

4

Direito fundamental de segunda geração: Em defesa da educação

As idéias renascentistas determinaram uma revolução na forma do pensar humano, implicando o descortinamento do verdadeiro papel do homem dentro de seu *habitat*. O conteúdo humanístico do pensamento daquela época orientou, a partir de então, toda a estrutura de uma filosofia crítica voltada para o homem e para o produto de sua razão.

Como não poderia deixar de ser, no campo do Direito, as Luzes também influenciaram o seu conhecimento e seu substrato. As tensões sociais insuflaram a evolução do Estado e o divórcio entre este e o soberano. Sob o histórico de um autoritarismo monárquico/estatal, essa revolução teórica e pragmática passa a apregoar a individualidade e liberdade do homem, fazendo com que o Estado também estivesse sujeito às limitações de atuação. O Estado de Direito surge como resultado de um processo de conquista burguesa, culminada pela documentação de um compromisso ao qual o Estado também deveria respeitar a generalidade de suas normas.

Sob a proposta liberal de garantias do homem, o indivíduo é concebido como ser isolado dentro de sua sociedade e, sob a perspectiva de um darwinismo jurídico/social, passa a justificar-se a exploração do homem pelo homem, em função da maior adaptação de uns em relação aos outros.

Com os avanços dos meios de produção, o individualismo supremo toma corpo na mesma medida em que os processos industriais passam a catalisar as relações sociais. Sob um processo dialético entre exploração e reação, a idéia de comunidade passa a conduzir uma nova leitura dos Direitos Fundamentais até então reconhecidos.

Na intenção de planificar uma moral social compartilhada e estabilizar as relações sociais, amenizando esses dois fatores de divergência, os Direitos Fundamentais de Segunda Geração passam a ser reconhecidos e englobados de forma mais pontual nas atividades do Estado.

Sem embargo, não se pode afirmar peremptoriamente que as linhas liberais tenham negado as prestações sociais mínimas, ainda que sob o rótulo de caridade ou de “leis dos pobres”. O que se tem para destacar com o surgimento de uma nova onda de direitos é o vigor de suas reivindicações a exigir senão o centro do sistema dos direitos, pelo menos um status de mesmo nível. (SAMPAIO, 2004, p.262).

Contudo, o perfil de dever estatal não comportou toda a dimensão apregoada por estes direitos, na medida em que não abarcou somente a sua promoção levada a cabo pelos serviços públicos, mas possibilitou parâmetros de igualdades formais entre indivíduos. Para Telles, o espaço público e social, a qual esses direitos encontram-se inseridos, extrapola as garantias formais das leis, aproximando indivíduos do senso compartilhado de justiça e equidade:

Os direitos estruturam uma linguagem pública que baliza os critérios pelos quais os dramas da existência são problematizados em sua exigência de equidade e justiça. E isso significa um certo modo de tipificar a ordem de suas causalidades e definir as responsabilidades envolvidas, de figurar diferenças e desigualdades, e de conceber a ordem das equivalências que os princípios de igualdade e de justiça supõem, porém como problema irreduzível à equação jurídica da lei, pois pertinente ao terreno conflituoso e problemático da vida social (TELLES. 1999, p.178).

Esse instrumento de mudança, pautado nos padrões de uma sociedade mais justa e igualitária, determinou remissões específicas de uma infra-estrutura mínima construída para mitigar a deficiência orgânica da sociedade, implementada, sobretudo, pela ampliação dos serviços públicos. Porém, afastada da idéia de cidadania, não merecia maiores atenções por parte de seus responsáveis.

Garantindo-se o mínimo oferecido pelos serviços públicos, o Estado acalentaria as necessidades sociais derivadas de novas exigências, dando maior tranqüilidade àqueles que dele esperavam a sua assistência. No entanto, aqueles em que o mínimo oferecido pelo Estado pudesse ser dispensado viveriam alijados de sua caridade, através de suas qualidades próprias originárias de seu *status quo*.

O radical do Estado dá um novo passo. Se as liberdades individuais seriam respeitadas pela sua omissão na vida privada, a igualdade dependeria de uma ação positiva que viesse consubstanciar melhores condições de vida. O óbice para a plenitude dessas ações estaria ligado, sobretudo, a dois fatores: iniciativa política e recursos orçamentários, limitando a satisfação dos direitos sociais ao que se conhece por “reserva do possível”.

A reserva do possível foi construída a partir da ação da Corte Constitucional alemã, sendo, em caso contrário, uma expressa ingerência de um Poder sobre o outro, ferindo a Separação dos Poderes, bem como o princípio democrático, já que a efetivação dos direitos de natureza social deveria ser reflexa de deliberações legislativas votadas nas leis orçamentárias. Nesse sentido, Scalfi leciona que:

A decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão menciona que estes direitos a prestações positivas do Estado (os direitos fundamentais sociais) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”. A decisão recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar uma quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos. (SCAFF. 2005, p.219).

