

DIREITO À EDUCAÇÃO: DEVER DO ESTADO?

RIGHT TO EDUCATION: A STATE DUTY?

*Tatiani Heckert Braatz**

Resumo: Nas últimas décadas o tema direitos fundamentais parece já estar integrado à consciência jurídica da sociedade, ao menos nas sociedades ocidentais onde se vive o denominado Estado Constitucional Democrático. Em decorrência, o assunto que tem instigado muitas das discussões acadêmicas e doutrinárias é o problema da eficácia destes direitos. Uma retrospectiva da gênese dos direitos fundamentais serve de base para a investigação da eficácia destes direitos, especialmente os direitos sociais e, entre esses, o direito à educação. A questão da eficácia é analisada também sob os enfoques da proibição de retrocesso e da implementação dos direitos sociais pelo Estado, quer seja pelo Poder Executivo, através das políticas públicas, quer seja pelo Judiciário quando provocado por meio das ações diversas que são intentadas contra o Poder Executivo.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direitos Sociais. Proibição de Retrocesso. Direito à Educação.

Abstract: In recent decades the issue *fundamental rights* seems to be already integrated the legal conscience of society, at least in western societies where people live the so-called Democratic Constitutional State. As a result, the subject has instigated many of the academic and doctrinal discussions and that is precisely the problem of the effectiveness of these rights. A retrospective of the fundamental rights genesis is a base for research of the effectiveness on fundamental rights, especially social rights, and among these, the right to education. The question of effectiveness is also analyzed under the approaches on prohibition of reversing and the implementation of social rights by the State, whether by the Executive, through public policies, either when caused by the Judiciary through the various actions that are brought against Executive.

Key words: Fundamental Rights. Social Rights. Prohibition on Reverse. Right to Education.

* Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora da disciplina de Prática Jurídica na Universidade Regional de Blumenau – FURB. Advogada. E-Mail: <tatiani@furb.br>.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de tantas crises econômicas, sejam elas locais, regionais ou mundiais, até o próprio Estado, na sua condição de Instituição, tem se albergado sob o discurso da *carência de receita orçamentária* para eximir-se de muitas de suas tarefas elementares e, entre estas, a implementação (ou mesmo a manutenção) de políticas públicas garantidoras dos direitos sociais.

Neste contexto, a corrente neoliberal capitalista tem sutilmente inserido no imaginário social que o Estado é uma *instituição falida* – no sentido econômico, entenda-se -, que o fundo de previdência estatal – o INSS é uma instituição prestes a eclodir em seu próprio passivo, que os serviços públicos são de péssima qualidade – neste ponto com certa razão, é preciso admitir - e que o Bolsa Família¹ é na realidade o mais novo ópio do povo, enfim, que a solução é privatizar, deixar tudo nas mãos da iniciativa privada, retirando do Estado o adjetivo “social” e restabelecendo assim a idéia de Estado mínimo (Liberal).

Ora, para todos aqueles que possuem um mínimo de consciência sobre a amplitude significativa do princípio da dignidade da pessoa humana – seja ela uma consciência racional ou emocional – a oitiva do discurso acima referenciado soa como uma sirene de alerta máximo: alguém está sorrateiramente tentando usurpar dos cidadãos brasileiros os direitos fundamentais do homem que a duras penas foram conquistados ao longo de milhares de anos da evolução humana. É preciso cuidado para não se deixar convencer por essas inverdades plantadas com o único escopo de desestruturar o que foi erguido à custa de muitas lutas sociais, em que vidas foram ceifadas para que pudessem florescer em seu lugar os louros que foram lema de uma antiga revolução: igualdade, liberdade e fraternidade.

O objetivo deste trabalho é trazer à discussão a eficácia dos direitos fundamentais sociais e, com ela, a atuação do Estado, seja através da implementação de políticas públicas, seja por meio da mão forte do Poder Judiciário, partindo-se das premissas de universalidade dos direitos fundamentais e da obrigatoriedade da ação do Estado para a plena realização destes Direitos que são inerentes à condição humana. Nesta linha de raciocínio, analisar-se-á também o princípio identificado como “proibição de retrocesso” e suas vertentes doutrinárias.

