ao seu senso de dignidade, buscando o fortalecimento ao respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais (BRASIL, 1992). Assevera o artigo, ainda, que a educação deve ensinar às pessoas a participação efetiva em uma sociedade livre e promover o entendimento,

a tolerância e a amizade entre nações e grupos raciais, étnicos e religiosos, além de avançar as atividades das Nações Unidas na manutenção da paz.

Por derradeiro, salienta-se que o artigo 5º, §2º, da Lei Maior, assegura que os direitos e garantias da nossa Constituição não excluem outros, provenientes de princípios ou tratados internacionais em que o Brasil seja parte (BRASIL, 1988).

2.3.1 Desempenho do Brasil e contexto internacional

Sobre o tema, sustenta Veronese (2003, p.101):

Até 1988 não havia uma preocupação real em criar mecanismos que fossem eficazes na garantia do direito à educação. Durante muito tempo a única ação do Poder Público foi tornar obrigatória a matrícula escolar como se isto fosse suficiente para garantir a educação. A Constituição Federal (art. 208, §1º) estabelece que o ensino obrigatório gratuito (ensino fundamental) é direito público subjetivo (pode ser exigido do Estado a qualquer tempo). O Estatuto da Criança e do Adolescente reforçou a disciplina constitucional ao estabelecer a proteção judicial para combater a não oferta ou o oferecimento irregular do ensino obrigatório (art. 208, I). Se o Estado não ofertar esse ensino, as autoridades competentes podem responder por crime de responsabilidade. Os pais, por sua vez, têm o dever de matricular os filhos em idade escolar, sendo que se assim não fizerem poderão ser responsabilizados pelo crime de abandono intelectual (art. 246 do Código Penal).

Na avaliação do PISA, sigla em inglês para o Programa Internacional de Avaliação de Estudantes, o Brasil foi o país com maior avanço no desempenho de alunos de 15 anos em matemática entre 2003 e 2012.

Nesse período, a média de desempenho dos estudantes brasileiros saltou de 356 para 391, um aumento de 35 pontos. No *ranking* de matemática, porém, o país ocupa a 58ª posição entre os 65 países participantes da última edição, duas posições a menos que em 2009, e mais de 100 pontos abaixo da média dos países da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), que foi de 494 pontos (BRASIL, 2013, on line).

Em matemática, o Brasil ficou atrás de países latino-americanos como Chile, México, Uruguai e Costa Rica e à frente de Argentina, Colômbia e Peru. Os outros países piores que o Brasil são Tunísia, Jordânia, Qatar e Indonésia (BRASIL, 2013, on line).

Assim, no ranking de 2012, o Brasil ocupa a 58ª posição entre 64 países, enquanto o México ocupa a 53ª, e o Chile a 51ª.

Outro critério avaliativo nacional denomina-se “Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (SAEB)”, que é composto, dentre outras avaliações, da “Prova Brasil”, a qual visa examinar o sistema educacional brasileiro, a partir de testes padronizados e questionários socioeconômicos. As provas são desenvolvidas pelo INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira/MEC) (BRASIL, 2013, on line).

Segundo o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB), o Brasil atingiu as metas estabelecidas em todas as etapas do ensino básico, o qual consiste nos primeiros anos e nos últimos anos do ensino fundamental, bem como com relação ao ensino médio. Ademais, nos anos iniciais, o IDEB nacional alcançou 5,0 pontos, ultrapassando não apenas a meta para 2011 – que era 4,6 pontos – mas também a de 2013 (4,9 pontos). Contudo, em que pese este resultado, sabe-se que a educação do país ainda encontra-se muito aquém de um ensino de ponta e com acesso universal.

2.4. Financiamento da Educação nacional:

Segundo o entendimento de Riani, relativamente ao orçamento público (2011, p. 4):

(...) o orçamento também tem um caráter político, econômico e jurídico. O viés político do orçamento está relacionado ao direcionamento dos recursos públicos para a solução de problemas de determinados grupos sociais ou regiões. O sentido econômico relaciona-se com a política fiscal adotada por um determinado governo. E o aspecto jurídico trata da união entre o orçamento e as instituições constitucionais do país e as consequências dessa relação.