Mas se a dimensão dos direitos sociais encontrasse jungida apenas à reserva do possível, esses direitos não teriam força para agir dentro da ordem social como resultado de um modelo progressivo de conquistas históricas, de distribuição e proteção de bens. Seu conteúdo seria vazio, seu alcance seria falho.

A percepção que este rol de direitos não se limita à possibilidade orçamentária ou oportunidade da política social adotada pelo Estado, mas converte também como direito público subjetivo, foi bem desenvolvida na origem lusitana. Em estudo sobre os direitos fundamentais sociais, Cristina Queiroz advoga que os direitos sociais se configuram como direito público subjetivo, e assim, passível de ser protegido por força de provocação judiciária. A Autora percebe que, pela complexidade que o rol de direitos sociais abarca, há dentre eles, pela sua própria natureza, direitos dependentes de regulamentação legislativa, implementação executiva e outros de efetividade imediata. Reportando à Constituição Portuguesa, leciona que:

É que, se alguns dos direitos fundamentais sociais se apresentam como direitos “directamente aplicáveis”, sem a necessidade de interposição (e/ou intervenção) do legislador, outros, todavia, apresentam-se como “direitos a prestações”, dependentes de uma actividade mediadora a levar a cabo pelos poderes públicos. Exemplo do que se acaba de afirmar; quando ao primeiro caso, será o “direito a propriedade” (art. 62º) ou o “direito de iniciativa privada” (art. 61º). Exemplo do segundo será o “direito à saúde” (art. 64º), o “direito à habitação e urbanismo” (art. 65º) ou o “direito de ensino” (art. 74º). (QUEIROZ. 2006, p.29).

Nessa lógica de raciocínio, o conteúdo de alguns direitos sociais dependeria, muitas vezes, maior delimitação de atos legislativos e regulamentares, bem como seu alcance somente pudesse ser atingido na

perspectiva dos serviços públicos oferecidos. A grande questão tratada pela Autora, no estágio da discussão sobre a subjetividade do direito fundamental social, encontra-se no binômio direito social e política social.

Com efeito, a base de sua diferenciação é o que realmente afasta a reserva do possível como impedimento para o reconhecimento do direito social efetivo. Mesmo escrevendo para o contexto português, a teoria da autora é muito bem aplicada à realidade brasileira, uma vez que estabelecidos os moldes orçamentários de aplicação das receitas arrecadas, como no caso da educação, 18% para a União e 25% para os estados-membros e municípios, o percentual determinado foi para garantir o conteúdo do direito da educação.

A reserva do possível para a Autora traria como conceito:

uma exigência “racional”, “imposta pela natureza das coisas através dos elementos lógicos e sistemáticos da interpretação de preceitos constitucionais”, para logo se acrescentar não se tratar “de uma restrição eventualmente admissível (...) numa conjuntura de incapacidade financeira do Estado” antes “de uma restrição necessária que nem por isso deixa de ficar sujeita, na parte aplicável, às regras constitucionalmente estabelecidas para as restrições dos direitos, liberdades e garantias, normalmente a necessidade e a proporcionalidade (art.18º /2 e 3), devendo salvaguardar sempre o conteúdo mínimo de satisfação desse direito” (QUEIROZ. 2006, p.80).

Os direitos sociais representariam um *mínimo de existência* que garantiria faticamente uma liberdade de atuação dos titulares deste direito que decorre dos imperativos da Constituição. Não se trata de política ou expectativa social executada de acordo com a oportunidade e conveniência, mas de direitos, que *per si*, devem ser reconhecidos e efetivados.

Somos forçados a reconhecer que uma “política” de direitos, e particularmente uma “política dos direitos fundamentais sociais”, inclui necessariamente uma linguagem de “dever”. Os direitos fundamentais à educação, à segurança social ou à proteção da saúde não se apresentam como “concessões” do legislador. Constituem “deveres positivos”, “deveres de proteção” e “deveres de ação” que decorrem de imperativos constitucionais. (QUEIROZ. 2006, p.83).

Sobre a natureza destes “deveres” de ação derivados dos imperativos constitucionais, reconhece o que o conteúdo dos direitos sociais encontra arraigado à própria construção do *mínimo de existência*, sujeito a proteção jurisdicional:

É, pois, “nesta função positiva” (e não meramente “negativa” ou “proibitiva”) de concretização dos direitos fundamentais que se formula o “conteúdo essencial”. Este pode representar nas mãos do juiz constitucional um instrumento valioso, v.g., em razão da cláusula da “dignidade da pessoa humana” do artigo 1º da Constituição ou mesmo da “função social” que se reconhece, em geral, dos direitos fundamentais. (QUEIROZ. 2006, p.189).

