



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
DEPARTAMENTO DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

JUIZ DE FORA
2013

EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Dissertação apresentada ao programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos como requisito para a obtenção do título de mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais.

Orientador: Professor Doutor Sebastião Trogo

JUIZ DE FORA
2013

B327e

BASTOS, Nilma Claudia Souza

Educação como um direito fundamental. / Nilma Claudia Souza Bastos. – Juiz de Fora, 2012.

107f.

Orientador: Prof. Dr. Sebastião Trogo

Dissertação (Mestrado em Hermenêutica e Direitos Fundamentais) – Universidade Presidente Antônio Carlos, 2013.

1. Direito fundamental 2. Educação 3. Pessoa Natural 4. Sujeito de Direito 5. Descentralização I. Título II. Universidade Presidente Antônio Carlos

EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Dissertação apresentada ao programa de
Mestrado de Direito em Hermenêutica e
Direitos Fundamentais da Universidade
Presidente Antônio Carlos.

Aprovada em:

Prof. Doutor Sebastião Trogo - UNIPAC (Orientador)
UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

Prof. Doutor Rafael Iório Filho - UNESA
UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

Prof. Doutor Cleyson de Moraes Mello - UNIPAC
UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

Ao meu Deus e a minha mãe!

RESUMO

A Constituição da República trouxe uma grande mudança no cenário jurídico brasileiro, tendo em vista que a partir dela os Entes da Federação foram obrigados a efetivarem os Direitos Fundamentais, inclusive o de Educar, sob pena de falta de eficiência na prestação do Serviço Público, o que gerará para os mesmos Responsabilidade Civil. Cumpre esclarecer que o Estado brasileiro é regulador, o que lhe dá a possibilidade de descentralizar os Serviços Públicos entre si ou através de pessoas administrativas, sobretudo para evitar inefetividade do Direito Fundamental à Educação.

Palavras-Chave: Direito fundamental. Educação. Pessoa Natural. Sujeito de Direito. Descentralização.

ABSTRACT

The Republic's Constitution has brought a great change in the Brazilian legal scenario, having in view that, then, the Federation Entities were made to put the Fundamental Rights in effect, including the right to Education, lest there might be lack of efficiency in the rendering of Public Service, fact which will generate Civil Liability to them. It should be noted that the Brazilian State is the regulator, that provides it the possibility to decentralize Public Services among them or through administrative personnel, mainly to avoid ineffectiveness of the Fundamental Right to Education.

Keywords: Fundamental Right. Education. Natural Person. Subject of Law. Decentralization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.....	11
1.1 A EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO	19
1.2 A TITULARIDADE DOS DEMAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	27
1.3 OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988	27
1.4 A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.....	31
1.5 A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO EDUCACIONAL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL, SOB PENA DE FALTA DE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO.....	32
1.6 A JUSFUNDAMENTALIDADE E A VISÃO DO S.T.F RATIFICANDO A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	40
2 OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS COMO NORMAS DE CUMPRIMENTO OBRIGATÓRIO.....	47
2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REFERENTES AO DEVER DE EDUCAR.....	51
2.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO EDUCACIONAL E SUA RELAÇÃO COM O DEVER DE EDUCAR	54
2.3 O CONTROLE INTERNO E EXTERNO SOBRE A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO EDUCACIONAL.....	57
3 OS SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.....	62
3.1 A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	64
3.2 A DIVISÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 88.....	68
3.3 A NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 88.....	70
3.4 A CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988.....	75
3.5 A EDUCAÇÃO COMO UM SERVIÇO PÚBLICO PASSÍVEL DE SER DESCENTRALIZADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	77
4 A EDUCAÇÃO COMO UM SERVIÇO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988	84
4.1 A EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E NAS CONSTITUIÇÕES ANTERIORES	89
4.2 A EDUCAÇÃO COMO UM SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL OU DE UTILIDADE PÚBLICA.....	93

4.3 A PESSOA COMO TITULAR DO DIREITO FUNDAMENTAL CHAMADA DE EDUCAÇÃO.....	98
4.4 A EDUCAÇÃO PARA ALGUNS FILÓSOFOS.....	103
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	105
REFERÊNCIAS.....	107

INTRODUÇÃO

Nesta dissertação, reflete-se sobre a educação como direito fundamental nas constituições contemporâneas instituídas pelos Estados Democráticos de Direito, principalmente no Estado Brasileiro, cuja base é a Constituição da República de 1988 que, ao tornar a educação um direito fundamental, visou à materialização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, não basta que a educação seja prestada, e sim que possa ampliar o desenvolvimento da pessoa humana como um todo na sociedade.

Cumprе esclarecer que a educação, ao desenvolver a pessoa humana, é essencial para o pleno desenvolvimento das sociedades democráticas, embora não seja o único direito fundamental instituído pelo ordenamento constitucional brasileiro.

Para defender a jusfundamentalidade da educação como direito fundamental foram levantados alguns argumentos de autoridade, tais como: constituições brasileiras, leis, princípios e jurisprudências dos Tribunais Superiores.

O método utilizado neste trabalho foi o descritivo-sistemático, a fim de chegarmos à concretização da educação como direito fundamental.

O trabalho resumidamente foi dividido da seguinte forma:

No capítulo I, tratou-se dos direitos fundamentais e sua institucionalização na Constituição da República de 1988, tornando o Estado Brasileiro um prestador imediato desses direitos à pessoa humana.

No capítulo II, demonstrou-se a importância dos princípios e sua aplicação como normas de cumprimento obrigatório, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, base para a exigência da educação efetiva.

No capítulo III, vislumbrou-se a educação como um serviço público, que poderá ser delegado pelo Estado a pessoas jurídicas de direito público ou privado, sob sua regulamentação.

No capítulo IV, foi analisada a educação como um serviço público e a essencialidade desse serviço entre os filósofos, para que o Estado possa atender a um dos direitos fundamentais prestacionais, mencionado na Constituição Cidadã.

Nesta dissertação, reflete-se sobre a educação como um direito fundamental prestacional, sob a área de concentração do Programa de Pós Graduação: Direito em Hermenêutica e Direitos Fundamentais, com um vínculo direto com o Direito Constitucional através de citações - diretas e indiretas, que se fizeram necessárias para que pudéssemos dar ao texto argumentos de autoridades. Inicialmente se tentou demonstrar a problematização crítica existente no nosso Estado, no que tange à educação, e quanto é preciso uma visão atualizada das leis e até da Constituição da República através de uma releitura dos mesmos com base nos princípios, sem, contudo, nos esquecermos dos pressupostos filosóficos para trazermos um visão interdisciplinar nessa dissertação, buscando influenciar a realidade fática sempre para vivermos uma educação efetiva como um real direito fundamental prestacional.

Dessa forma, objetivou-se neste pesquisa demonstrar que a educação é um direito fundamental da pessoa natural que, quanto à conceituação, passou por uma grande evolução, deixando de ser considerada uma “máscara”, um “ator”, um “papel” desempenhado na sociedade, para tornar-se um ser universal, destinatário do direito fundamental à educação.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

A Constituição da República de 1988 foi chamada de Constituição Cidadã devido a uma grande preocupação com os direitos dos indivíduos, inclusive o direito à educação. A preocupação com o indivíduo pode ser vislumbrada logo no início do ordenamento constitucional brasileiro, por exemplo, quando este fez previsão dos direitos fundamentais como gênero em seu título II que trouxe várias espécies daqueles, embora esse rol seja apenas exemplificativo, e não taxativo ou *numerus clausus*.

O título II da Constituição da República de 1988 subdividiu os direitos fundamentais em cinco espécies, que serão analisados de forma breve, com base nas lições dadas por José Afonso da Silva¹, nos seguintes termos:

1. Direitos Individuais e Coletivos – Os direitos individuais e coletivos são direitos que visam garantir liberdade, igualdade, segurança e propriedade, ou seja, liberdades civis e liberdades de autonomia, perante o Estado e os demais cidadãos em sociedade, nos termos do artigo 5º, da Constituição da República;

2. Direitos Sociais – Foram instituídos no ordenamento constitucional brasileiro, do artigo 6º ao 11, e visam atribuir direitos ao homem como membro de uma coletividade;

3. Direitos da Nacionalidade – Aqui se tem os direitos do homem-nacional e suas faculdades para integrar, de forma real, a sociedade como detentor de direitos e possibilidade de assumir obrigações;

4. Direitos Políticos – São os direitos do homem-cidadão para que ele possa participar da esfera pública, votando ou sendo votado, pois assim poderá atuar, de forma direta ou indireta, na administração da “coisa” pública;

5. Direitos dos Partidos Políticos - é a agremiação de um grupo social que se propõe a organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de

¹ SILVA, José Affonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 184.

assumir o poder de realizar o programa de governo, como bem definiu o autor acima mencionado².

De acordo com Pedro Lenza, todos esses direitos fundamentais estão vinculados, de forma precípua, com a promulgação de Constituições nos Estados, tendo em vista que esta passou a exigir respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos dos indivíduos, pois só assim haveria respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana em um Estado de Direito, é o que entende o autor Pedro Lenza³.

Essa constitucionalização ou positivação dos direitos fundamentais ocorreu principalmente com o advento das declarações americana (1776) e francesa (1789) e de suas respectivas constituições – a americana, em 1787, e a francesa, em 1791.

A previsão constitucional dos direitos fundamentais, nos ordenamentos constitucionais apresentados, foi necessária, inicialmente, para proteger os cidadãos do próprio Estado e também para exigir desse a efetividade de direitos mínimos e existenciais na maior medida possível para os indivíduos de forma igualitária, como esclareceu Canotilho⁴: a função dos direitos de defesa dos cidadãos tem um plano jurídico-objetivo por serem normas de competência negativa para os poderes públicos, além de um aspecto subjetivo, pois os direitos fundamentais podem ser exercidos positivamente como liberdade positiva pelos indivíduos.

A dupla acessão desses direitos fundamentais não surgiu automaticamente, pois foi fruto de uma evolução, que ampliou esses direitos essenciais, fundamentais ou humanos dentro da história da sociedade para proporcionar liberdade, igualdade e fraternidade – valores defendidos pela Revolução Francesa.

Tal ampliação, na sociedade politicamente organizada, passou a ser considerada importante com a Revolução Francesa, que começou no século XVIII e que passou a ver o indivíduo como cidadão – real destinatário dos direitos fundamentais, de forma clara ou explícita, estabelecendo sua prioridade axiológica em relação à pessoa humana, como disse Arango⁵.

² Ibid., p. 395.

³ LENZA Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 12 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 588.

⁴ CANOTILHO, **Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra editora, 1993, p. 541.

⁵ ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Universidade Nacional de Colombia, 2005, p. 65.

A Revolução Francesa e as Constituições dos Estados de Direito buscavam a felicidade do indivíduo, inicialmente pela abstenção estatal na vida privada. Essa abstenção visava a dar ao indivíduo liberdade para que ele pudesse atuar, civil ou política, com autonomia. A liberdade apregoada pela Revolução Francesa não retiraria do Estado à possibilidade de atuar em casos extremos, e foi esse valor fez exsurgir a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais.

O Estado liberal foi mantido até, mais ou menos, o século XIX e o início do XX, tendo em vista que a sociedade passou a entender que o Estado deveria sair da abstenção e buscar o bem-estar de todos os indivíduos, que vivessem em seu território, o que ficou bem caracterizado, por exemplo, com as constituições do México (1917) e de Weimar (1919), situação impulsionada pela Revolução Industrial, é o que enfatiza Pedro Lenza⁶.

O Estado do bem-estar começou a intervir na esfera privada para garantir direitos sociais, econômicos e culturais aos cidadãos, principalmente após a Primeira Guerra Mundial. A intervenção Estatal levou o Estado a ser considerado um ser ativo para que pudesse buscar a igualdade em sociedade, o que pode ser vislumbrado na Constituição da República de 1988, por exemplo, através dos direitos sociais (artigos 6º e 7º), dos direitos dos consumidores, dos direitos econômicos e até dos direitos culturais.

O Estado do bem-estar social trouxe a segunda geração ou dimensão dos direitos fundamentais para primar que o lucro não fosse obtido em detrimento do bem-estar do trabalhador pelo advento da Revolução Industrial e da liberdade econômica, que passava a ser bem enfatizada.

Com o advento do século XX e também devido à Segunda Guerra Mundial, a internacionalização dos direitos fundamentais se fez necessária para trazer à luz um indivíduo cidadão do mundo. O indivíduo como cidadão do mundo daria a este o direito a um meio ambiente equilibrado, como patrimônio de todos, além de outros direitos fundamentais gerais.

A visão da terceira geração ou dimensão dos direitos fundamentais passou a ver o cidadão globalizado e, por isso, passou a exigir solidariedade ou fraternidade como focos do mundo globalizado.

⁶ LENZA, op. cit., p. 588.

As três gerações ou dimensões buscaram atender aos valores da Revolução Francesa, já preconizados acima, que são: liberdade (primeira geração), igualdade (segunda geração) e fraternidade (terceira geração). Cabe lembrar que essas gerações ou dimensões não foram suficientes para efetivar todos os direitos fundamentais, o que fez o Estado continuar em busca de uma evolução social.