Quanto ao custeio da Educação, nossa Constituição dispõe, em seu o artigo 211, que União, Estados, Distrito Federal e os Municípios o farão através de regime de colaboração, e, segundo Pereira (1997, p. 45), este é entendido como:

(...) ações complementares, suplementares, supletivas, seguindo o princípio da subsidiariedade, o que nos leva a ponderar que aí estaria contemplado o sentido de regime de colaboração. Portanto, o problema das limitações para o estabelecimento de um real sistema federativo não seria somente a falta de definição, mas, também, a própria forma que o Estado tem assumido após a reforma observada nos anos 1990, em que ele delega às instâncias regionais, em matéria de educação, poderes restritos à gerência das verbas e da estrutura, deixando de compartilhar o poder decisório.

Quanto ao seu financiamento, dispõe o artigo 212 da Constituição que a União aplicará, anualmente, pelo menos de dezoito por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Outrossim, o artigo 69 da Lei 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), reforça tal previsão orçamentária. Portanto, o constituinte estabeleceu em seu artigo 212 que o custeio deste sistema ocorrerá através do financiamento do ensino público pelos entes federados, com as respectivas frações anuais obrigatória de aplicação no ensino, quais sejam, 18% para a União, 25% para os Estados, Distrito Federal e Municípios e na sequência determinou as regras de cálculo.

Cumprê ressaltar que o artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), prevê que até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº. 53 de 2006, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração dos trabalhadores da educação, conforme o disposto no referido artigo. O supracitado artigo prevê a criação do “Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação” (FUNDEB), criado pela Emenda Constitucional nº 53 de 2006 e regulamentado pela Lei nº 11.494/2007 e pelo Decreto nº 6.253/2007. Ele veio em substituição ao “Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério” (FUNDEF), o qual vigorou de 1998 a 2006.

Cumprê destacar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei (PL) nº. 103/2012, o qual prevê o “Plano Nacional de Educação” (PNE) e visa à aplicação de 10% do PIB em investimentos neste setor. O projeto já foi aprovado pelo Senado Federal. O PNE estabelece metas a serem cumpridas nos próximos dez anos, a citar, a erradicação do analfabetismo, a oferta de educação em tempo integral e o estabelecimento de prazos máximos para alfabetização de crianças.

3. NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Como já explanado, o conceito de núcleo essencial de um direito consiste no seu cerne, o qual é intangível e funciona como um limite à intervenção estatal. Este núcleo possui

particular importância no nosso ordenamento jurídico, haja vista o desenvolvimento socioeconômico do país e as flagrantes desigualdades aqui existentes.

Relativamente à possível confusão entre os conceitos de núcleo essencial e mínimo existencial, assevera Rodrigues (2011, p. 11):

Confunde-se este núcleo essencial, sem dúvida, com o mínimo existencial enquanto garantia das condições iniciais de liberdade dos homens aquém do qual não subsiste uma existência digna, composto tanto de elementos dos direitos de liberdade clássicos (que impunham um *status negativus* ao Estado) quanto dos direitos de igualdade (por sua vez ensejando um *status positivus libertatis*).

Do conceito de mínimo existencial, extrai-se que este não pode ser ponderado e vale definitivamente porque constitui o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é irreduzível por definição e insuscetível de sopesamento (TORRES, 2009, p. 13). Cumpre ressaltar que Ricardo Lobo Torres, ao se manifestar desta forma, adota a “teoria absoluta” do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Ademais, não obstante a inexistência de previsão constitucional acerca da existência do núcleo essencial dos direitos fundamentais, seu reconhecimento é pacífico pela doutrina e jurisprudência.

3.1 Justiciabilidade do direito social à educação

Como se sabe, direitos sociais implicam prestações positivas estatais, visando à concretização da isonomia substancial. Por serem direitos fundamentais, o entendimento aqui adotado é de que possuem aplicação imediata (artigo 5º, §1º, CF) e podem ser exigíveis, no caso de omissão legislativa, através, por exemplo, de mandado de injunção. Em caso de omissão do Executivo, pode-se exigir a realização de alguma medida através de Mandado de Segurança, ou Ação Civil Pública, por exemplo.