Com efeito, o apego da Autora à teorização deste *mínimo existencial*, revela matizes liberais, no espectro do contexto português, mas a evolução de sua teoria é reconhecer a unicidade dos direitos sociais que comporta uma eficácia referenciada por princípios de dignidade da pessoa humana e da função social. Seu discurso transcende ao da igualdade de condições para a igualdade de oportunidades. Assim, não se basta acolher melhores perspectivas de saúde às determinadas pessoas, mas também condições de trabalho, qualificação técnica e acadêmica, entre outros.

Certamente, a maior dificuldade para a recepção de uma teoria pronta para os direitos sociais são as peculiaridades históricas de cada sociedade. A política e a defesas destes direitos são muito dependentes das limitações regionais, como no caso brasileiro. Mesmo considerando a comunhão de um mínimo existencial que fomente não somente a igualdade de oportunidades, mas também de condições, esse investimento político deve atender as necessidades pontuais de cada setor e região. Nesse sentido, esbarra a sua efetiva implementação em fatores exógenos e endógenos, como Scalff leciona:

O mínimo existencial não é uma categoria universal. Varia de lugar para lugar, mesmo dentro de um mesmo país. É a combinação das capacidades para o exercício de liberdades políticas, civis, econômicas e culturais que determinará este patamar de mínimo existencial. Não são apenas os aspectos econômicos os principais envolvidos.¹ (SCALFF. 2005, p.217).

Queiroz ainda levanta a hipótese de que, ao se tutelar os direitos sociais atinentes aos interessados, incorreria o Judiciário no ativismo judicial, ou em outras palavras, na judicialização da política, uma vez que estaria invadindo uma área de política social.

Segundo a Autora, são os exatos constitucionais de dignidade e igualdade, princípios basilares de qualquer Estado Democrático de Direito, que orientam a aplicação e a efetividade dos direitos sociais, em todo o seu conteúdo,

¹ O aspecto econômico referido pelo autor reporta-se à conjuntura econômica que possibilita a implementação da efetivação e/ou expansão dos serviços públicos.

revertendo a decisão em uma “interpretação jurídica” e não uma “invenção jurídica”.

Se o Direito, como diz a Queiroz, não comporta apenas a dimensão de conjunto de normas e sanção, mas estende no sentido de “decisões correctas e justas”, os direitos sociais “gozam de um núcleo indisponível” atuante, seja pelo balizar da dignidade, seja pelo balizar da função social a ele atinente:

Traduz não apenas uma forte limitação da liberdade política do legislador (*substantive due process*) como ostenta ainda uma outra dimensão: a de que os direitos fundamentais se concebem hoje muito mais como uma “questão de justiça” do que como uma “questão de política” (QUEIROZ. 2006, p.202).

No caso brasileiro, Scalfi informa que as diretrizes dessa “questão de justiça”, também não podem ser encaradas como ativismo judicial, mas como uma aplicação da melhor hermenêutica constitucional:

No Brasil, o que se pede é apenas a aplicação da lei em consonância com a Constituição. Existem países em que da sua Constituição é necessário extrair as diretrizes normativas oriundas de lacônicos Princípios por um delicado, custoso e árduo processo exegético. Não é o caso brasileiro. O caráter analítico de nossa Carta permite que apenas com sua implementação seja possível alcançar um maior grau de Justiça Social, sem que os juízes sejam acusados de fazer *ativismo judicial*, o que em outras plagas, é um imperativo ético. (SCALFF, 2006, p.225).

Como direito público subjetivo, os direitos sociais se consolidam com a reformulação de todo o paradigma do Estado, com o fortalecimento democrático e uma nova dimensão da idéia de cidadania. Derivado desse contexto, o indivíduo passou a reconhecer sua participação dentro da sociedade e esta, por sua vez, como responsável pelas decisões de Estado. Desse modo não se limita o reconhecimento e implementação de forma a atender a reserva do possível no que tange à espécie de orçamento e investimento Estatal na prestação ou ampliação de serviços públicos, mas assume também uma dimensão de certeza e liquidez que habilita o exercício do direito individual e proteção coletiva por força da ação judicial.

Com isso os direitos sociais tornaram-se acabados e exigíveis não mais nos padrões de sua atividade mínima, como antes, mas como o máximo que eles podem ser, na medida em que propiciaram uma reestruturação que permitiu distribuir componentes de uma vida civilizada e culta de forma horizontal.

T.H. Marshall propaga a idéia de que a efetividade dos direitos fundamentais de segunda geração é capaz não somente de atender as

necessidades básicas de uma determinada classe social. Agindo diretamente na estrutura social, é elemento determinante para o desenvolvimento de uma sociedade civil ativa.