A evolução social almejada pelo Estado não excluiu nenhum dos direitos fundamentais ou valores preconizados pela Revolução Francesa ou constituições outorgadas ou promulgadas pelos Estados politicamente organizados, e sim fez com que continuassem buscando atender aos novos anseios dos cidadãos com a previsão, regulamentação e efetivação dos direitos fundamentais, que ergueu-se com a globalização do mundo, visando a garantir ao indivíduo em sociedade uma convivência harmônica interna e externamente.

Paulo Bonavides⁷ entendeu que a globalização do Estado Neoliberal fez surgir novos direitos fundamentais como, por exemplo, o direito à informação, à democracia e a novas tecnologias. Para o autor, além dos já mencionados direitos fundamentais, novos direitos fundamentais continuaram surgindo, por exemplo, o direito à paz, fazendo surgir a quinta geração ou quinta dimensão. Nesse sentido, a paz traz um foco mais abrangente, qual seja apregoar harmonia social entre todos.

Os direitos fundamentais como um todo estão ligados ao povo (cidadãos), à população (cidadãos ou não), ao território (local) e à organização do Estado de forma interna ou externa. Esses direitos podem ser exigidos ou tutelados através dos remédios constitucionais ou por tratados firmados entre Estados Soberanos.

Com relação aos direitos que receberam o “status” de direitos fundamentais, entende Ingo Sarlet⁸ que tais direitos são condições *sine qua non* para real existência do Estado Democrático de Direito e, por isso, admitem a tutela para buscar sua efetivação.

O Estado Democrático existe, acima de tudo, para propiciar aos seus cidadãos uma vida digna, sendo esse um princípio fundamental daquele. O descumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana tornaria

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 524-525.

⁸ SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos advogados 1998, p. 61.

desnecessária a existência do Estado como pessoa jurídica de direito público, tendo em vista que não estaria bem representando seus cidadãos.

As necessidades coletivas existem e devem ser supridas de forma direta ou indireta pelos sujeitos estatais, que deverão atuar sempre de modo que atendam ao interesse público de forma mediata. A falta de atendimento à finalidade pública na atuação administrativa - atos administrativos ou contratos administrativos, praticados pelo Estado, levarão os mesmos a serem invalidados ou anulados administrativamente (controle interno) ou judicialmente (controle externo), como prevê a Lei 4717/65 em seu artigo 2º, § único, alínea “e”.

A Lei 4717/65 em seu artigo 2º, § único, alínea “e” entendeu que o ato administrativo, mesmo sendo uma manifestação unilateral de vontade estatal, deverá ser anulado caso não atenda à finalidade pública, e isso ocorre quando a vontade Estatal “falada” não é realmente a vontade estatal “querida”, o que aconteceria pelo desvio de finalidade pública.

Embora as necessidades estatais sejam muitas, elas deverão ser supridas pelo Estado com o fim de justificar sua existência, por isso o cidadão não poderá aceitar apenas a existência do Estado, que não efetiva os direitos fundamentais, pois eles devem garantir a ordem pública, dando a todos os cidadãos direitos mínimos e existenciais.

A nossa corte constitucional - Supremo Tribunal Federal vem entendendo que os direitos e deveres individuais ou coletivos não se restringem ao artigo 5º da Constituição da República de 1988, tendo em vista que outros poderão ser encontrados ao longo do texto constitucional, conforme orienta Pedro Lenza⁹.

Os direitos fundamentais devem guardar compatibilidade com seu titular, seja este pessoa física ou jurídica, pois só assim uma possível tutela ou exigência desse direito seria possível a nível administrativo ou judicial.

Para delimitarmos a educação como direito fundamental, preconizado pela Constituição da República de 1988, é de bom alvitre expor suas principais características, quais sejam:

1. Relatividade - O direito fundamental à educação não é um direito absoluto, como também não será nenhum outro direito fundamental, tendo em vista que em

⁹ LENZA, op. cit., p. 587.

situações de interesse público a colisão de um direito fundamental com outro direito fundamental, no caso concreto, poderia impor ao intérprete sua relativização pelo princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas. A relativização do direito à educação em um Estado de Direito, com o Estado brasileiro aconteceria, por exemplo, pela sua prestação do serviço público educacional feito pela iniciativa privada, que deverá respeitar o regulatório imposto pelo Poder Público para atender ao interesse público maior, que é o bem comum, e não um fim individual. A relativização já mencionada também é possível com base na colisão ou ponderação de interesses, nos termos dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

2. Irrenunciabilidade - Os direitos fundamentais, inclusive o direito fundamental à prestação educacional, não poderão ser renunciados quanto à sua titularidade, e sim quanto ao seu exercício. A própria Constituição da República de 1988 ratificou esse texto ao proibir o tratamento desumano ou degradante à pessoa humana, por isso a Constituição da República de 1988, como bem esclareceu José Afonso da Silva¹⁰, considerou que o acesso ao ensino fundamental é obrigatório e gratuito, sendo este um direito subjetivo de todos, o que equivale a dizer que esse direito poderá ser exigido, inclusive na esfera judicial, caso não seja prestado espontaneamente pelo Estado;

3. Indivisibilidade - A característica da indivisibilidade dos direitos fundamentais exige dos Estados de Direito à interpretação daqueles como um todo, pois só assim a pessoa humana será dignificada. Esse entendimento amplo, quanto aos direitos fundamentais, impede o retrocesso social ou efeito *cliquet*, pois os direitos fundamentais surgiram como uma conquista da humanidade, como já explicitado. Quanto à educação, essa característica guarda importância, pois poderá ser descentralizada, embora seja sempre vista como um serviço público essencial e que, por isso, deverá *a priori* ser prestado pelo Estado, porque para Celso Bastos, a educação é um processo de desenvolvimento do indivíduo que implica na boa formação moral, física, espiritual e intelectual, visando o seu crescimento integral para o melhor exercício da cidadania e aptidão para o trabalho¹¹.

¹⁰ SILVA, op. cit., p. 313.

¹¹ BASTOS, Celso. In: CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 587.

4. Historicidade – Os direitos fundamentais são frutos de uma evolução que nasceu com o cristianismo e, com o passar do tempo, foi sendo ampliado como já explicitado. A prestação educacional, como um direito fundamental, é espécie do gênero direito fundamental, e por isso também foi fruto de uma evolução estatal. O direito fundamental à educação era exercido nas sociedades primitivas de forma difusa, assistemática e pela família para sobrevivência dessa. Com a evolução estatal, a família deixou de ser capaz de prestar uma educação efetiva, e por isso instituições educacionais passaram a educar, buscando integrar a pessoa humana à sociedade de forma real, efetiva e concreta, como esclarece Celso Ribeiro Bastos¹².

5. Universalidade – A educação hoje é um direito universal da pessoa humana, pois com advento da República como forma de governo, na maioria dos Estados Estatais, a educação se fez necessária para firmar princípios inerentes a ela, tais como: separação de poderes, cidadania, pluralismo político e etc, embora defenda o autor Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹³ que a ideia de se estabelecer por escrito um rol de direitos fundamentais em favor dos indivíduos como gênero não seja nova. Os forais e as cartas de franquia continham enumeração de direitos com esse caráter na Idade Média.

6. Concorrência – Os direitos fundamentais poderão ser exercidos de forma cumulativa, por isso é possível à prestação educacional com outros direitos, tais como a saúde, e isso foi tornado mais evidente com o advento do Estado, que apregoa o bem-estar social. A expressão bem-estar social foi conceituada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, que é um tratado subscrito pelo Brasil para garantir a todos os cidadãos o suprimento das necessidades fundamentais ou mínimas, além de buscar desenvolver o homem como ser livre, nos termos do artigo XXVI¹⁴: Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios

¹² MARTINS, Ives Gandra; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 483.

¹³ FERREIRA, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 282.

¹⁴ Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 10 jul 2011.

de subsistência fora de seu controle. É com base nesse conceito que se defende o exercício cumulativo dos direitos fundamentais, inclusive da prestação educacional com outros direitos fundamentais, sociais ou não.

7. Inalienabilidade – Os direitos fundamentais não poderão ser vendidos, pois os mesmo não possuem um fim econômico. Essa impossibilidade de alienação de um direito fundamental não impedirá que a prestação educacional seja incentivada ou prestada pela sociedade, de forma particular, e sob cobrança, pois, como preconizou o artigo 205, do ordenamento constitucional, isso é possível. A prestação descentralizada é importante para dar acesso a todos e de forma mais eficiente. Essa eficiência acontecerá quando aqueles cidadãos que podem pagar pela prestação educacional assim o fizerem, com a certeza de que essa prestação respeita um regulatório mínimo imposto pela União. A exigência de observância do regulatório mínimo levará a uma qualificação da prestação educacional, que tem o grande cunho de levar o ser humano a pensar, sendo esse cunho o maior desafio do pensamento contemporâneo e que, por isso, necessita de uma reforma quanto à ordem, separação ou disjunção entre o observador e sua observação e a razão, segundo Edgar Morin¹⁵.

8. Imprescritibilidade – A última característica a ser mencionada quanto aos direitos fundamentais, inclusive quanto à educação, é a imprescritibilidade. Essa garante que a educação não exercitada durante certo lapso temporal não sofrerá prescrição ou perda do direito de exercê-la, pois a prescrição “fala” de direitos patrimoniais, e não de direitos extrapatrimoniais. Como bem explicitou Pedro Lenza¹⁶, os direitos personalíssimos são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da sua exigibilidade.

As características explicitadas esclarecem a fundamentalidade do direito à educação que ultrapassa a ideia de ensinar a ler, escrever e bem interpretar livros ou escritos nas sociedades localizadas nos centros urbanos, ou não. A prestação educacional como um direito fundamental deverá preservar as especificidades culturais, dando a todos os indivíduos nas sociedades acesso a informações

¹⁵ MORIN, Edgar. **A inteligência da complexidade**. Tradução de Nurimar Maria Falci. 2 ed. Editora Fundação Peirópolis. Série Nova Consciência, p. 200.

¹⁶ LENZA, op. cit., p. 591.

necessárias ao seu pleno desenvolvimento, e só assim será possível afirmar a efetividade deste direito fundamental: a educação.

O desenvolvimento educacional de todas as sociedades no território brasileiro nos evidencia uma grande evolução do direito fundamental educacional imposto ao Estado pelo Ordenamento Constitucional. O artigo 210¹⁷ da Carta Magna previu que os povos indígenas terão direito à educação que essa deverá respeitar suas especificidades como povo, e não como era ofertado pelos missionários jesuítas, desde o século XVI, que ensinavam aos índios, inclusive de forma violenta, para que esses negassem seus próprios valores culturais.

Com base no exposto, é possível concluir que a educação é um direito fundamental que evoluiu, e muito, com o advento da Constituição da República de 1988 – chamada de cidadã, pois o nosso ordenamento atual a vislumbrou como direito de todos e um dever do Estado, em seu artigo 205. Com base nesse artigo, o Estado passou a ser um agente, que deverá prestar a educação e ao mesmo tempo regulamentá-la, pois só assim os princípios preconizados como mínimos pelo artigo 206, da Constituição da República de 1988, serão alcançados pelos Entes Estatais – União, Estados e Distrito Federal e Municípios, que no âmbito constitucional receberam o dever de prestar Educação garantia padrão de qualidade na dita prestação.

1.1 A EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

A educação é um direito fundamental social, por isso deixou de ser um encargo apenas da família, da igreja ou da sociedade e passou a ser um dever do Estado preconizado pela Constituição da República de 1988.

¹⁷ Art. 210 da Constituição de 1988 - Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

Nem sempre essa foi à realidade “dentro” do Estado democrático brasileiro, tendo em vista que a Constituição de 1824 pouco tratou da educação, exceto em seu título VIII, que tratava de vários outros direitos civis e políticos.

Esse tratamento superficial dado ao tema pelo ordenamento constitucional de 1824 evidenciou a falta de cuidado com o direito em epígrafe. A Constituição de 1891, embora tenha feito menção ao direito à educação em uma seção específica, que tratava dos direitos dos cidadãos brasileiros, atribui ao poder legislativo o dever de prestar e incentivar a educação, o que ainda não trouxe uma real efetivação do dito direito à educação.

Uma melhora significativa foi sentida com o advento da Constituição de 1934, tendo em visto que trouxe um capítulo inteiro voltado ao direito à educação. Uma maior regulamentação dada a esse direito à educação exigiu a criação de normas, além de prever princípios que deveriam ser observados pelo Estado, a quem coube o dever de prestar educação.

O ordenamento constitucional de 1937 manteve com o Estado o dever de prestar a Educação, embora também tenha admitido a prestação por particular, que poderia receber incentivos estatais, visando a facilitar a prestação desse serviço público delegado, caso isso se fizesse necessário.