De acordo com as lições de Silva (2002, p. 44):

Se se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, no sentido defendido por Robert Alexy (...) admite-se que eles são mandamentos de otimização, isto é, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização no caso concreto.

Deste modo, o artigo 205 da Constituição Federal assegura o direito à educação em linhas gerais e abstratamente, trazendo em seu bojo um princípio, o qual deve ser realizado na maior medida possível (BRASIL, 1988).

Cumpra ressaltar que, caso se considere que apenas a educação infantil está contida no núcleo essencial do direito à educação, enquanto as demais fases dependam de políticas públicas, disposição orçamentária e exercício da cidadania, seu conteúdo essencial não estaria protegido adequadamente.

Ademais, o conteúdo essencial de um direito também atende aos fins de vedação do retrocesso social, na medida em que garante que uma parcela deste seja necessariamente fornecida à população, independentemente de argumentos políticos e orçamentários.

3.1.1 Posições individuais e garantias dos jurisdicionados ao direito à educação

Quanto às posições jurídicas individuais, a educação básica - formada pelo ensino infantil, fundamental e médio – é tratada no parágrafo primeiro do artigo 208 da Carta Maior, o qual dispõe ser o acesso ao ensino obrigatório e gratuito um “direito público subjetivo”. Outrossim, o parágrafo segundo do mesmo artigo, assevera: “O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”. Desta feita, infere-se expressamente que este artigo garante uma prerrogativa vantajosa do jurisdicionado face o Estado, em caso de sua omissão.

Portanto, o ensino obrigatório, mais do que uma norma programática, é um direito público subjetivo. Desta maneira, o legislador constitucional quis tornar exigível a sua total efetividade (BARUFFI, 2011).

Os programas suplementares de educação, tais como o fornecimento de alimentação e transporte aos alunos, previstos constitucionalmente, são indissociáveis do referido direito subjetivo e, portanto, integram o núcleo essencial do Direito à educação, na medida em que não deve haver obstáculos para a aplicação do direito. Nesse sentido, assevera Silva (2007, p. 795): “A regularidade (na oferta do ensino), no caso, não deve referir-se apenas à oferta anual de vagas e à seriação do ensino; deve, igualmente, ser levada em conta a localização da escola em relação ao local da residência do estudante”.

Contudo, importante destacar que integra o núcleo essencial o que for substancialmente indispensável à garantia de uma eficácia mínima ao direito à educação, bem como o que for positivado constitucionalmente como direito subjetivo definitivo. De outro

norte, para além desses limites, a exigibilidade judicial do direito à educação, dependerá da discricionariedade das políticas públicas.

Relativamente à oferta de creches e pré-escolas, segundo o artigo 208, IV, da Constituição Federal, é dever do Estado garanti-las aos educandos até os cinco anos de idade (BRASIL, 1988). Assim, diferentemente da abstração contida no artigo 205, CF, aquele dispositivo assegura um direito plenamente exigível. Portanto, não é uma faculdade do Poder Público fornecer creches e pré-escolas às crianças, mas um dever jurídico, passível de exigibilidade. Ademais, da análise da Carta Magna depreende-se que a matrícula na educação infantil é um direito da criança e um dever do ente estatal (neste caso, o Município), que se obriga a disponibilizar vagas na rede pública ou, em caso de ausência, em unidade privada de ensino.

Quanto ao direito ao ensino noturno para aqueles que não o concluíram na idade recomendada, este é mais um dispositivo que traz uma posição jurídica individualizada e definitiva em favor do titular do direito. Isso porque o constituinte quis beneficiar o educando já inserido no mercado de trabalho, prevendo para ele horário alternativo de estudo. Portanto, esse dispositivo é claro quanto à certeza da obrigação da oferta do ensino noturno para o atendimento a esses indivíduos.

No que tange ao atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, ele se refere às peculiaridades dos alunos com necessidades especiais, complementando a educação escolar e devendo estar disponível em todos os níveis de ensino. Tais necessidades consistem em um direito de todos os alunos.