O objetivo dos direitos sociais constitui ainda a redução das diferenças de classe, mas adquiriu um novo sentido. Não é mais mera tentativa de eliminar o ônus evidente que representa a pobreza nos níveis mais baixos da sociedade. Assumiu o aspecto de ação modificando o padrão total da desigualdade social. Já não se contenta mais em elevar o nível do piso do porão do edifício social. Deixando a superestrutura como se encontrava antes. Começou a remodelar o edifício inteiro e poderia até acabar transformando um arranha-céu num bangalô. (MARSHALL. 1963, p.88).

Nesse sentido, a plenitude dos direitos sociais engendraria a mudança de *status*, fazendo-se a aproximação entre os indivíduos da sociedade e permitindo condições de igualdade. Assim, Marshall fundamenta:

O que interessa é que haja um enriquecimento geral da substância concreta da vida civilizada, uma redução geral do risco de insegurança, uma igualação entre os mais e menos favorecidos em todos os níveis – entre o sadio e o doente, o empregado e o desempregado, o velho e o ativo, o solteiro e o pai de uma família grande. A igualação não se refere tanto a classes quanto a indivíduos componentes de uma população que é considerada, para esta finalidade, como se fosse uma classe. A igualdade de *status* é mais importante do que a igualdade de renda. (MARSHALL. 1963, p.94).

Como pilar nesse quadro de mobilidade entre as classes sociais e equilíbrio de *status*, o direito social de educação encontra-se em posição de destaque, sendo considerado como o principal fator de desenvolvimento social e corolário de tantos outros direitos da mesma natureza.

Partindo do pressuposto de desenvolvimento econômico, com a comunhão entre qualidade e quantidade, a educação é capaz de agir em todos os fatores da cadeia econômica e, portanto, determinar em grau significativo os fatores de crescimento e desenvolvimento social e econômico de determinada sociedade.

Estudos da Organização das Nações Unidas (ONU) (Abarche, 2003) demonstram que um ano de educação formal em toda a população resulta um crescimento sustentável do PIB, *per capita*, em 0,35%; reduz em 0,9% a mortalidade infantil; recrudescer em 20% a renda *per capita*; e, como maior reflexo de investimento intelectual, reduz a proporção de pobres em pelo menos 1%.

Em suma, pode-se dizer que a educação é grande responsável pela mudança de um quadro tão excludente, uma vez que age diretamente nos setores de produção, aumentando a produtividade de bens e serviços pela

qualificação técnica e profissional. Com isso, permite que os salários, como resultado de um trabalho especializado, sejam alcançados em melhores patamares, distribuindo renda e riquezas, gerando melhores condições de vida e implemento de dignidade à pessoa humana, o que resultaria a queda da mortalidade e uma maior longevidade. A planificação dessas riquezas, asseguram indivíduos a um maior tempo de produção e trabalho, o que, via de regra, permite o equilíbrio econômico na seguridade social, na medida em que a população economicamente ativa, permanecendo mais tempo no mercado de trabalho, consegue gerar recursos que assegurem a população inativa.

O investimento educacional de base, reconhecido como fator de grande relevância para a mudança de um quadro de desigualdade social, passou a ter pauta especial nos trabalhos da ONU. Estabeleceu-se meta a ser alcançada até o ano de 2015, que todas as crianças terminem o ciclo completo de ensino.

Inevitável é entender que o implemento educacional se dá pelo seu caráter de direito social e, portanto, às custas dos serviços públicos dessa natureza oferecidos pelo Estado ou pela iniciativa privada por ele delegada. Com a busca da meta estabelecida, o ensino fundamental atende ao princípio de universalização, afeto a todos os serviços públicos. Sob a moderna doutrina jurídica, ainda é afeta à prestação de serviços um grau de eficiência mínima que confira ao beneficiário a qualidade de sua prestação.

Universalidade e eficiência educacional fundamental são os primeiros passos de investimentos neste quadro e, sem embargo, representam um avanço de pauta em espaço mundial, mas ainda não é capaz de comportar todas as necessidades que o fator educação acolhe.

Sob a ótica constitucional brasileira estabelecida em 1988, a educação foi inserida no rol de direitos sociais, bem como tratada no Título da Ordem Social. Como reflexo de um ideal político, a Ordem seria resultado de um conjunto de esforços voltados à mudança da realidade, de acordo com interesses humanos e ideais de justiça e equidade majoritários da época de sua idealização.