Optou-se pelo estudo do direito social à educação, não por ser ele visto como um direito fundamental de maior valia que os demais, mas porque em tempos de “crises”, talvez a crise maior seja justamente a crise da falta de consciência política, cuja busca de solução só pode ser encontrada no pleno conhecimento da pessoa e de sua condição de cidadão. A melhor fórmula deste conhecimento certamente está na educação.

2 GÊNESE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apesar de muito bem delineados nas Constituições dos Estados contemporâneos - os quais são amplamente identificados como Estados Constitucionais de Direito – os direitos fundamentais têm sido objeto de muitas discussões acadêmicas, em especial no que diz respeito à amplitude de sua compreensão – que atinge uma vasta gama de direitos sociais, e ainda de forma mais específica no que concerne à sua eficácia e implementação.

A compreensão da importância e das dificuldades de implementação dos direitos fundamentais – em especial os sociais - exige uma retrospectiva histórica, que busca identificar suas origens no âmbito da sociedade humana. Tal tarefa traz consigo muitas controvérsias², entretanto é possível, mesmo assim, delinear alguns traços históricos e doutrinários que findaram no reconhecimento constitucional daqueles Direitos.

Um sucinto relato histórico da gênese ideológica dos direitos fundamentais é apresentado por K. Stern, referenciado por Sarlet³, o qual identifica a passagem do Estado Liberal para o Estado Social como um marco para a concretização dos direitos fundamentais nas Constituições, momento histórico este precedido por três fases.

- a) A fase pré-histórica, localizada na Antiguidade, onde as idéias da religião e filosofia trouxeram importantes contribuições para o entendimento de que o ser humano possui alguns direitos inerentes a sua própria existência e que são inalienáveis (como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade), com destaque para as idéias da filosofia clássica greco-romana e do cristianismo.
- b) A fase intermediária, que se inicia pelas doutrinas jusnaturalistas, especialmente a partir do século XVI, com destaque para as doutrinas de Tomás de Aquino, Grócio, Hobbes, Locke, entre outros, que findaram por estabelecer importantes diferenciações na escala de identificação dos direitos até a doutrina de Kant, para quem todos os direitos do homem são abrangidos pelo direito de liberdade.
- c) A fase de constitucionalização que tem início com as revoluções ocorridas a partir do século XVIII e as posteriores declarações de direitos, em particular, nos Estados americanos.

Desde o seu reconhecimento constitucional, os direitos fundamentais passaram por diversas ampliações, o que findou por erguer-se na doutrina o entendimento de que existem três (ou quatro, como querem alguns) gerações de direitos. Dado que o termo *geração* deixa transparecer a idéia de *sucessão*, muitos autores têm preferido a utilização do termo *dimensão*⁴. De qualquer modo, essa divisão pode, em síntese, ser assim delineada:

- a) direitos fundamentais de primeira dimensão: foram universalizados pela Revolução Francesa do século XVIII, compreendem os direitos civis e políticos, que exigem uma abstenção por parte do Estado e, por isso, são identificados como “negativos” (tais como: liberdade, proibição de tortura);
- b) direitos fundamentais de segunda dimensão: são os direitos sociais, econômicos e culturais que surgem com a Revolução Industrial (do século XIX) e só podem ser efetivados com o auxílio do Estado (tais como: educação, saúde, moradia, seguridade social);
- c) direitos fundamentais de terceira dimensão: surgem após a II Guerra Mundial e são denominados *direitos de solidariedade*. Destinam-se à proteção de grupos e não mais de indivíduos (tais como: direito à paz, preservação de um ambiente sadio, do patrimônio histórico e cultural)⁵.

Independente da distinção adotada pela doutrina, o fato relevante, no dizer de Patrícia Martins⁶, é que os direitos fundamentais configuram-se na tradução da idéia de essencialidade e importância, possuem um caráter estruturante e alicerçam os demais temas constitucionais. Além disso, por serem direitos inerentes à própria condição humana, consideram várias categorias axiológicas, todas relacionadas à dignidade da pessoa humana.