A Constituição de 1946 teve como premissa definir o que seria educação. Essa definição consistia em tornar evidente que a educação nada mais era do que um direito subjetivo da pessoa humana nos diversos níveis, e que esta deveria ser prestada pelo Estado.

Ampliando esse direito subjetivo, a Constituição de 1967 e a Emenda de 1969 asseguraram que a educação era um direito de todos, buscando atender ao princípio da isonomia ou igualdade.

Sem sombra de dúvida, a educação passou por uma evolução que teve seu ápice com o ordenamento constitucional de 1988, sob os seguintes argumentos:

a) A educação é um direito de todos os cidadão e um dever do Estado - O artigo 205 a vislumbrou como um direito de todos e dever do Estado e da família, devendo a educação ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. O artigo bem nos esclarece o dever

estatal de prestar a educação que, para Cury¹⁸, será prestada através de um sistema nacional, pois se assenta em diretrizes e bases nacionais;

b) A educação está sob princípios de cumprimento obrigatório - O artigo 206 determinou que o ensino será ministrado, sob princípios que são vetores ou bases a serem observados no cumprimento desse dever estatal, são eles: 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 e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; valorização dos profissionais do ensino, garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União; valorização dos profissionais do ensino, garantidos, na forma da lei, planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos; valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; gestão democrática do ensino público, na forma da lei; garantia de padrão de qualidade e piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos da lei federal.

Os princípios preconizados pelo poder constituinte originário, acima transcritos, serão objeto de estudo de forma específica em um outro momento nessa dissertação, embora seja importante ressaltar que eles evidenciam uma grande evolução no ordenamento jurídico brasileiro. Como bem esclarece Caio Mario¹⁹, os princípios são pressupostos do direito moderno, que somente podem ser assumidos como fontes de normatividade dentro dessa visão principiológica do direito, o que nem sempre foi assim, pois a visão preconizada pela escola da exegética buscava consolidar a ideia de que a hermenêutica baseada na explicação da lei escrita, subordinando sua técnica interpretativa à regra de que não pode haver direito fora da lei.

¹⁸ CURY, C.R.J. Federalismo político e educacional. In: FERREIRA, Naura S.C.; SCHLESNER, A. (Org.). **Políticas públicas e gestão da educação**: polêmicas, fundamentos e análises. Brasília: Líber Livro, 2006.p. 113.

¹⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. São Paulo: Forense, 2004, v. I, p. 197.

c) A qualificação dos profissionais da educação como um dever do Estado - A Constituição da República exigiu dos Entes Estatais a qualificação dos profissionais de educação básica, nos seguintes termos: horários adequados e criação de planos de carreira. Essa determinação é fundamental e foi ratificada no Plano Nacional de Desenvolvimento (PDN) e no artigo 67 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB - Lei nº. 9394/05), que entenderam pela valorização do profissional de educação em todos os aspectos já expostos, e em outros, já que tudo nasce através deles, estejam na esfera pública ou privada.

Ivan Valente, todavia, “denuncia” que a Constituição da República e a Lei de Diretrizes e Bases não vêm sendo cumpridas no tocante aos planos de carreira, e isso ocorre, principalmente, pelo fato de não haver punição tipificada para aqueles prepostos dos Entes da Federação que não fizerem previsão de plano de carreira para os profissionais da educação, principalmente quanto ao piso salarial, o que nos leva a uma inefetividade do ordenamento constitucional e da lei que o regulamenta²⁰.

d) A autonomia didática, no que tange à educação-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial - O artigo 207 estabeleceu que as universidades terão autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial devendo obedecer ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Essa autonomia, para Maliska²¹ tem um caráter principiológico, e não se confunde com soberania, já que se restringe a tratar dos interesses da entidade através de uma gestão democrática da educação. Para Ivan Valente, essa previsão foi um dos maiores avanços negativos pontuais do ordenamento constitucional e da Lei de Diretrizes e Bases, pois para que haja essa indissociabilidade será possível, segundo esse autor, uma série ininterrupta de imposições autoritárias contra os campus universitários, diminuindo, na prática, a gestão democrática efetiva²².

e) O dever de educar de forma gratuita - O artigo 208 ratifica a educação como um dever do Estado, como um serviço essencial, e, portanto, poderá ser

²⁰ VALENTE, Ivan. **Plano Nacional da educação**. Rio de Janeiro: DP&A, 2001, p. 34.

²¹ MALISKA. Marcos Augusto. **O direito à educação e a constituição**. Belo Horizonte: Sérgio Antônio Fabbris, 2001, p. 268.

²² VALENTE, op. cit., p. 29.

prestado de forma gratuita, sob as seguintes garantias mencionadas no artigo acima: ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurado, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; progressiva universalização do ensino médio gratuito; atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde; atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Essas garantias expressam os direitos que devem ser concretizados pelo Estado ao dar pleno cumprimento ao dever de educar em todos os níveis, sob pena de “quebra” do princípio da continuidade do serviço público, que inadmitte a interrupção do serviço essencial por falta de pagamento. Ressalta-se que o artigo 211, §1º combinado com o artigo 30, inciso VI, ambos da Constituição da República, deram prioridade ao ensino fundamental. O ensino fundamental atualmente cabe de forma mais específica aos entes municipais, que receberão da União uma verba para que possam dar pleno cumprimento ao seu dever de prestar a educação infantil. A “entrega” efetiva dessa competência gerou uma dessolidarização dos Estados e União quanto ao dever de prestar a educação infantil de forma direta, o que, segundo Ivan Valente, foi muito ruim, pois retirou de alguns entes esse dever, estabelecendo lista de intenções que, por vezes, nunca serão cumpridas²³.

²³ Ibid., p. 22.

f) Estabeleceu a liberdade vigiada, no que tange à educação – O artigo 209 entendeu que o ensino será ministrado de forma livre, desde que se atenda na esfera pública ou privada a algumas condições importantes, são elas: cumprimento das normas gerais da educação nacional, que caberão à União, autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público, que hoje acontece através de várias provas que visam a aferir os resultados obtidos pelos Entes da Federação e particulares quanto ao cumprimento do dever de prestar educação.

Essa descentralização do dever de educar aconteceu quando a própria Constituição da República dividiu o dever de educar em níveis, e também quando o mesmo ordenamento admitiu que a educação possa ser prestada pelo particular, como uma verdadeira transferência de responsabilidades e atribuições, sob um regime de colaboração. Esse regime de colaboração é importante, conforme Maria Beatriz Luce e Nalú Farenzena²⁴, embora caiba à União proporcionar um padrão mínimo de qualidade na oferta educacional, através da prestação contínua de assistência técnica e financeira aos Estados e Municípios.

g) Regionalização do Ensino – O artigo 210 exigiu a regionalização do ensino com a fixação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais, o que foi estabelecido no Brasil desde a Constituição de 1937, o que evidencia que há muito o país se preocupa com currículos mínimos. Para Carlos Montañó²⁵, essa regionalização não pode surgir para impor sobre a educação um caráter burocrático e paternalista, e sim para dar a todos os cidadãos direito a uma educação que propicie acessos iguais à cultura, ao emprego e ao pleno desenvolvimento de cada um dentro da sociedade, sob pena de desrespeito ao princípio da isonomia ou igualdade.

Para materializar a generalidade e rechaçar as discriminações, o ordenamento constitucional fez previsão de duas situações importantes, são elas: a retirada da obrigatoriedade do ensino religioso nas escolas públicas, tendo em vista

²⁴ LUCE, Maria Beatriz.; FARENZENA, Nalú. O regime de colaboração intergovernamental. In: GRACIANO, Mariângela. (Org.). **O plano de desenvolvimento da Educação (PDE)**. v.4. São Paulo: Ação Educativa, 2007, p. 1.

²⁵ MONTAÑO, Carlos. **Terceiro Setor e questão social**: crítica ao padrão de intervenção social. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 219.

que o Estado brasileiro é laico, por isso entre ele e a Igreja deverá existir uma separação, além de também prever o ensino através da língua portuguesa e indígena. Anna Cândida da Cunha Ferraz²⁶ afirma que a aplicação do preceito do artigo 210, § 1º da Constituição da República é importante, pois observa o princípio da separação entre o Estado e a Igreja compatibilizando a liberdade religiosa entre os alunos. O uso do vernáculo é fundamental para uma boa educação, porque traz uma unificação no país e também fortalece práticas socioculturais para que os índios não percam informações e nem sofram uma desculturação²⁷.

h) O regime de colaboração entre os Entes da Federação – O artigo 211 vislumbrou a necessidade de organização entre os Entes da Federação em colaboração, ou seja, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão se organizar em regime de colaboração entre os seus sistemas de ensino.

A exigência de colaboração recíproca é uma inovação do sistema constitucional atual, pois embora haja autonomia e independência entre os entes, nos termos da Constituição da República, deverá existir uma harmonia na prestação do serviço público educacional, principalmente por ser uma competência comum – artigo 23, inciso V da Constituição da República.

Esse regime de colaboração traz a descentralização do sistema educacional, sob as regras mínimas impostas pela União. Celso Ribeiro Bastos²⁸ vislumbra ser importante esse regime de colaboração, pois tanto a União como os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem auxiliar-se mutuamente quando da organização dos seus sistemas de ensino, de modo que todas as necessidades da população nessa área sejam supridas²⁹.

i) Estabeleceu percentuais mínimos a serem gastos com a prestação educacional – O artigo 212 estabeleceu percentuais mínimos a serem gastos nessa busca de cumprir o dever de educar, ratificando outros ordenamentos constitucionais anteriores. O artigo evidencia que cabem aos Entes da Federação, como a administração direta, a administração indireta e até ao terceiro setor, o dever e a

²⁶ FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. **O ensino religioso nas escolas públicas**: exegese do § 1º do artigo 210 da CRFB de 1988. Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 25, n.20, jul/set 1997.

²⁷ A Lei nº 6001/73 exige a língua indígena no sistema de ensino.

²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. **Nacionalidade e cidadania**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

²⁹ Ibid .,p. 686.

possibilidade de prestar a educação, sem esquecer que todos esses recursos deverão ser aplicados na manutenção e desenvolvimento do ensino, pois hoje é necessária uma nova hermenêutica, que deixa de lado hábitos retrógrados de pensar o Direito, apresentados pela hermenêutica metodológica, a necessidade de reconhecer e eliminar os obstáculos que fomentam o nosso direito inautêntico, em muitos momentos, alienante. Tais hábitos e métodos restringem os horizontes do pensamento jurídico e “obstruem o desvelamento de um direito autêntico e revelador”, como bem alertou Cleyson de Mello³⁰.

j) A destinação de recursos visando a manter as escolas públicas, como regra – O artigo 213 é uma inovação, pois nas Constituições anteriores os Entes da Federação poderiam aplicar recursos públicos em quaisquer escolas, inclusive nas particulares. É claro que os recursos para serem distribuídos exigirão o cumprimento de algumas condições, por exemplo: comprovar finalidade não lucrativa e que as escolas apliquem seus excedentes financeiros em educação comunitária, filantrópica ou confessional.

As condições supramencionadas são fundamentais para uma distribuição que respeite o princípio da impessoalidade, já que o dinheiro público é escasso para suprir todas as necessidades públicas, e, por isso, ao se vislumbrar necessidades, que as públicas sejam priorizadas como as mais importantes, em detrimento das necessidades privadas.

O Decreto nº. 72.495/73 definiu o que seriam escolas particulares, que por exceção poderiam receber dinheiro público, nos termos do artigo 1º. A ajuda só será possível para o dito decreto quando a prestação educacional fornecida pela escola privada for gratuita de forma total ou parcial. O auxílio público a escolas particulares flexibiliza a vedação anterior, sem que o decreto que a previu possa ser declarado inconstitucional, pois a prestação educacional feita pela escola nesse caso estará colaborando com o Estado - real garantidor do dever de prestar educação, e assim chegar-se-á a um Estado democrático de direito que se caracterizará como tal pela legitimidade do poder político, e também pela observância formal do procedimento para obter a qualificação de “Democrático de Direito”, prestigiando a efetiva

³⁰ MELLO, Cleyson de Moraes. **Revista Interdisciplinar de Direito de Valença**, Fundação Educacional D. André Arcverde, Faculdade de Direito, ano 1, n.1 (maio 1998). Valença, Editora Valença, 1998, p.137.

participação dos interessados nos mecanismos decisórios, como bem levantou José Afonso da Silva³¹.

k) A Constituição fez previsão de uma lei que estabeleceria o plano nacional de educação - O artigo 214 da Constituição da República foi regulamentado pela Lei nº. 9394/96, que é chamada de Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, com uma duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação, para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades, por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: erradicação do analfabetismo; universalização do atendimento escolar; melhoria da qualidade do ensino; formação para o trabalho; a promoção humanística, científica e tecnológica do País e o estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto. Com o advento da Lei nº. 9394/96 e do Plano Nacional de Educação em 09/01/2001 – Lei nº. 10172/01 - o que se impõe aos setores interessados pelos destinos da educação no Brasil é uma escola pública, gratuita, democrática, laica e de qualidade social para todos³².