Todavia, há uma peculiaridade que se assenta sobre a “Ordem Social” que a faz distinguir em relação às demais “ordens políticas” assumidas pela Constituição. Por explicitar direitos sociais de natureza fundamental, como a saúde, a seguridade, a educação e a cultura, a Ordem Social alimenta a dimensão da dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, não um ideal futuro, mas uma segurança presente de uma construção histórica passada. Nesse sentido, José Carlos Vieira de Andrade, explica que:

Os direitos fundamentais não têm sentido nem valem apenas pela vontade (pelo poder) que historicamente os impõe. O conjunto de direitos fundamentais é significativo e desvendável, porque é referido a um critério de valor; os direitos fundamentais são obrigatórios juridicamente, porque são explicitações do princípio da dignidade da pessoa humana, que lhes dá o fundamento. É que a unidade dos direitos fundamentais, como a unidade da ordem jurídica em geral, há-de ser uma unidade axiológica, material, que configura fundamento e legitimidade ao seu conteúdo normativo. (ANDRADE. 2001, p.106).

Numa construção teórica de irreversibilidade dos direitos fundamentais de cunho social, sobretudo a educação, a extensão e o alcance desses direitos expressariam o mínimo reconhecido pelos patamares constitucionais, revestindo-se de eficácia, não pela reserva orçamentária ou iniciativa administrativa de sua implementação, mas pela chamada constitucional de seus imperativos, assegurando, portanto, o mínimo existencial.

No Brasil de 1988, para a construção dessa chamada “Ordem”, a educação representaria como resultado: o desenvolvimento das potencialidades inerentes à pessoa humana, o exercício da cidadania, e a qualificação para o trabalho, sendo de responsabilidade da ação do Estado de promoção e incentivo em colaboração com a sociedade. Seu conteúdo e alcance cingem-se, portanto, um determinado conjunto de princípios que orientam programas de sua efetivação.

Pois bem, em uma análise isolada dos ditames constitucionais, a efetividade do direito educacional seria reflexa apenas à observância dos serviços públicos oferecidos pelo Estado, mas a análise do conjunto constitucional permite concluir que o direito educacional não se limita as diretrizes e generalidades dispostas por programas de governo. Define-se seu conteúdo e alcance como direito público subjetivo, e assim sujeito à tutela jurisdicional do Estado, em caso de não observância dos seus preceitos. Não se pode alijá-lo em razão de uma reserva do possível, guardando em casos de inobservância inclusive a responsabilidade pessoal da autoridade competente (art. 208, § 2º).

A extensão do direito da educação, na atual gestão do Governo Federal, não é limitada ao oferecimento de infra-estrutura e pessoal para o acolhimento do contingente de alunos, mas também é objeto de políticas sociais assistenciais derivadas da ideologia partidária de esquerda, como o benefício da Bolsa-família, como instrumento de iniciativa e apoio para a inclusão educacional.

À luz de implementação desse mínimo existencial, os serviços públicos e as políticas de investimentos demandam uma defasagem no que toca o quadro educacional brasileiro. Por sua vez, a defesa do direito público subjetivo, como

se verá em capítulo próprio, tem-se encaminhado para a esperança de um Judiciário cada vez mais independente do Executivo.

No tocante ao ensino fundamental, embora a sua universalização no território brasileiro tenha acometido índices satisfatórios, atendendo o que dispõe o art. 60 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), dentro da perspectiva urbana, já que as pesquisas realizadas excluem zonas rurais de estados federados pertencentes à Região Norte, dados mais atuais do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (SAEB) realizados em 2001, indicam que da totalidade dos alunos sujeitos à pesquisa, 59% do contingente discente da 4ª série do ensino fundamental não possuíam habilidades elementares de leitura. No mesmo contexto, 52% dos alunos submetidos à pesquisa apresentaram profundas debilidades em Matemática.

O censo escolar realizado indicou como taxa de evasão escolar um altíssimo percentual de 8,7%. Conforme pesquisa dos indicadores sociais, publicada em setembro de 2007, realizado pelo IBGE, 235 mil crianças declaram encontrar em atividades de trabalho nas vias públicas dos hiper-centros brasileiros, destinando grande parte de seus dias à indigência precoce e a trabalhos degradantes.

Melhor sorte não há, quando se analisam o ensino médio e superior oferecidos. O analfabetismo entre jovens de 15 a 24 anos, faixa etária adequada a esses dois ciclos de ensino, embora tenha apresentado queda de nos últimos 10 anos, inclui um desconfortável patamar de mais de um milhão de pessoas em todo o território brasileiro. 81% dos discentes que declaram freqüentes a determinado nível do ensino médio, apenas 40% encontram-se no ciclo educacional adequado ao de sua faixa etária.

Face ao tamanho continental, a disparidade de políticas públicas de educação toma maior proporção no ensino superior em caráter regional, indicando como maior percentual 13,7% do contingente populacional da Região Sul como pertencentes a um curso de superior. Em contrapartida, apenas 5.1% do contingente populacional da mesma faixa etária, 18 a 24 anos, têm condições acadêmicas de lograr um diploma de 3º grau, na Região Nordeste do Brasil.