Consignadas estas informações de caráter histórico, interessa para este estudo a análise dos direitos fundamentais de segunda dimensão, nos quais se insere o direito à educação. O tema desta pesquisa está voltado, inicialmente, para a eficácia dos direitos fundamentais prestacionais – com ênfase, ao direito à educação - e, num segundo momento, para a concretização destes direitos por meio do Poder Judiciário.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Para Emerson Garcia⁷, são considerados direitos fundamentais os inerentes à própria condição humana e trazem consigo atributos tais como a universalidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade e inalienabilidade, e sua legitimação é encontrada não em textos legais, mas na sua própria evolução histórica. Neste contexto, os direitos fundamentais sociais inserem-se nos direitos que exigem uma ação positiva do Estado, de modo que o detentor desses direitos (a pessoa) tenha melhorada a sua condição de vida e diminuída a sua situação relacionada à desigualdade social.

Os direitos fundamentais sociais, segundo Patrícia Martins⁸, só podem subsistir nos domínios do Estado Social de Direito⁹, dado que este contém intrinsecamente a idéia de que é detentor de um mandato de ação voltado à satisfação daqueles direitos, decorrente principalmente do alargamento acerca do entendimento do que sejam direitos fundamentais e da revitalização do princípio da dignidade da pessoa humana, aliados ao surgimento de novos paradigmas sociais tais como a melhoria nas condições de vida e de justiça social na busca das igualdades sociais (e não somente das liberdades). Isto gerou, em consequência, a necessidade de o Estado tomar para si a execução de novas tarefas, visando à proteção de grupos sociais e de setores marginalizados.

Os direitos sociais formam também o núcleo estrutural da democracia, haja vista que o pleno exercício da cidadania passa pelo atendimento ao princípio da igualdade não só do ponto de vista formal (expresso na Constituição) mas do ponto de vista material, por meio do efetivo exercício destes direitos através das ações estatais com a elaboração e execução de programas sociais.

No Brasil, a Constituição Federal traz a previsão dos direitos sociais no Capítulo II, arts. 6º. e 11¹⁰, os quais estão inseridos no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Mesmo assim, a unanimidade acerca do caráter de fundamentalidade dos direitos sociais está longe de ser alcançada.

Clémerson Merlin Cléve¹¹ aduz que, no Brasil, existem duas correntes doutrinárias de direito constitucional: uma, denominada “dogmática da razão do Estado” que apregoa a absoluta centralidade do Estado, negligenciando o espaço social extra-estatal¹²; outra, denominada de “dogmática constitucional emancipatória”, mais moderna e atual, a qual estuda o texto constitucional com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Para esta segunda corrente, o foco está na pessoa natural e não mais no Estado.

Assim, conclui Cléve: a compreensão dos direitos fundamentais sociais deve realizar-se através desta dogmática constitucional emancipatória, voltada para efetividade dos comandos constitucionais, tendo em vista que a nova ordem constitucional¹³ trazida pelo constituinte de 1988 exige uma nova abordagem doutrinária, comprometida com a dignidade da pessoa humana e que seja capaz de explicar toda a sua significação.

Seguidor desta concepção doutrinária está também Sarlet que, com apoio na obra de Canotilho, afirma que os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais e, em razão disso, são imediatamente aplicáveis e geradores de efeitos jurídicos. Constata, igualmente, a existência de significativas controvérsias doutrinárias, sobretudo no tocante à sua aplicabilidade, eficácia e efetividade¹⁴.