Com base no exposto, é possível notarmos que foi dada prioridade ao serviço público educacional no nosso ordenamento constitucional brasileiro de 1988, que buscou, acima de tudo, dar plena efetividade a tal direito, inclusive é o que diz Bastos³³ ao afirmar que o Estado adquire com o ordenamento constitucional em comento uma postura intervencionista e assume um papel de prestador de serviços na área da educação.

1.2 A TITULARIDADE DOS DEMAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais trazem, no seu bojo, direitos mínimos e existenciais, que, embora caibam de forma precípua à pessoa humana, seja ela brasileira ou estrangeira, como já foi visto, quanto ao direito fundamental à educação. Algumas

³¹ SILVA, op. cit., p. 119-120.

³² VALENTE, op. cit., p. 34.

³³ BASTOS, op. cit., p. 482.

peças jurídicas também poderão ser detentoras de direitos fundamentais, desde que estes guardem com compatibilidade elas, como bem esclarece Pedro Lenza (2008), o caput do artigo 5º da Constituição da República fez referência expressa somente a brasileiros (natos ou naturalizados, já que não os diferencia) e estrangeiros residentes no país. Contudo, a esses destinatários expressos, o Supremo Tribunal Federal vêm acrescentando, através da interpretação sistemática, aos estrangeiros não residentes (por exemplo, a turismo), os apátridas e as pessoas jurídicas. E nem poderia ser diferente, pois se os direitos fundamentais existem para dar a todos direitos mínimos, as pessoas citadas também devem ser consideradas como pessoas e, como tais, detentoras de direitos e obrigações passíveis de serem exigidos de forma imediata.

Cumpra lembrar que titularidade ou destinação de um direito fundamental faz referência ao “poder” que a pessoa física (regra) ou jurídica (exceção) terá para exigir a aplicabilidade do direito fundamental em uma relação jurídica real em face de particular ou até em face do Estado. Do “poder” supramencionado surge o tema de eficácia ou aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídicas, que exigiu dos legisladores fazer previsão dos direitos fundamentais na Constituição da República, nas leis e até de firmarem tratados que os preveja.

Os direitos fundamentais terão uma eficácia ou aplicabilidade direta, como já previu o artigo 5º, § 1º da Constituição da República, embora afirme José Afonso da Silva³⁴ que situações existem onde a eficácia dependerá de legislação ulterior. Quanto à eficácia dos direitos fundamentais, é de bom alvitre levantar que a mesma poderá ser vertical ou horizontal. A eficácia horizontal se contrapõe à eficácia vertical, pois aquela estaria presente na conhecida e histórica aplicabilidade de tais direitos no âmbito da relação indivíduo – Estado, e está entre cidadãos segundo Silva Neto³⁵.

O que se quer entender, então, é que esses direitos mínimos e existenciais serão garantidos a todos, seja nas relações firmadas no aspecto privado ou em face do poder público, pois o que se quer com esses direitos é garantir a democracia e o efetivo exercício dos demais direitos fundamentais na sociedade politicamente

³⁴ SILVA, op. cit., p. 179.

³⁵ SILVA NETO, Op. Cit., p. 468.

organizada, segundo Pérez Lunõ³⁶, por isso seria um descenso dizer que os direitos fundamentais só caberiam às pessoas físicas, tendo em vista que são direitos constitucionalmente definidos de forma exemplificativa.

1.3 OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Os direitos fundamentais são conquistas do Estado Democrático de Direito que passou a ser obrigado a dar às pessoas que nele vivessem uma vida boa dentro do convívio social³⁷, pois só com base neles haveria um tratamento isonômico e igualitário das pessoas como titulares de tais direitos e obrigações em sociedade.

A Constituição da República em vigor traz um rol meramente exemplificativo dos direitos fundamentais, pois como já esboçado em outro momento, novos direitos fundamentais poderão ser inseridos a esse rol, desde que confirmados pelo País através de tratados.

Na esfera constitucional, os direitos fundamentais materializaram direitos ou obrigações, que poderão ser exercitados ou assumidos pelos sujeitos de direitos, por serem esses reais detentores dos direitos em epígrafe nas diversas relações jurídica em que estejam envolvidos, como bem esboçou Diogo Luna Moreira³⁸.

Embora o rol dos direitos fundamentais não seja taxativo e o foco deste trabalho seja o direito fundamental à educação, faz-se necessária uma breve classificação dos direitos fundamentais constitucionais para que possamos bem delimitar onde estará inserido o direito fundamental à educação.

³⁶ LUNÕ, Pérez. **Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema**. Sevilla. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, p. 216.

³⁷ Vida boa na Idade Média nos levava a pensar em Deus como ser fonte maior do bem. Já na Idade Medieval passou-se a rejeitar certas manifestações individuais que desobedeciam ao padrão imposto pela Igreja. Foi no fim da Idade Média que essa visão foi rompida pela leitura que se passou a fazer da pessoa humana que negava a transcendência do divino. STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício dos direitos de personalidade**: ou como alguém se torna o que quiser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 34.

³⁸ MOUREIRA, Diogo Luna. Pessoas: A co-relação entre as coordenadas da pessoalidade e as coordenadas da personalidade jurídica. 194 f. **Dissertação**. Mestrado em Direito Privado. Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009, p. 103.

Para Alexandre de Moraes³⁹, os direitos fundamentais poderiam ser assim expostos: individuais ou coletivos, que estão no artigo 5º da Constituição da República e, em suma, visam a proteger: a vida, a igualdade, a liberdade, a intimidade, a reunião a associação e etc. Já os direitos sociais foram previstos do artigo 6º ao 11 e protegem a educação, a saúde, o trabalho, a moradia e etc. Os direitos referentes à nacionalidade, que visou a proteger o vínculo jurídico-político, que liga um indivíduo a certo Estado como componente do povo, além de estabelecer sua dimensão pessoal no Estado, segundo Aluísio Dardeau de Carvalho⁴⁰, sob a égide dos artigos 12 e 13 do ordenamento constitucional. Também foram elevados a um status de direitos fundamentais os direitos políticos, pois através desses os cidadãos poderão participar ativa e passivamente dos negócios estatais e, por fim, no rol expresso da Constituição da República, temos os direitos fundamentais dos partidos políticos no artigo 17, que buscou preservar o Estado Democrático de Direito através desses, como bem enfatizou Carlo Chimenti⁴¹.

Pelo exposto, é possível afirmarmos que o direito fundamental à educação é um direito fundamental social, pois busca o desenvolvimento dos cidadãos no aspecto amplo para que posteriormente toda a sociedade seja beneficiada. Ao afirmarmos que a educação é um direito social, cumpre esclarecer que essa deverá ser proclamada de forma universal, e não poderá, mesmo quando descentralizada, estar sob um juízo de oportunidade e conveniência estatal, como já afirmou o Supremo Tribunal Federal⁴².

Com base na assertiva acima, não se quer retirar dos prepostos que apresentam ao Estado a possibilidade de definirem como prestarão o serviço de educação, pois, embora seja um serviço essencial (quando pública), poderá ser vislumbrada como serviço de utilidade pública, pela possibilidade de delegação da atividade educacional a administração indireta, entidades paraestatais ou terceiro setor e até a particulares, materializando o próprio ordenamento constitucional, que

³⁹ MORAES, op. cit., p. 30.

⁴⁰ CARVALHO, Aluísio Dardeau de. **Nacionalidade e cidadania**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 11.

⁴¹ CHIMENTI, Carlo. **Manuale di diritto pubblico**. Torino : Giappichelli, 2009, p. 286.

⁴² 2ª turma. AGI nº 596.927-6/SP. Relator Min. Celso De Mello, diário da justiça, seção I, 15 de fev. 2007, p. 31.

diz que a educação deverá ser incentivada por toda sociedade, sob normas que emanaram da União⁴³.

1.4 A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais garante aos sujeitos de direito acesso a tais direitos, independentemente de regulamentação. Ocorre que essa regra poderá ser excepcionada de acordo com o tipo de norma que materialize o direito fundamental, pois caso tenhamos uma norma de eficácia plena, a assertiva já exposta guardará verdade, caso contrário, não.

Segundo o autor José Afonso da Silva⁴⁴, as normas constitucionais poderão ter eficácia plena, contida ou limitada. As normas de eficácia plena são aquelas que, sozinhas, poderão produzir efeitos jurídicos. São normas de eficácia plena as que receberam do poder constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata. Essas normas são as ideais no Estado Democrático de Direito, pois o que se quer é um direito que dê ao indivíduo a possibilidade de escolher e agir em uma situação jurídica e, nesse contexto, possa exercer liberdades (direitos) e não liberdades (deveres) com base na norma⁴⁵.

Infelizmente, alguns direitos estão em normas de eficácia contida ou prospectiva, que levará o sujeito de direito a reconhecer a existência do “dito” direito, embora não o possa exercer de forma total, o que poderíamos chamar de ciência da realidade, como bem vislumbrou o cientista Aloízio Gonzaga de Andrade Araújo⁴⁶, que atenta para o fato de que o cientista do Direito não pode ficar indiferente às ciências da realidade, tendo em vista que o dever-ser somente é possível se sua

⁴³ Artigo 22, inciso XXIV da CRF.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 262.

⁴⁵ MOREIRA, op .cit., p. 105.

⁴⁶ ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. **O direito e o Estado como estruturas e sistemas**: um contributo à teoria geral do direito e do Estado. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG/Movimento Editorial, 2005, p. 149.

base de lançamento é um ser que, devido a essa norma, poderá ter seus direitos reduzidos quanto a sua abrangência real.

Outro tipo de norma que não produzirá todos os efeitos necessários a sua inteira aplicabilidade é a norma de eficácia limitada ou reduzida. Essa norma precisa de uma lei que realmente a torne efetiva, sob pena de o direito ter sido previsto e não ser plenamente exequível. A doutrina encabeçada por José Afonso da Silva as divide em normas de princípio institutivo ou organizativo e normas de princípio programático. As primeiras são aquelas que declaram algo, cabendo à lei efetivar o que a lei consagrou para tornar a norma exequível, como, por exemplo, a estrutura de um órgão ou entidade pública. Já as segundas são aquelas que visam a atender os reclamos da sociedade, e, para que isso seja alcançado, um plano será estabelecido como o direito à educação, nos termos do artigo 205 da Constituição da República.

Não se quer defender que o direito fundamental à educação seja, com base na classificação acima, uma norma esvaziada, pois como enfatizou Diniz⁴⁷ todas as normas constitucionais possuem juridicidade, mas seria uma utopia considerar que todas elas terão a mesma eficácia, pois o grau de eficácia é variável.

A eficácia limitada ou reduzida do direito fundamental à educação não pode ser uma “desculpa” dos entes da federação para não prestarem a educação, pois o caminho para prestação do direito é que será exposto pela lei, sob pena de não termos uma sociedade reformada pela lei, e sim a sociedade reformando a lei, como explicitou Jean Cruet⁴⁸.

1.5 A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO EDUCACIONAL COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL, SOB PENA DE FALTA DE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO

A Constituição da República previu o direito fundamental à educação, sendo esse um serviço considerado genuinamente público, e o dividiu “entre” os Entes da

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena de. **Norma constitucional e seus efeitos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 115.

⁴⁸ CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. São Paulo: Progresso, 1956.

Federação, de acordo com a abrangência de suas competências ou interesses - nacionais, federais, estaduais ou municipais, nos termos do artigo 23, inciso V da Constituição da República.

Essa divisão buscou uma racionalidade instrumental do direito fundamental à educação, para que haja uma transformação social efetiva e eficaz, como bem preconizou Lênio Luzi Streck⁴⁹. Para Carvalho Filho⁵⁰, essa divisão da competência adotada na prestação do serviço educacional quis ratificar a federação como forma de Estado, impondo aos Entes da Federação o dever expresso de educar, pois coube à administração pública direta a função de administrar transcendendo a existência do ente em direção ao ser, como muito bem salientado por Mello⁵¹.

O serviço público educacional deverá suprir necessidades gerais da população, e não atender a interesses privados de forma mediata, sob pena de desvio de finalidade na prestação do serviço público, pois, como bem prelecionou Carvalho Filho⁵², mesmo o regime jurídico privado será derogado na prestação do serviço público para dotar os prestadores do serviço público de prerrogativas e privilégios estatais, colocados à disposição dos Entes que compõem a Administração direta, sob um regime jurídico público.

As prerrogativas e privilégios estatais não serão “dados” aos particulares que atuem na prestação educacional, e sim à administração direta, autárquica ou fundacional pública, em regra.

Para darem plena consecução à prestação educacional, essa deverá ser fiscalizada devido às normas públicas que a estabeleceram como, por exemplo, currículo mínimo e obrigatório apresentando uma nova noção de Estado, que busca valores substantivos, apontando uma mudança do *status quo* da sociedade, mesmo

⁴⁹ O Direito não pode continuar a ser entendido apenas como (mera) racionalidade instrumental. In: STRECK, Lênio Luzi. **Jurisdição Constitucional Hermenêutica**: Uma nova Crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15 -16.

⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 355.

⁵¹ A transcendência da existência é a superação do ente em direção ao ser, na medida em que nela reside a possibilidade e a necessidade de individualização mais radical. MELLO, Cleyson de Moraes. **Hermenêutica e Direito**. São Paulo: Freitas Bastos, 2006, p. 24.

⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 350.

que através da delegação para a prestação do serviço público como já deixou claro Streck⁵³, sob pena de “quebra” do Princípio da Continuidade do Serviço Público .

O princípio da continuidade do serviço público é uma norma de cumprimento obrigatório na prestação do serviço público educacional, por isso a mesma deverá ser prestada de forma contínua e eficiente, buscando a democratização social, fruto das políticas do Welfare State, que trouxeram a democracia no segundo pós-guerra e sua redemocratização nos países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais positivando os direitos fundamentais, como preleciona Lênio Luzi Streck⁵⁴.

Para buscar materializar o direito fundamental à educação, a mesma deverá ser instituída, regulamentada, fiscalizada e executada quando pública pelos Entes da Federação. Para o autor Diógenes Gasparini⁵⁵, esse “caminho” deverá ser trilhado não apenas na prestação educacional, e sim em qualquer espécie ou modalidade de serviço público, sob pena de a inação estatal levar a uma Responsabilidade Civil do Estado.

No Brasil, a instituição do serviço público educacional foi feita pela Constituição da República cabendo a ela estabelecer os diferentes níveis e a quem caberia a dita prestação. Inicialmente a prestação educacional coube à administração direta através das competências estatais, nos termos do artigo 23, inciso V da Constituição da República.

A competência para prestar o serviço educacional é comum aos Entes da Federação, e a lei deverá regulamentá-lo, por isso se diz que coube ao Direito Administrativo a efetividade do serviço educacional, tendo em vista que o direito administrativo é o direito constitucional em ação ou em movimento sempre buscando a eficiência nessa prestação.

Como bem preconiza o autor Alexandre de Moraes⁵⁶, a inclusão do princípio da eficiência na Constituição da República pela Emenda Constitucional 19/98, teve o cunho de seguir o caminho de algumas legislações estrangeiras, pois pretendeu garantir maior qualidade na atividade pública e na prestação dos serviços públicos

⁵³ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional Hermenêutica**: uma nova Crítica do Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 148.

⁵⁴ Ibid., p. 148.

⁵⁵ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 296.

⁵⁶ MORAES, op. cit., p. 331.

para atender os cidadãos, reais detentores do Poder, nos termos do artigo 1º, § único da Magna Carta.

Para Pedro Lenza⁵⁷, o constitucionalismo brasileiro “sofreu” uma grande transformação, pois saímos da Lei do Senhor e dos Hebreus (na Antiguidade) para um constitucionalismo de constituições escritas, e fruto de uma “luta” contra o totalitarismo estatal que passava a atuar, sob fraternidade e solidariedade.

É com base na evolução acima que os Estados fizeram menção em suas constituições não apenas de artigos, e sim de fins e interesses gerais pelos quais os Estados existem e subsistem.

No Estado brasileiro, o totalitarismo constitucional deu lugar a um federalismo participativo ou compartilhado quanto à prestação do serviço educacional, pois passou a buscar um regime de colaboração recíproca entre os Entes da Federação na prestação adequada do serviço público educacional.

No pólo central da prestação educacional, teremos a União, de onde emanarão normas gerais, embora a competência tenha sido difundida para os demais Entes da Federação quanto ao exercício de suas próprias competências recebidas também recebidas pela Constituição da República, além de outras competências que poderão receber como próprias, como preconizou Carlos Jamil Cury⁵⁸, em seu texto “Federalismo político e educacional”.

Essas competências nada mais são do que o “grande” objeto do direito administrativo, que é a prestação do serviço público, sob princípios administrativos.

Para Gasparini⁵⁹, os princípios administrativos são o conjunto de preposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garantem validade, ou seja, são normas de cumprimento obrigatórias para todos os Entes da Federação, independentemente de serem expressos (previstos na Constituição) ou reconhecidos (aceitos pela doutrina e jurisprudência).

Entre os princípios expressos, temos no artigo 37, caput da Constituição da República, os seguintes princípios: o princípio da legalidade; da impessoalidade; da moralidade; da publicidade e da eficiência. Se faz necessário um breve comentário

⁵⁷ LENZA, op. cit., p. 8.

⁵⁸ CURY, C.R.J. Federalismo político e educacional. In: FERREIRA, Naura S.C.; SCHLESNER, A. (Org.). **Políticas públicas e gestão da educação**: polêmicas, fundamentos e análises. Brasília: Líber Livro, 2006

⁵⁹ GASPARINI, op. cit., p. 6.

dos princípios acima referidos pelo grau de importância deles para a prestação do serviço público educacional.

Para respeitar a Constituição da República, o administrador público deverá prestar o serviço público educacional nos termos da lei, ou seja, poderá fazer aquilo que a lei o autoriza de forma expressa, e deverá fazer “aquilo” que a lei determina (princípio da legalidade). Também deverá prestar o serviço público de forma impessoal, não fazendo distinções, exceto nos termos da lei que o regulamentou (princípio da impessoalidade). Outra faceta do princípio da impessoalidade é que o administrador não poderá ser compelido a prestar o serviço público educacional de forma pessoal, devido à generalidade e isonomia.

Outro princípio fundamental é o da moralidade, que consiste na premissa de o administrador não poder enriquecer ilicitamente, ferir outros princípios administrativos ou causar lesão ao erário público, sob pena de improbidade administrativa.

Também é norma de cumprimento obrigatório a publicidade dos atos administrativos, inclusive os vinculados, por exemplo, para incentivar a iniciativa privada na prestação educacional, e, por fim, mas com o mesmo grau de importância, surgiu o princípio da eficiência, que exige uma prestação de serviço público com as características mencionadas por Alexandre de Moraes⁶⁰, são elas: direcionamento de atividade aos necessitados e dos serviços públicos à efetividade do bem comum, imparcialidade, neutralidade, transparência, participação e aproximação dos serviços públicos da população, eficácia, desburocratização e busca da qualidade .

Para ratificar a importância do serviço público prestado, sob princípios administrativos, alguns outros princípios administrativos reconhecidos são fundamentais, tais como: o da finalidade pública, que exige que todas as atuações públicas sejam praticadas para atender aos fins pelos quais os institutos foram criados, que é atender ao bem comum, e não para atender a interesses diversos ou individuais. Outro princípio reconhecido, que é nosso objeto de estudo, é o princípio da continuidade do serviço público.

⁶⁰ MORAES, op. cit., p. 331.

O princípio da continuidade do serviço público está fundamentado no artigo 6º, § 3º da Lei nº. 8987/95, embora, para Carvalho Filho⁶¹, esse princípio também possa ser exigido da Administração Pública pela vedação ao direito de greve dos servidores públicos como regra, exceto nos termos da lei específica que a regulamentará (artigo 37, inciso VII da Constituição da República).

Para Carvalho Filho⁶², a lei específica tornará a greve dos servidores públicos uma greve legal, e não abusiva, para evitar a descontinuidade dos serviços públicos, principalmente os serviços públicos essenciais, como a educação pública⁶³. O artigo 6º, § 3º da Lei 8987/95 assim determina, que o prestador de serviço público cumpra esse dever de forma adequada e contínua, sob pena de extinção da delegação concedida:

Art. 6º- Toda prestação de serviço público deverá ocorrer de forma adequada para dar pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Com base no artigo acima, fica claro que serviço público essencial - a educação pública materializa um direito que não poderá sofrer interrupção, embora o serviço público educacional privado possa ser interrompido pela falta do pagamento pelos serviços prestados. Todavia cumpre lembrar que direito, sem adentrarmos em questões ontológicas, é direito em si, qualquer que seja sua natureza, sendo esse composto por quatro elementos: sujeito, objeto, relação e coação e, ao retirar um desses elementos, não se poderia falar em existência de direitos, por isso até a flexibilização desse direito não poderá gerar um prejuízo ao desenvolvimento do indivíduo, sob pena de Responsabilidade Civil, que poderá ser imputada ao Ente da Federação (serviços essenciais) ou às pessoas administrativas ou contratados para

⁶¹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 37.

⁶² Ibid., p. 37.

⁶³ Ibid., p. 695.

prestarem os serviços públicos (utilidade pública - serviços delegados) é o que nos alerta Picard⁶⁴. Os prestadores do serviço público na seara educacional, inclusive os Entes da Federação, deverão respeitar o princípio da continuidade do serviço público sob duas vertentes, são elas: a que exige a prestação do serviço essencial ou de utilidade pública, de forma contínua sob fiscalização concomitante, e possibilidade de reassumi-lo a qualquer tempo para que a coletividade não “sofra” pela falta do serviço público, previsto no ordenamento constitucional.

Para os que receberam por delegação (legal ou negocial) o dever de prestar o serviço público educacional, a interrupção desmotivada é vedada, como já explicitado acima, e caso a interrupção desmotivada aconteça, o prestador do serviço educacional responderá pela inexecução ao usuário e a Administração Pública, nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição da República ou com base no código de defesa do consumidor.

Cumprе esclarecer que nenhum princípio é absoluto, por isso a Lei nº. 8987/95 previu algumas possibilidades de interrupções motivadas que não gerarão sanções pela inexecução aos delegatários do serviço público - desde que haja aviso prévio para que se possa evitar a surpresa e o prejuízo do consumidor ou usuário do serviço público, são elas: razões técnicas, que sejam necessárias ao aperfeiçoamento do serviço público prestado e pelo inadimplemento dos usuários - não pagamento da tarifa, que é forma de custeio pela prestação do serviço público como já transcrito acima.

No que tange à educação pública, não é possível a interrupção pelo inadimplemento, pois a mesma não dependerá do pagamento de tarifas ou mensalidades, tendo em vista que será custeada por dinheiro público desvinculado – impostos.

Fora as hipóteses legais, a interrupção do serviço público acarretará Responsabilidade Civil, como já dito, que será imputada ao prestador do serviço público que deu causa a interrupção.

No que se refere à Responsabilidade civil, as instâncias julgadoras - administrativas, civis e até criminais são autônomas e independentes, em regra, por

⁶⁴ PICARD, Edmond. **O direito puro**. Salvador: Progresso, 1951, p. 81-82.

isso a descontinuidade que cause prejuízo poderá levar à obtenção de uma indenização pelo dano causado ao usuário ou ao consumidor do serviço público.

Cumprе lembrar que a Responsabilidade Civil passou por uma evolução, saindo de uma Teoria da Irresponsabilidade (o Estado não causa danos ou males) para uma Teoria da Responsabilidade com Culpa (a vítima deveria provar a culpa estatal). Na prestação do serviço público, surgiu um desdobramento da Teoria fundamentada na culpa, que é a Teoria pela Falta do Serviço, ou Culpa Administrativa ou Culpa Anônima (quando o serviço público não for eficiente, chegar atrasado ou não for prestado).

Não se poderia esquecer de que a Responsabilidade Objetiva ou pelo Risco Administrativo, nos termos do artigo 37, § 6º da Constituição da República, também poderá ser imputada aos Entes da Federação e aos prestadores de serviços públicos, desde que na ação fique constatado o fato, o nexo e dano causado pela prestação do serviço público.

Pela descrição acima, o ordenamento jurídico brasileiro imputa como responsáveis pelos atos comissivos ou omissivos, que causem danos a terceiros ou aos consumidores, a Responsabilidade Civil de forma imediata.

O Ente da Federação, que através da Constituição da República recebeu o dever de prestar o serviço público educacional, como enfatiza Carvalho Filho⁶⁵ (2010), em eventual demanda indenizatória, em face do prestador do serviço público, não responderá quando a prestação foi delegada, pois a mesma deve ser dirigida em face exclusivamente ao causador do dano, sendo a Administração Pública Direta parte ilegítima *ad causam* na referida ação pela delegação concedida, exceto se pela falta de fiscalização.

Pelo exposto, a prestação do serviço público educacional é um dever estatal, devido à própria natureza jurídica das competências constitucionais – serviço público.

Não sendo possível a delegação da prestação de serviço educacional público por ser considerado serviço essencial, embora a prestação educacional possa ser delegada quando de utilidade pública no nosso Estado que é Mínimo ou regulador.

⁶⁵ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 533.

Os prestadores do serviço público educacional que não forem considerados eficientes também responderão, nos termos do artigo 37, §6º da Constituição da República ou do Código Civil, pelos os atos comissivos ou omissivos que causem descontinuidade ou falta de eficiência no serviço público educacional, exceto nas hipóteses legais com aviso prévio usuários do serviço público educacional.

1.6 A JUSFUNDAMENTALIDADE E A VISÃO DO STF RATIFICANDO A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos sociais são direitos fundamentais, e decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, como nos esclarece Sarlet ao dizer que a nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado⁶⁶.