Quanto ao direito de acesso aos níveis mais elevados de ensino, de acordo com as capacidades individuais, o Plano Nacional de Educação (PNE) prevê até o final da década, a oferta de educação superior para pelo menos 30% da faixa etária de 18 a 24 anos. O ingresso à educação superior se dá através de processo seletivo, conforme prevê o artigo 44 da LDB, em que se avalia o mérito individual do candidato. Desta forma, corroborando a posição de Andrade (não publicado) quanto à delimitação do núcleo essencial relativo ao Ensino Superior:

Na previsão do art. 208, V, a Constituição prevê a meritocracia como conteúdo essencial do direito de acesso aos níveis elevados de ensino. Assim, tal acesso deve, necessariamente, atentar para as capacidades de cada candidato.

Cumpra ressaltar ser objetivo do Estado a ampliação do acesso ao ensino superior, através de uma postura ativa, com a efetivação de políticas públicas, tais como a política de cotas (raciais ou sociais), bem como por programas de bolsa de estudos, a citar, o PROUNI, ou de financiamento do ensino, a exemplo, o FIES.

Por derradeiro, relativamente à universalização do ensino médio para os alunos em idade regular e a universalização para aqueles que não concluíram na idade recomendada, a proposta de Plano Nacional de Educação prevê a implementação efetiva de ensino médio universal, *in verbis*: “Meta 3: Universalizar, até 2016, o atendimento escolar para toda a população de 15 a 17 anos e elevar, até 2020, a taxa líquida de matrículas no ensino médio para 85%, nesta faixa etária.” (BRASIL, 2010).

Insta salientar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 1.698, ajuizada por alguns partidos, os quais pugnavam pela declaração de inconstitucionalidade relativamente à inércia estatal na área de educação e a sua omissão na erradicação do analfabetismo. Os autores requereram a fixação do prazo de 30 dias para a adoção das medidas cabíveis e efetivas. Todavia, o STF decidiu, por maioria, julgar improcedente o pedido. Segue a ementa do referido julgamento:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO EM RELAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTS. 6.º, 23, V, 208, I, e 214, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADA INÉRCIA ATRIBUÍDA AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA PARA ERRADICAR O ANALFABETISMO NO PAÍS E PARA IMPLEMENTAR O ENSINO FUNDAMENTAL OBRIGATÓRIO E GRATUITO A TODOS OS BRASILEIROS. 1. Dados do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística demonstram redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos. 2. Ausência de omissão por parte do Chefe do Poder Executivo federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação. 3. A edição da Lei n. 9.394/96 (*Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*) e da Lei n. 10.172/2001 (*Aprova o Plano Nacional de Educação*) demonstra atuação do Poder Público dando cumprimento à Constituição. 4. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente. (ADI 1.698, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 25.02.2010, Plenário, DJE de 16.04.2010).

3.2 Reserva do possível e mínimo existencial

A construção teórica da reserva do possível originou-se na Alemanha, aproximadamente nos anos de 1970. Conforme esta noção, a efetividade dos direitos sociais, sobretudo daqueles que demandam prestações materiais, é limitada pela reserva das

capacidades financeiras do Estado. Destarte, este argumento traz a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem tanto da disponibilidade de recursos financeiros estatais, quanto da discricionariedade de suas decisões e capacidade orçamentária (SARLET, 2008).

Ocorre que há diversos casos concretos em que o titular do direito fundamental recorre ao Judiciário com o fito de ter sua pretensão material satisfeita. Desta feita, o conflito fica a cargo de uma decisão judicial, o que aponta a uma questão assaz delicada, inaugurando a colisão de diversos princípios, como o princípio da separação de poderes *versus* inafastabilidade da tutela jurisdicional. De acordo com as lições de Leivas (2006, p. 98): “A colocação da reserva do possível junto ao direito fundamental *prima facie* diz nada mais que os direitos fundamentais sociais *prima facie* exigem a ponderação com outros direitos fundamentais”.

O direito ao mínimo existencial é um direito fundamental definitivo. Neste sentido, entende-se que o Judiciário deve promover o fornecimento do mínimo existencial aos indivíduos, não obstante o argumento da reserva do possível.

Salienta-se, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, ter o STF reforçado a ideia de intangibilidade do mínimo existencial do direito social à educação, não obstante o argumento da reserva do possível, conforme se infere do trecho retirado do julgamento do Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337, São Paulo, Relator: Min. Celso De Mello (BRASIL, 2011):

A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo,

emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.