4 EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

No Brasil, a eficácia dos direitos sociais pode ser analisada a partir da interpretação de que o Estado além de ser um espaço político por excelência é também a estrutura institucional elaborada pelo Poder Constituinte (Constituição Federal de 1988) para a satisfação dos princípios e garantias constitucionais através dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Ao Executivo cabe a tarefa de desenvolver políticas públicas com o objetivo de realizar os direitos sociais e promover a melhoria dos serviços públicos já existentes (como a saúde, educação, moradia e outros). Ao Judiciário cabe atuar na concretização dos direitos constitucionais com fundamento na hermenêutica legislativa comprometida com a principiologia constitucional¹⁵.

Na negativa de atuação (ou inércia) por parte do Poder Executivo na efetivação dos direitos sociais, questiona-se a possibilidade de exigir tais direitos perante o Poder Judiciário, através da ação de um particular e, em caso positivo, se o juiz poderá remanejar recursos orçamentários por meio de decisões judiciais, implementando assim políticas públicas de saúde, educação e outras.

Consoante Emerson Garcia¹⁶ sempre que o Estado não cumprir com seu dever jurídico, caberá aos interessados o manejo dos mecanismos de acesso à justiça (tais como o mandado de segurança, o mandado de injunção e a ação civil pública) com a finalidade de fazer valer o direito de que é detentor. Em tais circunstâncias, Garcia entende que uma decisão favorável ao reclamo do indivíduo (ou da coletividade) não implica ofensa à divisão e autonomia dos poderes. Isto porque a atuação do Judiciário deve ser vista como uma forma de adequação da ação daquele órgão estatal (de quem se está reclamando) à ordem jurídica, numa clara utilização dos mecanismos democráticos com o escopo de garantir o bem-estar de toda a coletividade. Cita, por fim, Pontes de Miranda que na sua análise à Constituição de 1946 interpretava que “o exercício do poder, ainda por parte daqueles que só indiretamente o recebem, como os juízes e funcionários públicos, é sempre exercido em nome do povo”.

Nesta mesma linha de raciocínio encontra-se Sarlet, para quem os direitos fundamentais sociais prestacionais têm por objeto uma conduta positiva do Estado que consistirá numa prestação fática, o que significa dizer que esses direitos invocam uma constante e progressiva ação estatal rumo à realização da igualdade material entre os cidadãos, a fim de que estes possam usufruir de suas liberdades¹⁷.

Para a concretização destes direitos, o Estado deverá alinhar suas opções políticas com os recursos econômicos disponíveis, condicionados ambos ao patamar mínimo estabelecido na Constituição (que são os direitos fundamentais sociais). O rol destes direitos não é nem taxativo nem mínimo e a escolha política pela realização de um ou outro direito passa pela análise concreta dos problemas sociais e da emergencial implementação.

Ao Legislativo, por sua vez, caberá a edição de normas conformadoras e concretizadoras, tendentes a suprir as lacunas ou complementar o texto constitucional e abrir espaço na dotação orçamentária para a implementação das políticas públicas eleitas para a satisfação dos direitos sociais prestacionais. Cumpre destacar, ainda, que ante a necessidade de adequação das políticas públicas às receitas orçamentárias, o Estado não pode negar-se à prestação destes direitos¹⁸.

4 PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

O surgimento no âmbito jurídico do princípio da proibição do retrocesso social é decorrência do entendimento de que os direitos fundamentais sociais devem ser considerados como frutos da evolução social e por esta razão não haveria que se cogitar a possibilidade de recuo destes direitos¹⁹.

Este princípio enuncia a impossibilidade de reversão das medidas implementadoras dos direitos sociais sem que haja outras medidas compensatórias. O legislador infraconstitucional, neste sentido, fica limitado à ordem constitucional não podendo adotar medidas (supressão ou alteração de leis) tendentes à eliminação dos direitos já implementados nem tampouco reduzi-los. As medidas compensatórias, igualmente, não podem eliminar ou limitar direitos já assegurados. Além disso, há o caráter de preservação da harmonia do sistema e da segurança jurídica do cidadão, no sentido de que ele não será privado de seus bens jurídicos já alcançados²⁰.