A análise também abarca ao problema de que a maior parte do contingente discente que detém freqüência líquida, ou seja, a adequação entre o ciclo de ensino e faixa etária, é composta por mulheres, já que os homens, mais do que elas, tendem-se a evadir mais cedo, na busca de inserção ao mercado de trabalho.

Para Arbache (2003), que declara existir cerca de 50% da população adulta com apenas quatro anos ou menos de escolaridade, há limitações culturais de que a educação aja como instrumento de reestruturação da cadeia social em sua estratificação, ou seja:

Em primeiro lugar, seus efeitos são demorados. Em segundo lugar, não existe no Brasil a cultura de associar o conhecimento ao trabalho, o que poderia contribuir para capacitação do homem para atuar de forma mais produtiva no meio em que vive. Em terceiro lugar, a estratégia de distribuição de educação tem efeito essencialmente entre as crianças e adolescentes, e pouco efeito entre os adultos. (ARBACHE. 2003, p.20)

Nesse sentido, verifica-se que a realidade brasileira tem como cultura que os investimentos públicos devem atender as necessidades de base escolar, justificando, portanto, que 93.7% da população entre 7 a 14 anos encontram-se em condições quantitativas de inserção ao processo educacional formal, enquanto apenas 9.86% da população entre 18 a 24 anos encontram-se inserido dentro do ensino universitário.

Com efeito, o atendimento das políticas educacionais de base fundamental denota uma deficiência cultural de entender a educação como um processo de sedimentação paulatino e escalonado. Os investimentos dessas políticas devem atender a todas as instâncias deste processo, a fim de garantir a sua continuidade.

Ao contrário, políticas paliativas têm sido adotadas, a fim de que seja diminuída a distância aos atores desse processo. Em função do caráter de colaboradora desse processo, à sociedade são impostas medidas de chamadas que vigoram a sua co-responsabilidade. “As apelativas e seqüenciais campanhas de ‘adote uma escola’, ‘amigo da escola’, ‘padrinho da escola’ e, agora, do ‘voluntariado’, explicitam a substituição de políticas efetivas por campanhas filantrópicas.” (Frigotto. 2002, p.59).

Sob uma influência neoliberal de regulação de mercado, o Estado Brasileiro transmudou o seu perfil de atuação em diversos setores, inclusive na educação. Como mero agente regulador e fiscalizador do setor, o Estado minimiza a necessidade de investimentos setoriais, na mesma proporção que exclui a grande massa do investimento educacional. Resultado desse afastamento é a constatação que em 2006, 76,4% dos estudantes do ensino superior, encontravam-se na rede privada de ensino, enquanto apenas 23,6% nas faculdades da rede pública e que destes, mais da metade dos estudantes (54,3%) pertenciam aos 20% da população mais rica, e, portanto, mais bem

preparada nos ciclos educacionais anteriores para enfrentar as formas de inserção por concursos vestibulares.

Forçoso é perceber que derivado do sucateamento do ensino brasileiro, seja pela falta de infra-estrutura ou pela falta de investimento no setor, a iniciativa privada assume o déficit produzido pelo mercado, tendo como conseqüência o maior distanciamento qualitativo de ensino entre os alunos da rede privada e da rede pública.

4.1 Educação cidadã ou cidadania educacional

A alternativa lançada propositalmente no título deste capítulo propõe a uma reflexão sobre o vínculo estabelecido entre cidadania e educação e justifica a dimensão assumida, como no caso brasileiro, de coexistência entre estas duas instâncias.

A sociabilidade inerente ao ser humano imprime uma condição recíproca entre direitos e deveres, existindo a cada um desses um contraponto correspondente. Essa comunhão de parâmetros morais e jurídicos é a responsável pelo ajuste e estabilidade social.

Sob a premissa cidadã da construção de um patrimônio de direitos, como produto de um processo histórico de conquistas, a educação, sobretudo o ensino fundamental, apresenta-se como fator condicionante para a mensuração do grau de desenvolvimento social e econômico de cada sociedade.

A peculiaridade residente na História Brasileira, conhecida pela passagem do “voto de cabresto”, demonstra que a verdadeira democracia somente pode ser alcançada na medida em que a liberdade de escolha não é viciada ou determinada por fatores exógenos. A liberdade é um direito que somente pode ser alcançado e exercido se tomado sob o pilar da educação, já que sem a educação torna-se reduzida a força de trabalho, sobretudo pelo desconhecimento técnico, que amplia a dependência econômica e estagna-se o desenvolvimento social, por via da democracia. A educação é capaz de ampliar a consciência crítica dos cidadãos e de potencializar formas de relacionamento político entre si e entre Estado e sociedade.

Da mesma forma, a educação e o conseqüente senso crítico podem constituir como instrumentos para novas exigências, resultando novos ajustes no modelo democrático constituído. A exemplo, a crise da democracia representativa, que no Brasil emerge sob a dissonância entre os programas e as

ideologias de partidos políticos e a realidade política apresentada, dá efeito ao descontentamento social generalizado às prerrogativas específicas do Legislativo, como o voto secreto do Congresso nas sessões de cassação de agentes políticos acusados de improbidade.