Pelo exposto, afere-se que o próprio STF reconhece a garantia do mínimo existencial como núcleo essencial de alguns direitos fundamentais.

Contudo, o conteúdo essencial do direito à educação não se limita ao mínimo existencial como doutrinariamente conceituado, pois se torna desnecessário discutir quais direitos subjetivos educacionais são imprescindíveis à dignidade da pessoa humana, haja visto que a Constituição brasileira garantiu direitos subjetivos definitivos para além do existencialmente imprescindível.

Por derradeiro, mister destacar as lições de Baruffi (2011, p. 149):

A simples, mas fundamental importância de situar a Educação como direito fundamental social, art. 6º da CF, é sintomática dessa resposta que o legislador constituinte deu à sociedade, revelando que a Educação não pode ser mera retórica, nem constitui uma simples folha de papel, mas tem força transformadora.

CONCLUSÃO:

Diante do explanado, conclui-se a grande relevância da distinção entre regras e princípios, segundo a teoria de Robert Alexy. Isso porque, em caso de conflito de regras, elas serão aplicadas ou não, enquanto a colisão de princípios demanda uma análise da proporcionalidade.

Quanto às normas constitucionais, entende-se ter restado superada sua classificação enquanto normas programáticas. Ademais, conclui-se que os dispositivos que asseguram direitos fundamentais sociais possuem aplicabilidade imediata, por força do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, não obstante a situação delicada desses direitos.

Na ordem constitucional brasileira, o direito à educação é densamente normatizado pela Carta Magna, tamanha sua relevância, havendo, por exemplo, previsão de percentual orçamentário para a efetivação desse direito, bem como regras de competência, previsão da criação do FUNDEB, entre outros.

Da análise da Constituição, depreende-se que o direito à educação é previsto em linhas gerais no artigo 205, razão pela qual dele não se pode extrair claramente posições individuais. Contudo, os artigos seguintes asseguram, expressamente, direitos subjetivos aos indivíduos, e mais do que isso, assegura verdadeiros direitos subjetivos definitivos, imediata e completamente exigíveis judicialmente.

Portanto, reconhecido o núcleo essencial do direito à Educação, este é intangível e deve ser assegurado, a despeito de quaisquer argumentos orçamentários.

Assim, as restrições relacionadas à reserva do possível não poderão prevalecer quando confrontadas com o conteúdo essencial definido. Desta feita, estas pretensões serão exigíveis judicialmente, visando às providências cabíveis para garantir, no caso concreto, a prevalência do direito social à educação e a dignidade da pessoa, inclusive o (re) direcionamento de prioridades em matéria de alocação de recursos. Até mesmo a tese de que a reserva do possível poderia servir de argumento eficiente a afastar a responsabilidade do Estado, não pode ser aceita.

Em suma, da constitucionalização dos direitos sociais decorre a irresistível necessidade de proteção dos seus respectivos conteúdos essenciais, possibilitando, inclusive, a justiciabilidade dos direitos subjetivos definitivos contidos nesses conteúdos.

Afinal, a própria Constituição reconheceu direitos subjetivos definitivos que não podem estar sob qualquer possibilidade jurídica de restrição ou não concretização. Podemos apontar o art. 208, que prevê que a educação básica é *obrigatória* e gratuita dos 4 (quatro) aos

17 (dezesete) anos de idade, além de assegurar a gratuidade a todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

Essa conclusão é corroborada pelo §1º do mesmo art. 208, em que a Constituição reconhece o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como *direito público subjetivo*.

Assim, diante de tal precisão constitucional, não é cabível nem mesmo a alegação de reserva do financeiramente possível, ainda mais se atentarmos para o fato de que a própria Constituição reservou porcentagem orçamentária mínima de aplicação compulsória na educação, além do fato de prever até mesmo a responsabilização da autoridade competente pela não oferta ou pela oferta irregular do ensino obrigatório.