Cléve, ao tratar deste assunto, afirma que o retrocesso social não é cabível no contexto do Estado brasileiro, que possui uma Constituição assecuratória dos direitos e garantias individuais. Para o autor, quando está em pauta um direito fundamental, especialmente um direito social, é imprescindível certa cautela se o assunto for a revogação legislativa, dado que não é admissível a extirpação de um direito social já assegurado sem que nada venha em substituição²¹.

Entretanto, Sarlet ressalta que o contexto atual denota uma crescente insegurança quanto à capacidade do Estado em assegurar o efetivo cumprimento desses direitos sociais prestacionais já implementados. Em decorrência, a doutrina dominante tem rejeitado a idéia de uma proibição absoluta do retrocesso social. Tal assertiva é calcada na constatação da dinâmica do processo social e na necessidade de que as normas sejam flexíveis, capazes de reagir e se adaptarem às mudanças que ocorrem nas esferas social e econômica²².

Patrícia Martins, filiada a esta corrente doutrinária, destaca que a permissão de retrocesso dos direitos sociais já assegurados visa, precipuamente, preservar a base daqueles direitos, diante da constatação de mutabilidade das prioridades sociais e da necessidade de o ordenamento estar sempre se adequando a essas novas necessidades. Esta dinâmica social, inclusive, faz surgir no mundo jurídico novos direitos fundamentais, o que implica a adaptação e adequação do sistema com a cessão de parcelas de uns para que outros possam coexistir. Ademais, não se pode ignorar a questão econômica, a escassez de recursos financeiros por parte do Estado para implementar todos os direitos sociais reclamados, tornando-se mais benéfico para a Sociedade o emprego de verba pública em setores mais emergenciais que outros (saúde pública e saneamento básico ao invés de moradia, por exemplo).²³

Para esclarecer e delimitar a questão segundo a qual parcela dos direitos fundamentais sociais não pode ser atingida pelo retrocesso, Patrícia Martins traz ao debate a divisão aceita pela doutrina de que os direitos fundamentais são compostos com um conteúdo principal e um conteúdo instrumental. Enquanto o primeiro é identificado pelas faculdades ou garantias específicas de cada direito (hipótese normativa) que exigem uma proteção mais intensiva, o segundo possui um conteúdo acidental, menos típico e por isso a proteção é dada em menor intensidade. Num exemplo claro, o direito social à educação tem como conteúdo principal o ensino fundamental de caráter obrigatório e gratuito e como conteúdo acidental o ensino médio e a educação superior²⁴.

Não é razoável discordar por completo deste posicionamento, tendo em vista que o contexto socioeconômico atual, principalmente em países como o Brasil. A carência de recursos de um lado e a malversação da verba pública de outro, fazem com que de modo inevitável se tenha que escolher, de uma parte, matar a fome de significativa parcela da população que, vivendo abaixo da linha da pobreza, contenta-se (e se satisfaz) com o irrisório valor do Programa Bolsa Família (e com isso ilude-se com uma educação muito aquém da básica que sobrevive graças à voluntariedade e desprendimento de muitos professores que,

trabalhando com condições precárias, lecionam por vocação) ou, de outra, tentar ajustar as deficiências do sistema público de saúde com seus hospitais sucateados onde os cidadãos (que sequer sentem-se nesta condição) lutam pela sobrevivência quase inatingível em leitos hospitalares pelos corredores e até mesmo do lado de fora dos hospitais.

6 IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO

Com base nas palavras de Fernando Galvão de Andréa Ferreira²⁵, pode-se afirmar que num Estado Democrático o direito à educação configura-se com um exercício da cidadania haja vista que a educação prepara e desenvolve o indivíduo nos seus aspectos moral e político, promove a conscientização de seus direitos e deveres, além da compreensão dos problemas sociais, econômicos e culturais da Sociedade em que está inserido.

Outro não é o entendimento de Emerson Garcia²⁶, para quem a educação – pressuposto essencial para o crescimento de um Estado - abre as portas para o pleno desenvolvimento da pessoa e concretiza a cidadania, dado que o mesmo passa a conhecer suas liberdades, a forma de exercer seus direitos e a importância do cumprimento de seus deveres.