O princípio da dignidade da pessoa humana como fonte dos direitos sociais fundamentais possui normas que visam a sua concretização ou efetivação, o que se convencionou chamar de garantias de caráter institucional⁶⁷, e por isso, deverão ser cumpridos nos Estados Democráticos de Direito, buscando uma igualdade “real” dentro da sociedade. Esse dever de cumprimento obrigatório dos direitos fundamentais sociais entre nós é bem maior, pois, no Brasil, o poder constituinte originário consagrou os direitos sociais como direitos com eficácia vinculante, sob pena de ação judicial que os exigirão dos Estados Estatais⁶⁸.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006, p. 56-57.

⁶⁷ PIROTH e SCHLINK, Grundrechte – Staatsrech II. In: MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Editora Celso Bastos, 2009, p. 59.

⁶⁸ MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Editora Celso Bastos, 2009, pg. 46.

Os direitos sociais, sob o seu aspecto material, são verdadeiras prestações positivas Estatais, como bem alerta Bonavides⁶⁹ ao dizer que os direitos sociais passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram sua eficácia duvidosa em virtude de sua própria natureza de direitos, passando a exigir do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de recursos.

Cumprе esclarecer que essa normatividade e aplicabilidade obrigatória dos direitos sociais fundamentais ocorreu após o século XX, devido à Revolução Industrial que subjugou os trabalhadores a condições não humanas de trabalho. E seu marco mundial foi a Declaração Mundial dos Direitos Humanos, trazendo diretrizes, deveres e tarefas que deveriam ser cumpridas pelo Estado.

Silva⁷⁰ entende que os direitos sociais são direitos fundamentais do homem ou prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Não se pode negar que o mínimo existencial guarda relação com os direitos sociais, embora a função deles vá além de propiciar o mínimo existencial “dentro” de uma sociedade específica, pois os mesmos guardam relação com os direitos humanos, ratificando sua fundamentalidade, ampliando o dever de efetivação e prestação dos direitos fundamentais, devido a sua dupla dimensão, conforme alerta Marmelstein⁷¹, a subjetiva e a objetiva. De um lado, os direitos fundamentais, na sua dimensão subjetiva, funcionariam como fonte de direitos subjetivos, gerando para os seus titulares uma pretensão individual de buscar a sua realização através do Poder Judiciário. De outro lado, em sua dimensão objetiva, esses direitos funcionariam como um “sistema de valores”, capazes de legitimar todo o ordenamento, exigindo que toda a interpretação jurídica leve em consideração a força axiológica que deles decorre.

Na Constituição da República, os direitos sociais são direitos fundamentais enumerados no título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Para que a

⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 564.

⁷⁰ SILVA, 2006, op. cit., p. 286.

⁷¹ MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 282.

efetivação seja alcançada, alguns obstáculos apresentados por Moraes⁷² deverão ser vencidos, ainda que em certos aspectos sua relevância seja relativa, ou mesmo uma desculpa estatal para não serem efetivados e disponibilizados a todos na sociedade brasileira, são eles: o conteúdo indeterminado das normas veiculadoras desses direitos, pois em algumas delas as mesmas são programáticas; a chamada “reserva do possível”, quanto à disponibilidade de recursos orçamentários do Estado que é escasso para suprir todas as necessidades estatais; e a falta de legitimidade democrática do Judiciário para concretização de políticas públicas, tendo em vista que, em regra, essas cabem aos demais poderes.

Independentemente desses obstáculos ou desculpas estatais apresentados, os direitos sociais deverão ser efetivados de forma imediata, como esclarece Sarlet⁷³, devido a uma superior hierarquia deles em relação às demais normas do ordenamento jurídico; a submissão aos limites formais e materiais de revisão e emenda constitucional, previstos no artigo 60 da Constituição da República; e em virtude do disposto no parágrafo primeiro do art. 5º, aplicabilidade imediata e vinculação a todos os poderes públicos.

Com base na constatação acima quanto à natureza jurídica dos direitos sociais, verdadeiros direitos fundamentais, os Estados, inclusive o Estado Brasileiro, não poderão deixar de prestá-los, sob pena de descumprir os compromissos das constituições contemporâneas com o Estado Democrático de Direito, o que, segundo Silva⁷⁴, aconteceria pela alegação de “desculpas” Estatais ou obstáculos para não prestarem os serviços públicos, como por exemplo, a alegação de direitos não específicos, o que não “vinga”, pois a Constituição da República de 1988, para o autor, foi mais incisiva no conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos uma existência digna.

⁷² MORAES, Daniela Pinto Holtz. Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701>. Acesso em: 15 dez 2012.

⁷³ SARLET, op.cit., p. 86-87.

⁷⁴ SILVA, 2004, op. cit., p. 140.

Segundo Siches⁷⁵, na prática, alguns direitos sociais instituídos pela Constituição da República - artigos 6º ao 11 - são propósitos concebido de forma real.

A falta de eficácia dos direitos sociais, chamada também de insinceridade normativa por Barroso⁷⁶, ocorre devido à deficiência do texto, da manifesta ausência de condições ou da impossibilidade de juridicização do bem ou do interesse de tutelar, o que deverá ser vencido pelos Poderes Estatais, por ser a Constituição brasileira uma Constituição normativa, não apenas válida e vigente, na sua roupagem formal, mas real e efetiva com normas imperativas aptas à realização prática.

Para que se exija o cumprimento dos direitos sociais fundamentais como normas comprometidas com a realidade social, e portanto de aplicação coativa, entende Barroso⁷⁷ que o Poder Judiciário tem o dever de exigir do Estado seu cumprimento, devido à obrigação de fazer. Esse dever de fazer poderá ser vislumbrado quanto à educação, pois se poderia condenar o Estado a uma obrigação de fazer de forma direta ou indireta, como por exemplo, custear o estudo do indivíduo menor de idade em escola privada existente na área ou também o que exige uma educação com atendimento especializado aos portadores de deficiência.

O próprio Poder Judiciário dentro do Estado Democrático de Direito tem um papel fundamental, pois cabe ao mesmo ser guardião da Constituição e das leis.

Para cumprir sua função, o Poder Judiciário possui independência em várias decisões, e por isso tem se posicionado no sentido de exigir do Estado o cumprimento dos direitos fundamentais sociais através de sua função jurisdicional, até sob pena de multa ou cominação diária.

Observem alguns exemplos em decisões judiciais que ratificam esse “guardar” da Constituição da República - quanto à efetividade dos direitos fundamentais sociais, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, são eles:

⁷⁵ SICHES, Luiz Recaséns. **Filosofia de la interpretación de la derecho**. 1980, p.270.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de sua normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 59 - 65.

⁷⁷ Ibid., p. 145-146.

Ação direta de inconstitucionalidade por omissão em relação ao disposto nos arts. 6º; 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. 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. Ausência de omissão por parte do chefe do Poder Executivo federal em razão do elevado número de programas governamentais para a área de educação. A edição da Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) e da Lei 10.172/2001 (Aprova o Plano Nacional de Educação) demonstra atuação do Poder Público dando cumprimento à Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente⁷⁸.

Nessa decisão, o Supremo Tribunal Federal vislumbrou o cumprimento da Constituição da República, devido à regulamentação da mesma com a aprovação de leis que estabelecem “caminhos” através dos quais a educação efetiva será prestada, sem adentrar no mérito administrativo nesse caso.

Em conclusão, o Plenário, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, pelo Partido Democratas e pela Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social contra a MP 213/2004, convertida na Lei 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos (PROUNI), regulou a atuação de entidades de assistência social no ensino superior, e deu outras providências – v. Informativo 500. O programa instituído pela norma adversada concedera bolsas de estudos em universidades privadas a alunos que cursaram o ensino médio completo em escolas públicas ou em particulares, como bolsistas integrais, cuja renda familiar fosse de pequena monta, com quotas para negros, pardos, indígenas e àqueles com necessidades especiais. [...] No mérito, asseverou-se que a norma adversada erigira a educação à condição de direito social, dever do Estado e uma de suas políticas públicas prioritárias. [...] Rechaçaram-se, de igual modo, as alegações de afronta aos princípios da igualdade, da isonomia, da não discriminação e do devido processo legal ao argumento de que não se afiguraria legítimo, no ordenamento, que vagas no ensino superior fossem reservadas com base na condição socioeconômica do aluno ou em critério racial ou de suas condições especiais. Salientou-se que a igualdade seria valor que teria, no combate aos fatores de desigualdade, o seu modo próprio de realização. Além disso, a

⁷⁸ ADI 1.698, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 25-2-2010, Plenário, DJE de 16-4-2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=136>>. Acesso em: 15 Dez 2012.

distinção em favor dos estudantes que tivessem cursado o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas contemplados com bolsa integral constituiria discriminação a compensar anterior e factual inferioridade⁷⁹.

Nesse caso específico, é possível vermos o cumprimento do princípio da igualdade, porque a educação é um direito social, um dever do Estado, e o PROUNI é um dos meios através dos quais os menos afortunados poderão ter acesso ao ensino superior.

Modulação dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da cobrança da taxa de matrícula nas universidades públicas a partir da edição da Súmula Vinculante 12, ressalvado o direito daqueles que já haviam ajuizado ações com o mesmo objeto jurídico⁸⁰.

No mesmo sentido: RE 563.386-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 14-6-2011, Primeira Turma, DJE de 1º-7-2011⁸¹.

Fica demonstrado que se admitir a cobrança de matrícula em instituição pública afronta um preceito de cumprimento obrigatório que é a súmula vinculante, o que não é possível à cobrança, pois a súmula é um dos meios através dos quais a Constituição da República será cumprida de forma eficiente, inclusive no que tange ao término do processo administrativo e judicial em prazo razoável (artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição da República).

A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da administração importa afronta à Constituição⁸².

No mesmo sentido: AI 658.491-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 20-3-2012, Primeira Turma, DJE de 7-5-2012⁸³.

⁷⁹ ADI 3.330, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 3-5-2012, Plenário, Informativo 664. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp>>. Acesso em: 15 dez 2012.

⁸⁰ RE 500.171-ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 16-3-2011, Primeira Turma, DJE de 3-6-2011, com repercussão geral.

⁸¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp>>. Acesso em: 16 Dez 2012..

⁸² RE 594.018-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 23-6-2009, Segunda Turma, DJE de 7-8-2009.

⁸³ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp>>. Acesso em: 16 Dez 2012.

Nessa decisão, vislumbra-se a importância mencionada por Luís Roberto Barroso, ao dizer que o movimento pela efetividade das normas constitucionais exsurgiu trazendo três mudanças de paradigmas, são eles: normatividade plena à Constituição – fontes de direitos e obrigações, o objeto do direito constitucional ser considerado como próprio e autônomo e a ascensão do Poder Judiciário a um papel mais destacado na concretização dos valores e direitos constitucionais⁸⁴.

Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos, está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal⁸⁵.

Para Claude⁸⁶, a educação é um direito de múltiplas faces – social, econômico e cultural, devendo está ser exigida pelos Órgãos do Ministério Público na busca de se dar igualdade e de acesso a todos. Como bem disse Schäfer⁸⁷, o princípio da igualdade ou da isonomia constitui “a fonte primária legitimadora das restrições aos direitos fundamentais”.

⁸⁴ BARROSO, op. cit., 355 - 365.

⁸⁵ RE 163.231, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 26-2-1997, Plenário, DJ de 29-6-2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp>>. Acesso em: 17 Dez 2012.

⁸⁶ CLAUDE, Richard Pierre. Direito à educação e educação para direitos humanos. SUR: **Revista Internacional de Direitos Humanos**. Ano 2, n. 2, 2005 p. 37-63. São Paulo: Rede Universitária de Direitos Humanos. 2005, p. 67.

⁸⁷ SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

2 OS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS COMO NORMAS DE CUMPRIMENTO OBRIGATÓRIO

Os princípios universais, como já dito, são normas de cumprimento obrigatório e deverão ser observados pelo Estado e pelos cidadãos em suas relações para evitar um desacordo que leve a uma falta de estabilidade social, o que se pode considerar uma evolução do Direito Contemporâneo como esclarece Cattoni⁸⁸ ao vislumbrar que os princípios da justiça, se aplicados à estrutura da sociedade, estabelecerão uma legislação justa que deverá ser aplicada nas relações citadas.

Essa revolução tornou a sociedade uma sociedade democrático-liberal, e a lei deixou de expressar a vontade geral, devido a própria insuficiência dela, o que abriu ainda mais espaço para os princípios universais, pois o direito moderno ultrapassa a perspectiva funcional-sistêmica e possibilita o “uso” dos princípios universais na pluralidade das eticidades substantivas das organizações políticas concretas de tal modo que os destinatários das normas podem se reconhecer como coautores das mesmas, nos termos do citado autor acima mencionado⁸⁹.

Os princípios da legalidade e da igualdade passaram a legitimar as leis que, de início, deveriam cuidar exaustivamente deles. Em todos os casos, as normatividades dos princípios já referidos passaram a derivar da lei passando a ser a razão normativa dessa, e isso deve ocorrer, pois a visão Hegeliana de Estado encontra-se ultrapassada. O Estado não é somente o policial e distribuidor de impostos, e sim cooperador essencial das atividades como um todo na sociedade, inclusiva nas relações privadas⁹⁰.