Também, por conseqüência de um nível educacional satisfatório, o desenvolvimento orgânico amparado pela sustentabilidade permite a adequação entre as disponibilidades naturais de matéria prima e o desenvolvimento econômico sustentável, reparando as atuais distorções entre consumo e desperdício, que levam a modernidade refletir sobre sua própria condição de existência.

Como processo de aprendizado e de preparação para o potencial exercício da cidadania, a educação prescinde da amplitude de conhecimento dos direitos e o resgate de uma ética cívica que permita o reconhecimento e valorização do cidadão no processo de participação de decisões que afetam a sua vida. Aliás, tem sido a educação o principal fator de desenvolvimento social, na medida em que é capaz de atribui condições críticas para a conquista de novos direitos. José Murilo de Carvalho assim leciona:

Ela é definida como direito social mas tem sido historicamente um pré-requisito para a expansão de outros direitos. Nos países em que a cidadania se desenvolveu com mais rapidez, inclusive na Inglaterra, por uma razão ou outra a educação popular foi introduzida. Foi ela que permitiu às pessoas tomarem conhecimento de seus direitos e se organizarem para lutar por eles. A ausência de uma população educada tem sido sempre um dos principais obstáculos à construção da cidadania civil e política. (CARVALHO. 2002, p.11).

Nesse sentido, não se trata apenas de conferir direitos à generalidade da sociedade, mas, sobretudo, divulgar a dimensão destes direitos e o processo de torná-los efetivamente satisfeitos. Graças aos produtos da tecnologia moderna, os meios de comunicação têm papel importante na conscientização. O cumprimento e a observância desse direito social podem aprovisionar a sociedade de maiores condições de igualdade e cultura. Tudo se resume em um ciclo, no qual quanto mais se investir em educação, mais o será exercida a cidadania, mais forte será a democracia.

A rapidez das informações, a universalização do rádio e da televisão, a consciência dos direitos e a situação de carecimentos contrastada com os privilégios dos segmentos abastados fazem com que a consciência de cidadania se acelere e se preocupe com a efetivação de seus direitos. Os conselhos representam um embrião de democracia participativa e são um potencial enorme de democratização do Estado pela socialização da política. (CURY. 2002, p.159).

Peter Häberle (1975), propondo uma máxima integração social, defende a ampliação da interpretação das normas constitucionais, como máxima democrática. Para o autor, *todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos* são capazes de interpretar as normas de cunho constitucional e, por conseguinte, valendo-se de seus direitos dentro de uma coesão entre educação popular e cidadania. Assim, conhecendo a natureza de seus direitos, poderia interpretá-los a ponto de exercê-los e torná-los efetivos dentro de um modelo de democrático.

Assim, a dimensão a ser construída não é limitada apenas pelo processo eleitoral, sensível à demagogia e ao populismo momentâneo das condições eleitorais, que representam apenas o contingente de elevação de um agente ou partido ao posto político de decisões do Estado. A dimensão também se expande para o elemento pluralista de interpretação do processo constitucional, bem como todos os direitos e deveres sucedâneos desse processo.

Priorizar a educação fundamental, como dispõe todo ordenamento educacional brasileiro, é dar o primeiro passo dentro desse processo de construção. No entanto, o caminho de uma verdadeira democracia é constituído de uma longa caminhada. Não se trata de oferecer como direito social o direito da criança à educação fundamental. Como Marshall dispõe, trata-se de mudar o foco de leitura desse direito, no sentido de permitir que todo o homem seja efetivamente educado.

4.2

O Judiciário como agente de Efetivação do Direito Social de Educação

A Constituição da República de 1988, dentro da lógica normativa adotada, definiu o rol de direitos sociais como Direitos e Garantias Fundamentais, uma vez que o Capítulo II encontra-se inserido no Título II.

Nesse sentido, a lógica adotada revelou uma possível discussão sobre a aplicação e eficácia imediata dos direitos sociais, e, portanto, prontos para serem acabados e exigíveis. O § 1º, do art. 5º, embora esteja vinculado ao seu *caput*, trouxe expressa remissão, numa interpretação gramatical, ao conteúdo de todo o Título II, uma vez que trata da aplicação imediata “das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”. Dessa forma, ao conteúdo de todo o Título II,

deve ser estendida a aplicação imediata e garantida a efetividade de sua força normativa.

Mutatis mutandi, José Afonso da Silva, explicando e exemplificando sobre a aplicação imediata do § 3º, do art. 192, antes da sua revogação pela EC 40, revela:

Todo parágrafo, quando tecnicamente bem situado (e este não está, porque contém autonomia de artigo), liga-se ao conteúdo do artigo, mas tem autonomia normativa. [...]