No plano internacional, vários são os tratados e declarações que se referem ao direito à educação como direito fundamental, essencial para o pleno exercício da cidadania. Cita-se, como exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos - art. XXVI (de 1948); a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem - art. XII (de 1948); a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais - art. 4º (de 1948); a Declaração dos Direitos da Criança – princípio 7º (adotada pela ONU em 1959); o Protocolo Adicional ao Pacto de San José da Costa Rica – art. 13 (de 1988); e a Convenção sobre os Direitos da Criança – art. 28 (adotada pela ONU em 1989)²⁷.

Em todas essas Declarações (ratificadas pelo Brasil) destaca-se a preocupação com a educação básica (que compreende o ensino fundamental e médio), de forma obrigatória e gratuita, principalmente para as crianças, mas também para os jovens e adultos que não tiveram acesso a esse direito na época própria. A referência à igualdade de oportunidade, à não discriminação, à qualificação profissional, à melhoria das condições de vida são alguns dos pressupostos inseridos nestas declarações.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 firmou o direito à educação no rol dos direitos fundamentais previstos no art. 6º. Mesmo com a novidade – em termos de inserção no rol dos direitos fundamentais – o direito à educação está previsto nas Constituições brasileiras desde a época do Império, sempre com prevalência à educação primária (hoje ensino fundamental) de forma gratuita nos estabelecimentos oficiais (escolas públicas).

Na legislação ordinária, com a implementação de políticas públicas de forma mais efetiva em relação ao direito à educação tem-se: sob a égide da Constituição de 1946, a edição da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB datada de 20 de dezembro de 1961 (Lei nº. 4.024); a Emenda Constitucional nº. 1/69 que previa percentual obrigatório de aplicação da receita anual dos Municípios em educação (20% e posteriormente alterado para 13% a cargo da União e 25% para Estados e Municípios, pela EC 24/83. O percentual da União foi alterado para 18% pela Constituição de 1988). E mais, sob a égide da vigente Constituição, foi promulgada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº. 9.394/96.²⁸

A Constituição brasileira de 1988 trata do direito à educação nos arts. 205 ao 214. Em termos gerais, cada ente federativo (União, Estados e Municípios) deve contribuir com percentual mínimo para a manutenção e desenvolvimento do ensino, cabendo ao município priorizar o ensino fundamental, e aos Estados e União o ensino fundamental e médio.

Especificamente quanto ao *dever do Estado* em garantir o direito à educação, a previsão está estabelecida no art. 208 da Constituição de 1988. Para Garcia²⁹ tal dever consubstancia-se num direito subjetivo da pessoa humana do acesso à educação, obrigando a sua ampla e irrestrita efetividade. A redação da norma constitucional em referência, revela um caráter nitidamente diferenciado dado pelo constituinte quanto à obrigatoriedade do ensino fundamental gratuito.

Além disso, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº. 8.069/1990, que estabelece em seu art. 58 o direito da criança ao ensino obrigatório e gratuito e nos arts. 208 e seguintes prevê a possibilidade de ações judiciais tendentes a assegurar o exercício deste direito. Por fim, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação - LDB regulamenta o direito de qualquer cidadão ou organização de exigir do Estado, pela via judicial, a garantia do acesso à educação³⁰.

Garcia conclui que, tendo sido consagrada a prioridade do direito à educação, fica suprimido qualquer caráter de discricionariedade por parte do poder público com o fito de sopesar o direito à educação com outros direitos. A exceção seria apenas no caso de conflitos entre o direito à educação e o direito à vida.³¹

Este também é o entendimento de Sarlet³² que ao interpretar as disposições constitucionais relativas ao direito à educação, interpreta que nem mesmo a alegação de ausência de recursos ou a alegação de que os tribunais são incompetentes para decidir sobre a alocação de recursos são razões suficientes para elidir a efetividade destes direitos. Para o autor é perfeitamente cabível a utilização de ação cominatória tendente a exigir do Estado a construção de escolas, ou assegurar a título gratuito matrícula de aluno em escola particular às expensas dos cofres públicos ou mesmo a indenização por prejuízos causados àquele indivíduo ante a omissão estatal.