Nesse sentido, a previsão constitucional do direito de acesso à educação básica obrigatória e gratuita como direito público subjetivo revela-se como pedra angular da proteção assegurada pela Constituição ao direito social fundamental à educação. Essa previsão oferece um preciso fundamento constitucional para o reconhecimento de outras posições jurídicas individuais pertencentes aos conteúdos essenciais dos demais direitos fundamentais relativos à educação. Assim, teorias absoluta e relativa convergem para o reconhecimento do núcleo essencial do direito à educação, pois a primeira permite admitir direitos subjetivos definitivos diretamente da Constituição, enquanto a segunda permite a definição de outros direitos subjetivos a partir da ponderação, diante do caso concreto.

Conclui-se, ainda, que o reconhecimento do núcleo essencial do direito fundamental à educação na Constituição brasileira oferece precisão e proteção maiores do que as que poderia ser apreendidas do conceito doutrinário do mínimo existencial, salvo se considerarmos que, em uma dada ordem constitucional, o mínimo existencial deve estar sempre abarcado pelo conteúdo essencial de um direito fundamental.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **A teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANDRADE, Cássio Cavalcante. **Direito educacional: interpretação do direito constitucional à educação**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ANDRADE, Mário Cesar da Silva. **Apontamentos para o reconhecimento do conteúdo essencial do direito fundamental à educação**. (não publicado).

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARUFFI, Helder. **A educação como um direito social fundamental: positivação e eficácia**. Educação e Fronteiras On-Line, Dourados/MS, v.1, n.3, p.146-159, set./dez. 2011.

BOAVENTURA, Edivaldo M. **A educação na Constituição de 1988**. Brasília: Revista Informação Legislativa, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2013.

BRASIL. **Declaração dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 05 jan. 2014.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 20 dez. 2013.

BRASIL. **Lei das diretrizes da educação básica**. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. **Ministério da Educação**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&id=210&Itemid=324>. Acesso em: 03 jan. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337, São Paulo. Relator: Ministro Celso De Mello. Data da publicação: 15/09/2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em 22 dez. 2013.

_____. **Resolução nº 4, de 2 de outubro de 2009, do Conselho Nacional de Educação.**

Disponível em:

<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=5&sqi=2&ved=0CEcQFjAE&url=http%3A%2F%2Fportal.mec.gov.br%2Fdmdocuments%2Frceb004_09.pdf&ei=GPEnUpTAIeajsQSb6ICADQ&usq=AFQjCNG1NsnZILZz52rLfr1rWYnaWMkoZA> Acesso em: 10 jan. 2014.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2011.

DUARTE, Leonardo de Farias. **Obstáculos econômicos à efetivação dos direitos fundamentais sociais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

HERKENHOFF, João Baptista. **Dilemas da Educação: dos apelos populares à Constituição.** São Paulo: Cortez, 1989.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais.** Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.** Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 41 n. 164 out./dez. 2004.

MENDONÇA, Marilda Watanabe. **A educação como direito social: reflexões sobre o regime constitucional, a força normativa da Constituição e o mínimo existencial.** Revista Acadêmica Direitos Fundamentais, Osasco, ano 4, n.4, 2010.

MOREIRA, Orlando Rochadel. **Políticas públicas e direito à educação.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2012.

PEREIRA, L. C. B. **A reforma do Estado dos anos 90: crise e reforma.** Disponível em <<http://www.mare.gov.br/reforma>>. Acesso em: 01 dez. 2013.

RIANI, Frederico Augusto D'Ávila. **O Estado e a atividade financeira**. 2012. Disponível em: <[http://www.uab.ufjf.br/pluginfile.php/323527/mod_resource/content/0/Unidade I - O Estado e a atividade financeira.pdf](http://www.uab.ufjf.br/pluginfile.php/323527/mod_resource/content/0/Unidade_I_-_O_Estado_e_a_atividade_financeira.pdf)>. Acesso em: 30 dez. 2013.

RODRIGUES, Savio Guimarães. **O núcleo essencial dos direitos fundamentais e o sistema carcerário brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.1, nº. 20, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito**

à saúde: algumas aproximações. Revista Doutrina TRF4, 2008. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 13 jan. 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, nº. 798, p. 23- 50, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 13.

VERONESE, Josiane Rose Petry; VIEIRA, Cleverton Elias. **Educação básica na legislação brasileira**. Revista Sequência, n.º 47, p. 99-125, 2003.