O dispositivo, aliás, tem autonomia de artigo, mas a preocupação muitas e muitas vezes revelada ao longo da elaboração constitucional, do sentido em que a Carta Magna de 1988 não aparecesse com o demasiado número de artigos, levou a Relatoria do texto a reduzir artigos a parágrafos e uns e outros, não raro, a incisos. Isso, no caso em exame, não prejudica a eficácia do texto. (SILVA, 1999, p.801).

Portanto, se de um lado, as políticas públicas de investimento que consagram a efetividade dos direitos sociais em geral pelos serviços e obras públicas são acanhadas, de outro, a apólice de sua exigência encontra-se no Poder Judiciário, sendo certo de que sempre que ameaçados ou violados, poderão ser protegidos pela jurisdição inafastável, característica da defesa de direitos subjetivos e do sistema de *freios e contrapesos*.

Os direitos sociais têm sido acolhidos de forma especial perante as Cortes Superiores no Brasil, merecendo proteção eficaz e imediata independentemente das políticas públicas de governo e atos do Executivo, na sua implementação.

Em recente julgamento da matéria², Ministro Luiz Fux, acolhe o entendimento da eficácia imediata dos direitos sociais, nos seguintes termos:

Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repertório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional. O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88: as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional. Porém, crescente e significativa é a moderna idéia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia *tout court*, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão.

² Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial nº 2006/0012352-8. DJ.

No tocante, especificamente, ao direito de educação, a inviabilidade de seu exercício poderá acarretar inclusive a responsabilização pelo ato das autoridades competentes. Nesse diapasão, o exercício desse direito não se encontra cingido aos limites da previsão orçamentária ou dentro do espectro da reserva do possível.

Segundo o Ministro Marco Aurélio ³ “Deficiência orçamentária não tem o efeito de projetar no tempo e, conforme a política em curso, indefinidamente o cumprimento de preceitos constitucionais de importância ímpar, no que voltados à educação.” Tal entendimento, coaduna com as lições de Ingo Wolfgang Sarlet:

Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar “um custo”, de tal sorte que esta circunstância não poderia ser limitada aos direitos sociais de cunho prestacional. Apesar disso, seguimos convictos [...] que para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o corretamente apontado “fator custo” de todos os direitos fundamentais, nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional. (SARLET. 2004, p.281).

Propositamente, o autor direciona no sentido de demonstrar que os “custos” no implante dos direitos fundamentais, mormente no caso do direito de educação, se revelam como investimentos.

Outrossim, na busca da correção da desigualdade de condições de acesso ao ensino superior, em Minas Gerais, as universidades federais deverão se preparar, nos próximos concursos de vestibulares, para acolher os egressos de escolas públicas secundaristas, à metade de suas vagas.

Em ação civil pública, a proposta pelo Ministério Público Federal de Minas Gerais, o pedido de reserva de cotas sociais foi julgado procedente pela 12ª Vara Federal de Minas Gerais, sendo confirmada a decisão em instância superior.

Nesse sentido, verifica-se pela ação julgada, o reconhecimento do direito difuso de acesso à educação superior, destacando a Desembargadora, Selene Maria de Almeida, que:

As práticas institucionais dos órgãos do Estado permitem métodos excludentes. A má qualidade do sistema de educação prestada a grupos de crianças carentes não causa clamor público em virtude de ausência de cidadania simbólica (direito de ter direito) de que são acometidos certos seguimentos da população. O acesso exclusivo do aluno ao terceiro grau mediante o concurso vestibular é um instrumento que avalia a capacitação intelectual dos iguais. A ausência de outros critérios de avaliação que não o somatório de notas do referido exame produz a

³ Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 384.201-3-SP. DJ. 26.04.2007 p. 893

igualdade dos iguais [...] descumprindo o Estado o princípio de igualdade de condições (igualdade material ou substancial) em relação aos desiguais de escola pública, há que se promover uma desigualdade positiva par o efeito de obter a igualação jurídica real.⁴

Com efeito, a defasagem educacional do ensino secundarista é corrigida por uma proteção jurisdicional em detrimento a uma intervenção pontual de investimento em infra-estrutura e qualificação de pessoal pela Administração Pública. Assim, ações afirmativas, como acima colocadas, têm o condão de diminuir as desigualdades oriundas de um sistema excludente como o concurso de vestibulares. No entanto, mais que isso, o conhecimento da matéria pelos Tribunais revela o grau de interesse social que educação comporta, demonstrando que não se pode chegar ao almejado progresso, sinônimo de desenvolvimento, sem a proteção fiel e eficaz do direito educacional.

⁴ Decisão. Apelação Cível .AC 1999.38.00.36330-8/MG. Tribunal Regional Federal – 1ª Região.