A par disso, e longe de ser uma unanimidade na doutrina e nos tribunais, o fato é que a atuação do Poder Judiciário como meio eficaz de garantir o acesso dos cidadãos às políticas públicas implementadoras dos direitos sociais prestacionais tem sido crescente dia após dia, especialmente quanto ao direito social à educação. Os reclamos que chegam ao Poder Judiciário, em sua maioria, dizem respeito às vagas em escolas públicas municipais e estaduais para crianças que cursam (ou pretendem cursar) a pré-escola e o ensino fundamental.

A constatação de que os cidadãos tenham que recorrer ao Poder Judiciário para exigir do Estado deveres sociais que integram o conteúdo principal do direito à educação, demonstra que o poder estatal responsável – no caso o Executivo – tem sistematicamente se omitido (ou, ao menos, negligenciado) no cumprimento de suas obrigações sociais e isto, por si só, já justificaria qualquer intervenção do Judiciário para a garantia de acesso dos cidadãos a esses direitos.

Para Garcia, não haverá qualquer violação ao princípio da divisão das funções estatais se o provimento jurisdicional em favor do cidadão for no sentido de velar pelo cumprimento dos princípios constitucionais e pela preservação dos direitos essenciais à dignidade da pessoa humana³³.

Enfim, é fato inconteste que o direito social à educação é dever do Estado e como tal sua implementação é medida que se impõe, quer seja pelo Poder Executivo através das políticas públicas, quer seja pelo Poder Judiciário por meio de suas decisões nas demandas propostas pelos cidadãos, pelos órgãos de classe ou mesmo pelo Ministério Público. O crescente aumento das demandas judiciais tendentes a compelir o Estado a cumprir com suas obrigações relativas ao direito social à educação tende a ser uma solução, ainda que lenta, para ajustar a inércia do Executivo, a exemplo do que já ocorreu com outros direitos sociais³⁴.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relevância do tema exposto possibilita ainda muitas outras discussões. Por ora, apresentam-se algumas considerações conclusivas podem ser assim delineadas.

A primeira delas refere-se à inquestionável condição dos direitos sociais como direitos fundamentais, assegurados constitucionalmente no Capítulo II, do Título II da Constituição brasileira de 1988 e, dentre esses, o direito à educação.

Outra conclusão é a de que, na condição de direitos fundamentais, os direitos sociais devem ser priorizados pelas políticas estatais, as quais ficam limitadas a um mínimo de atendimento desses direitos, não sendo possível alterar, diminuir ou excluí-los para além daquele núcleo assegurado na Constituição. Para a sua concretização, deve o Estado, ainda, assegurar um mínimo orçamentário para a sua realização.

Na inércia, omissão ou mesmo em ações que afrontem estes núcleos mínimos dos direitos sociais fundamentais, deverá o Poder Judiciário agir em defesa do cumprimento desses deveres estatais, através das ações propostas pelos cidadãos ou entidades competentes, proferindo decisões alicerçadas no princípio máximo fundamental que é a dignidade humana, e nos princípios democráticos que dão legitimidade para exigir dos demais poderes estatais as ações que lhes são próprias e que não vêm sendo cumpridas por seus agentes, sem que isso fira o princípio da divisão das funções estatais.

O direito social à educação representa uma condição essencial para a concretização da verdadeira democracia, dado que somente através de indivíduos cômicos de seus deveres e obrigações é que uma nação pode se considerar desenvolvida de modo pleno e capaz de afirmar que seu povo é verdadeiramente livre e que tem preservada a sua dignidade.

O Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito recém adquiriu a sua maioria, mas isto não o exime de seguir em direção ao crescimento, alicerçado nas bases sólidas dos direitos fundamentais. Para tanto, a ação conjunta de seus três poderes é de especial importância, assim como a mútua fiscalização de suas ações.