Esse predomínio da lei se tornou mais forte a partir de alguns movimentos de codificação, por exemplo, o Francês em 1804, criando um verdadeiro “fetichismo da lei”, fazendo nascer um realismo ingênuo. Segundo essa teoria, o Direito deveria ser entendido como um catálogo abstrato de situações jurídicas contempladas em lei de

⁸⁸ CATTONI, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 129.

⁸⁹ Ibid., p. 221.

⁹⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Almedina: Coimbra, 2006, p. 323.

maneira justaposta, sob a intenção do legislador, o que não se poderá aceitar hoje, como nos diz Marcelo Cattoni⁹¹, as sociedades atuais são marcadas de um pluralismo de formas de vida e de visões de mundo muito diferentes, tornando o direito um referencial normativo, ou padrão para estabilizar as expectativas de comportamento temporal e social.

Continuar entendendo o Direito como um catálogo de situações contempladas em lei o levará a uma falta de completude, o que implicará em uma lacuna evidenciada, como conclui Cossio⁹², toda essa questão girará em torno da identidade que se apregoa entre a lei e a vontade do legislador.

Para nos explicar o que seria essa incompletude do direito, vale o texto já mencionado de Chamon Junior⁹³ nos que diz que o direito será incompleto pela falta de compreensão deste, como um conjunto de princípios e juízos coerentes, em face dos casos concretos que deveriam estabelecer uma medida de iguais liberdades subjetivas na maior medida possível para seus concidadãos.

Para tentarmos, desse modo, acabar com essa incompletude do direito, algumas saídas argumentativas foram “usadas” pelos intérpretes do Direito, tais como o raciocínio analógico e a vontade do legislador.

A analogia visava à comparação entre casos semelhante para tentar dirimir conflitos, e isso só era possível caso não houvesse norma expressa capaz de regulá-los, o que demonstrava uma deficiência do Direito Positivo ou, como também foi de princípios gerais do direito. Esses princípios gerais de direito poderiam ser aplicados a partir de normas jurídicas para promover um uso geral das mesmas, como se todos os casos semelhantes fossem iguais e que, por serem muito iguais ou muito similares entre si receberiam um tratado igualitário por analogia.

Esse tratamento igualitário não levava em consideração o que está “dentro” das normas convencionalmente firmadas, além de não buscarem resolver os casos de acordo com as suas especificidades, o que nos afastaria do direito mais moderno

⁹¹ CATTONI, op.cit.,p. 220

⁹² COSSIO, Carlos. La plenitude del ordenamento jurídico, p. 21. In: CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica**. Constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno. 2 ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁹³ CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica**. Constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno. 2 ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 11.

nos dizeres de Caio Mário⁹⁴, pois a visão preconizada pelos juristas na escola da exegética, ou dos intérpretes do Código Civil consolidaram a ideia de que a hermenêutica deve consistir na explicação da lei escrita, subordinando sua técnica interpretativa à regra de que não pode haver direito fora da lei, o que não prevalece no direito moderno, como já explicitado.

A relação jurídica formada, embora possa guardar semelhança com outra relação jurídica, possui as suas próprias e que deverão ser consideradas na solução do conflito de interesse, sob pena de não atendermos ao direito moderno por ainda aceitarmos um direito formado por regras e, por isso, incapaz de perceber a dimensão principiológica, que busca gerar de forma fundamental um direito mais legítimo, que será aplicado na prática jurídica como um todo, o que é bem perigoso, com bem alerta João Batista Machado essa visão positivista é perigosa, pois como levantava Hans Kelsen⁹⁵, o problema da pureza metodológica é reflexo direto da posição assumida por Kelsen em sua discussão sobre ausência de juízos de valor nas ciências sociais, o que foi vivido na Alemanha nos primeiros anos do século, o que é inaceitável sob o direito moderno que exige a democracia para um Estado ser um Estado de Direito. O próprio autor ainda sustenta que a norma fundamental não é a norma jurídica positiva ou posta, e sim a norma pressuposta e funcional para seus respectivos ambientes, e só assim chegaríamos a uma justiça da liberdade, da democracia: em suma, a justiça da tolerância.

A justiça da tolerância, dessa forma exige um processo justo, o que só será possível se o mesmo resolver o caso concreto, aplicando as normas jurídicas principiológicas, sob direitos mínimos e existenciais ou fundamentais. Segundo Caio Mário⁹⁶ o que se busca em um Estado de Direito é a resolução dos casos concretos com base em uma releitura das leis, ou seja, as regras incorporadas ao patrimônio cultural e jurídico da nação serão consideradas mais relevantes quando forem reinterpretadas com base nos direitos fundamentais.

⁹⁴ PEREIRA, op. cit., p. 197.

⁹⁵ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. p. X, XIX, XX XXX e XXXI – apud na parte final a Mateus XVIII, 4, XIX, 30, 16 e 26. Justiça e direito. Tradução de João Baptista Machado. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁹⁶ PEREIRA, op. cit., p.74-75.

Ao aplicarmos os princípios como normas de cumprimento obrigatório, estaremos superando os problemas das lacunas e chegando a um Direito mais lógico e coerente que aplica a norma harmonicamente integrada ao todo, como anota Canotilho⁹⁷, o efeito integrador arranca a conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras.

Outra saída argumentativa utilizada pelo convencionalismo foi buscar a vontade do legislador para explicar algo que não era referido no texto, embora estivesse na mente do legislador, o que é por demais difícil, pois o poder legislativo apresentando os cidadãos é composto de pessoas muito diferentes que, por vezes, promulgam leis que não emanaram de uma vontade real de todos ali presentes, e sim de alguns que apresentam uma minoria, embora quando as leis começarem a vigor, devam ser consideradas como de uma vontade da nação, do Estado ou até do Município, pois como salienta Ferreira Filho⁹⁸, o Estado de Direito é um Estado constitucional, e nele os cidadãos devem ser ao mesmo tempo destinatários e autores da norma jurídica, sendo-lhes garantida a participação no processo de criação das normas.

Tanto o uso da analogia como da busca da vontade do legislador pela escola da exegese decorreram de um convencionalismo que gerou um déficit, pois eles não foram capazes de fornecer uma compreensão normativa adequada do problema sob a óptica da legitimidade e da aplicação do Direito como afirma Chamon⁹⁹. O autor, ainda, diz que somente uma adequada Teoria Argumentativa Jurídica, orientada à realização e à efetivação dos princípios do Estado Democrático de Direito, bem como dos direitos fundamentais, é capaz de fornecer elementos sustentáveis na superação dos percalços que uma teoria das fontes coloca na práxis jurídica.

Pelo exposto, a falta de uma norma expressa que pudesse ser aplicada a certo caso concreto não evidencia lacuna ou a necessidade de buscarmos saber a vontade do legislador, porque a falta de norma expressa tão somente evidencia a necessidade de interpretarmos o direito como um conjunto de normas não reconduzidas a um ato subjetivo de vontade, e sim à exigência de uma

⁹⁷ CANOTILHO, op.cit., p. 227.

⁹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3..

⁹⁹ CHAMON JUNIOR, op. cit., p. 5.

reinterpretação lógica e funcional com base em valores e padrões principiológicos, sob pena de não termos um real sistema-normativo racional e legítimo, que exige uma coerência normativa, e somente pode ser adequadamente enfrentado quando fizermos uma interpretação jurídica que leve em consideração o sentido normativo genuíno, através de uma releitura do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REFERENTES AO DEVER DE EDUCAR

O caráter do homem democrático é também fruto da educação como afirma Araújo¹⁰⁰, por isso o direito fundamental acima guarda tanta importância em um Estado Democrático.

Já se sabe que não basta a prestação educacional para que o caráter do homem democrático seja desenvolvido de forma plena, pois somente a efetivação da mesma como um direito fundamental terá o condão de fazer gerar um homem que viva sob a lei e em igualdade de condições com seus pares e com o próprio Estado em suas relações, para que a educação produza os fins pelos quais a mesma existe.

Assim, esse direito fundamental prestacional deverá ser lido com base nos princípios que o regem, pois o direito moderno assim aplica a norma aos casos concretos na prática jurídica. O Brasil, buscando esse homem democrático, fez um retrato da educação muito ambicioso como ressalta Luiz Antônio Cunha¹⁰¹, principalmente se pensarmos nos princípios que a regerá.

Para bem entendermos os princípios preconizados na Constituição da República de 1988, é de bom alvitre levantar que alguns deles já constavam no ordenamento constitucional anterior, embora a maioria seja uma inovação como nos salienta Gleuso Damasceno Duarte¹⁰².

¹⁰⁰ ARAÚJO, op. cit., p. 357.

¹⁰¹ CUNHA, Luiz Antônio. **Educação, Estado e Democracia no Brasil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Universidade Fluminense, 2001, p. 14.

¹⁰² DUARTE, Gleuso Damasceno. **A constituição explicada ao cidadão e ao estudante**. 10 ed. São Paulo: Editora Lê, 1995, p. 214.

Esses são os princípios estão dispostos no artigo 206 da Constituição da República, e são os seguintes:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola – a manutenção da educação pública foi um dos caminhos buscados para dar acesso a todos à educação nos órgãos oficiais, o que, segundo a autora Maria Francisca Pinheiro¹⁰³, representou, sem dúvida, um dos maiores ganhos da Constituição brasileira;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber – a liberdade deve fazer parte da educação, tendo em vista que a mesma desenvolve a qualidade de vida dos cidadãos em sociedade de forma a respeitar a liberdade e o desenvolvimento pessoal, pois a pesquisa é um dos fatores determinantes na busca do conhecimento em profundidade¹⁰⁴;

III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino – essas concepções pedagógicas envolvem a gestão da educação que, quanto à eficácia, deverá respeitar o pluralismo de ideias nas diferentes instituições públicas e privadas no Brasil, atingindo metas e resultados Benno Sander¹⁰⁵;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais – embora a gratuidade tenha sido um grande avanço no ordenamento constitucional brasileiro esse princípio foi uma vitória da subcomissão de educação, cultura e esportes que fez com que o este permanecesse inalterado e não do plenário da constituinte é o que garante Pinheiro¹⁰⁶;

V - valorização dos profissionais do ensino, garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União - aqui se buscava qualificar o profissional da educação, exigindo desse uma cultura mínima e, ao mesmo tempo, implementando planos de carreira e piso salarial, como afirma ainda não ter ocorrido

¹⁰³ PINHEIRO, Maria Francisca. **A educação nas constituições brasileiras**. 3 ed. São Paulo: Autores Associados, 2005, p.282.

¹⁰⁴ MASCARO. **A administração escolar na América Latina**. Bahia: ANPAE, 1968, p. 18.

¹⁰⁵ SANDER, Beno. **Administração da Educação no Brasil: genealogia do conhecimento**. Brasília: Liber livro, 2007, p. 78.

¹⁰⁶ PINHEIRO, op. cit., p. 282.

de forma efetiva o autor Ivan Valente¹⁰⁷. A lei quanto ao plano de carreira para os profissionais do ensino foi editada em 1996, recebendo o número 9394/96, embora a mesma não venha sendo cumprida na íntegra, pois os gastos que deveriam ser feitos para o cumprimento desse princípio não são observados, mostrando o grau de descomprometimento da soberania estatal, como também nos alerta Ivan Valente¹⁰⁸;

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei – a gestão democrática é fundamental para manter as especificidades do local, desde que respeitem os currículos mínimos obrigatórios impostos pelo MEC. Essa gestão subsiste, então, sob uma regulação social, visando ao preparo para o trabalho e à condição permanente neste, dando aos cidadãos uma condição de vida digna¹⁰⁹;

VII - garantia de padrão de qualidade – a qualidade buscada na educação começa na qualificação do professor, pois a desqualificação e a desvalorização sofridas pelos professores têm provocado mudanças no professor, gerando uma perda da sua autonomia e maiores expectativas com a profissão. Não se pode também deixar de mencionar que soluções em parceria com o setor privado ou organizações não governamentais poderão ajudar a ampliar essa garantia de qualificação, pois o Estado não é capaz de dar pleno cumprimento a todos os deveres estatais, sejam esses mínimos ou máximos, sob fiscalização¹¹⁰;

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal - como já dito, esse pisos precisa ser tornados uma realidade para que possamos atender ao princípio da dignidade do professor como profissional da educação, sob pena de desrespeito e desprezo pela vida humana em sociedade, como muito bem enfatiza Cleber Francisco Alves¹¹¹.

Todos os princípios precisam ser cumpridos pelos Entes da Federação, pois só assim a educação será prestada de forma efetiva, não devendo os prepostos que

¹⁰⁷ VALENTE, Ivan. **Plano Nacional de Educação**. Rio de Janeiro: DP&A, 2001, p. 33.

¹⁰⁸ Ibid., p. 36.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Dalla Andrade. **Regulação da políticas educacionais na América Latina e suas consequências para os trabalhadores docentes**. Educ. Soc. Campinas, vol 26, n. 92., p. 753-775, Especial- out. 2005. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br>>. Acesso em: 23 set 2012.