Enfim, assegurar o mínimo de realização dos direitos sociais aos brasileiros que em sua maioria vivem abaixo da linha da pobreza ou, quanto muito, no limite dessa divisão social, representa assegurar-lhes as mínimas condições de sobrevivência e poder dar a todos o direito de se sentirem seres humanos, dignos, livres e iguais.

NOTAS

- ¹ Programa do Governo Federal que visa à erradicação da extrema miséria.
- ² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 39-41.
- ³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 40-44.
- ⁴ É o entendimento, por exemplo de: GALVÃO, Roberto Carlos Simões. História dos direitos humanos e seu problema fundamental. *Âmbito jurídico*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 13.out. 2006; e de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 50.
- ⁵ GALVÃO, Roberto Carlos Simões. História dos direitos humanos e seu problema fundamental, *op. cit.*
- ⁶ MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson. (Coord.) *A efetividade dos direitos sociais*, p. 380.
- ⁷ GARCIA, Emerson. O Direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: GARCIA, Emerson. Coord. *A efetividade dos direitos sociais*, p. 150-152.
- ⁸ MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico, p. 390-393.
- ⁹ Importante a referência que o Estado de Direito surge, inicialmente, como Estado Liberal suas características basilares eram a submissão à lei, a divisão dos poderes e o respeito aos direitos e liberdades fundamentais.
- ¹⁰ Com ênfase maior, no presente estudo, ao disposto no art. 6º., que prevê como direitos sociais a saúde, educação, trabalho, moradia, previdência social, dentre outros.
- ¹¹ CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais, p. 29.
- ¹² Para o autor esta corrente está presa aos ditames constitucionais anteriores à Constituição Federal de 1988.
- ¹³ Radicalizada, no dizer do autor.
- ¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 269-270.
- ¹⁵ CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais, p. 32.
- ¹⁶ GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade, p. 188-190.
- ¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 271-273.
- ¹⁸ MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico, p. 398-399.
- ¹⁹ MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico, p. 401.
- ²⁰ MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico, p. 402.
- ²¹ CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais, p. 39
- ²² SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, julho de 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 out. 2007, p. 2
- ²³ MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico, p. 405-410

- ²⁴ MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico, p. 412-414
- ²⁵ FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Democracia e educação. In: GARCIA, Emerson. Coord. *A efetividade dos direitos sociais*, p. 142.
- ²⁶ GARCIA, Emerson. Direito à educação e suas perspectivas de efetividade, p. 149.
- ²⁷ GARCIA, Emerson. Direito à educação e suas perspectivas de efetividade, p. 158-161.
- ²⁸ Para melhor análise da questão, veja: GARCIA, Emerson. Direito à educação e suas perspectivas de efetividade, p.164-166; e FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Democracia e educação, p. 142-143.
- ²⁹ GARCIA, Emerson. Direito à educação e suas perspectivas de efetividade, p.168-169.
- ³⁰ Lei nº. 9.394-96, 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.
- ³¹ GARCIA, Emerson. Direito à educação e suas perspectivas de efetividade, p. 172.
- ³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 321-322.
- ³³ GARCIA, Emerson. Direito à educação e suas perspectivas de efetividade, p. 194.
- ³⁴ Cita-se, como exemplo, os Programas Sociais relacionados à Saúde, que hoje fornecem gratuitamente vários medicamentos que antes a população carente só teria acesso por meio de ações judiciais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 55 de 20 de setembro de 2007. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>>. Acesso em: 30 nov. 2007.

BRASIL. Lei nº. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em: 30 nov.. 2007.

CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de direito constitucional e internacional*. nº. 54, ano 14, jan./mar. 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. Democracia e educação. In: GARCIA, Emerson. Coord. *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GALVÃO, Roberto Carlos Simões. História dos direitos humanos e seu problema fundamental. *Âmbito Jurídico*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 13 out. 2006.

GARCIA, Emerson. O Direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: GARCIA, Emerson. Coord. *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson. Coord. *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, jul. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 10 out. 2007.