¹¹⁰ Ibid, p. 38.

¹¹¹ ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 166.

os apresentam “abrir mão” dos princípios e nem de novos métodos de qualidade estatal na gestão do direito fundamental a educação, como defende Benno Sander¹¹².

2.2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SUA RELAÇÃO COM O DEVER DE EDUCAR

A Constituição da República erigiu o princípio da dignidade da pessoa humana ao status de princípio fundamento da República Federativa do Brasil com o fim de passar a considerar a dignidade da pessoa humana como um norte a ser alcançado em todas as ações estatais, inclusive na prestação do serviço educacional.

Com base no princípio da dignidade da pessoa humana, as ações estatais devem atender de forma mediata ao interesse público, e de forma imediata as pessoas que vivem em sociedade, buscando levá-las a uma situação de igualdade formal e material em sociedade, pois só assim seria possível o suprimento de todas as necessidades básicas dos indivíduos que passarão a viver em equilíbrio nas relações que serão desenvolvidas em sociedade em dignidade. Cumpre lembrar que as competências estatais são deveres de agir com eficiência, sob pena de desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana surgiu na história da humanidade a partir do momento que o homem passou a ser considerado pessoa, como já dissemos em outro momento, e agora passa a ser ratificado por Doig Klingen¹¹³ ao vislumbrar na Antiguidade os primeiros esforços sociais de organização em favor do homem.

Esses primeiros esforços sociais buscaram através dessa organização social tornar a sociedade um ambiente mais propício ao homem com maiores condições de

¹¹² SANDER, op. cit., 68.

¹¹³ DOIG KLINGEN. Germán. **Direitos Humanos e ensinamento social da Igreja**. São Paulo: Loyola, 1994, p. 38.

vida, o que por consequência fez com que o homem passasse a viver mais e melhor.

Cumpra salientar que o Cristianismo solidificou ainda mais esse entendimento - de homem como pessoa e sujeito de direitos e obrigações, como nos diz o jesuíta Henrique Cláudio Lima Vaz¹¹⁴. O autor ao afirma que o tema dignidade da pessoa humana encontra pensamento na doutrina cristã como seu marco fundamental, pois ela defendeu a pessoa humana dizendo que essa teria direito ao mínimo existencial.

Na defesa desse mínimo e existencial para toda pessoa humana, a Igreja passou a buscar a visão de igualdade citada, pois o homem como ser social não poderia ser desconsiderado ou assemelhado a coisa, sob pena de o Estado perder sua razão de ser, porque o homem não pode ser manipulado como instrumento, coisa ou mera força de trabalho, já que ele é o fim, como defende José Miguel Ibañes Langlois¹¹⁵.

Com base na verdade acima, e sendo o homem o fim das atuações estatais a ideia de Estado de direito nos países democráticos foi consolidada. O ordenamento constitucional brasileiro de 1988 não poderia ficar de fora desse avanço e reforçou essa ideia ao incluir - princípios fundamentais e estruturais para toda a sociedade brasileira, buscando desenvolver nela o que poderíamos conceituar de um Estado amigo, como bem definido por Lenio Luiz Streck¹¹⁶.

Devemos ressaltar que princípios são alicerces, normas de cumprimento obrigatório ou mandamento nuclear do sistema, e o não cumprimento deles poderá

¹¹⁴ VAZ, Henrique Cláudio Lima. Pessoa e sociedade: o ensinamento de João XXIII. In: **escritos de filosofia**. São Paulo: Loyola, 1986, p. 103.

¹¹⁵ LANGLOIS, José Miguel Ibañes. **Doutrina Social da Igreja**. Lisboa: Rei dos Livros, 1990, p. 87.

¹¹⁶ Quando se fala em termos uma democracia plena, idealizamos que o Estado Democrático de Direito tem como princípios a constitucionalidade, entendida como vinculação deste Estado a uma Constituição, concebida como instrumento básico de garantia jurídica; a organização democrática da sociedade; um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, de modo a assegurar ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, bem como proporcionar a existência de um Estado amigo, apto a respeitar a dignidade da pessoa humana, empenhado na defesa e garantia da liberdade, da justiça e solidariedade; a justiça social como mecanismo corretivo das desigualdades; a igualdade, que além de uma concepção formal, denota-se como articulação de uma sociedade justa; a divisão de funções do Estado a órgãos especializados para seu desempenho; a legalidade imposta como medida de Direito, perfazendo-se como meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo de normas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; a segurança e correção jurídicas. STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria do Estado**. 5 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 98-99.

levar à anulação de atuações estatais, conforme nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹⁷.

A dignidade como princípio fundante, não poderá deixar de ser observado pelo Estado na prestação educacional, pois o mesmo surge como um dever ser, valor ou meta a ser atingida por esse, como alerta Cleber Francisco Alves¹¹⁸.

E a prestação educacional só atende ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana quando promove no cidadão um ampliar de suas possibilidades em sociedade com o desenvolvimento do seu intelecto e discernimento gerando nele uma dignificação visível a seus pares, sob pena de afronta ao princípio acima referido pelo não atingimento dos fins pelos quais o Estado de Direito existe, segundo as palavras de Cademartori¹¹⁹.

Assim, a evolução do princípio da dignidade da pessoa humana no direito constitucional brasileiro passou a ter um caráter supralegal, mediante estabelecimento de uma principiologia com eficácia normativa e dirigente sobre os diversos microssistemas jurídicos situados na esfera infraconstitucional, que teve início na Constituição de 1824, sendo materializado pela Constituição de 1934, cobrando do Estado na ordem econômica uma existência digna para todos, segundo o entendimento de Alves¹²⁰.

Com base no que já foi exposto, o direito constitucional brasileiro, embora influenciado por outros ordenamentos constitucionais abertos, previu o princípio da dignidade da pessoa humana em vários dos seus dispositivos, inclusive na

¹¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 545 -546.

¹¹⁸ ALVES, op.cit., p. 118.

¹¹⁹ Em nível epistemológico, esta teoria embasa-se no conceito de centralidade da pessoa, em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir. [...] Como modelo explicativo do Estado de Direito, a teoria garantista consegue dar conta desse aparato de dominação com extrema competência, eis que o apresenta como uma estrutura hierarquizada de normas que se imbricam por conteúdos limitativos ao exercício do poder político. Propõe-se assim um modelo ideal de Estado de Direito, ao qual os diversos Estados Reais de Direito devem aproximar-se, sob pena de deslegitimação. Tem-se aqui então o aspecto propositivo da teoria, ao postular valores que necessariamente devem estar presentes enquanto finalidades a serem perseguidas pelo Estado de Direito, quais sejam a dignidade humana, a paz, a liberdade plena e a igualdade substancial.

¹²⁰ Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 23 set 2012. ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 126-127.

prestação educacional, deixando claro para o Estado que esse princípio fundante deverá ser o alvo a ser alcançado pelo novo Estado, que reza pela reaproximação o o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, o Direito e a justiça, de modo a revelar a importância do homem e a sua ascendência a um filtro axiológico de todo sistema jurídico político, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, inclusive na prestação educacional¹²¹.

2.3 O CONTROLE INTERNO E EXTERNO SOBRE A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO EDUCACIONAL

O controle interno ou autocontrole atuará na fiscalização das condutas estatais, sob o princípio da autotutela, enquanto o controle externo ou heterocontrole atuará com base na harmonia entre os poderes, preconizada pelo ordenamento constitucional em seu artigo 2º.

Nas prestações estatais, o Estado deverá dar pleno cumprimento as suas competências previstas na Constituição da República, o que será sempre fiscalizado. Essa fiscalização decorre desse novo contexto constitucional, que vem adotando uma visão substancialista e/ou procedimentalista por meio da qual se deve garantir o funcionamento adequado do sistema de participação democrático, ficando a cargo da maioria, em cada momento histórico vivido, desde que seja respeitada a diferença de opiniões, a incumbência de definir seus valores e suas convicções, devendo-se assegurar as condições dignas a todos com ênfase na tutela e efetividade dos Direitos fundamentais¹²².

No que tange aos direitos fundamentais, já se concluiu que a educação é um direito fundamental prestacional que deve ser prestado pelo Estado de forma direta ou centralizada ou de forma indireta ou descentralizada visando a garantir a todos o direito preconizado pelo ordenamento constitucional, inclusive por meio de tutela

¹²¹ LENZA, op. cit., p. 11.

¹²² Ibid., p. 11.

jurisdicional, caso a mesma não seja prestada, ou seja, prestada de forma não efetiva, como deixou claro Sampaio¹²³.

Historicamente, algumas teorias vislumbraram a possibilidade de controle das atividades estatais, são elas: teoria revisionista (Estado social), que defendia mudanças no sistema parlamentar representativo, especialmente por meio da universalização do voto, subtraindo da dimensão patrimonial os direitos de participação, bem como postulava uma atuação mais efetiva do Estado, tanto para gerar oportunidades de igualação social, por meio de políticas públicas de educação e assistência através da organização de estruturas especializadas na defesa dos trabalhadores, a exemplo da institucionalização da liberdade de associação sindical, quanto para proteger o próprio mercado, que vivia sob os riscos de uma guinada estatizante de um lado e de um colapso decorrente da voraz concentração de empresas, de outro.

A segunda foi à teoria alternativa (Estado socialista), que era mais radical e revolucionária, pois propunha a substituição do modo de produção capitalista social, mediante a extinção da propriedade privada, a socialização dos meios de produção e a sua gestão pela nova classe revolucionária: o proletariado.

Independentemente do contexto histórico acima, no Brasil, o exercício do controle interno será feito pela administração pública que usará os processos administrativos e os recursos administrativos. Assim, ao vislumbrar a necessidade de um maior número de vagas, a Administração Pública deverá levar a termo no processo administrativo essa necessidade buscando os meios necessários para saná-la.

O controle interno deverá aferir a veracidade dessas necessidades, e ao reconhecer possuir os recursos necessários para o seu suprimento de forma motivada, inclusive para escolher a forma através do qual prestará o serviço educacional.

A escolha da forma através do qual prestará o serviço educacional é um ato administrativo decisório devendo guardar a devida motivação. A marca do Estado social deve ser buscar efetividade dos direitos fundamentais.

¹²³ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 218-219.

A efetividade da prestação educacional também poderá ser analisada através do controle externo pelo do poder judiciário ou pelo poder legislativo. Quanto ao poder judiciário o controle externo será realizado através das ações judiciais que poderão ser proposta pelo Ministério Público ou pelo cidadão - como titular do direito em epigrafe, sob pena de Responsabilidade Extracontratual do Estado, ou pelo poder legislativo que, sendo auxiliado pelo Tribunal de Contas, poderá anular, examinar ou sustar atos administrativos contrários à lei ou à Constituição da República.

Alguns exemplos desses controles serão explicitados nos seguintes termos:

1. EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CARÊNCIA DE PROFESSORES. UNIDADES DE ENSINO PÚBLICO. OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL. DEVER DO ESTADO. ARTS. 205, 208, IV E 211, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. A educação é um direito fundamental e indisponível dos indivíduos. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito veiculado pelo artigo 205 da Constituição do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição. 2. O Supremo fixou entendimento no sentido de que '[a] educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental [...]'. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatuturaconstitucional'. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 594018 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/06/2009, DJe-148 DIVULG 06-08-2009 PUBLIC 07-08-2009 EMENT VOL-02368-11 PP-02360) (nota de roda pé - https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/86/direito%20a%20educa%C3%A7ao_Carvalho.pdf?sequence) - aqui se constata o poder judiciário exigindo a prestação educacional adequada, devido a mesma advir de um direito constitucional social que não poderá deixar de ser prestada;

1. Educação (Relatório sobre as Contas do Governo da República do Exercício de 2008) - A educação, que é dever da família e do Estado, tem, nos termos do art. 2º da Lei nº9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB), tríplice finalidade: a) o pleno desenvolvimento do educando (evolução do nível cognitivo da pessoa, voltando-se para a assimilação de conhecimentos e operações mentais, inclusive moral e ética); b) o preparo para o exercício da cidadania (centra-se na condição básica da pessoa ser considerada cidadã e exercer seus direitos e deveres); c) qualificação para o trabalho (inserir o aprendizado como forma de produtividade). Não é demais ressaltar a importância de um país possuir uma população educada e preparada para fazer face aos desafios do desenvolvimento. Além disso, a educação é vista como promotora de desenvolvimento econômico e indutora da redução das desigualdades sociais e regionais do país. A consciência dessa importância não é de modo algum recente. De acordo com Plutarco, Licurgo, o grande legislador espartano, já afirmava, nove séculos antes do nascimento de Cristo, que educar os jovens era a função mais importante e nobre de um legislador. O Brasil, apesar de ter melhorado muitos de seus indicadores educacionais ao longo dos últimos anos, ainda se encontra bastante aquém dos países mais desenvolvidos, em todos os níveis educacionais, como poderá ser visto nas seções relativas às diferentes modalidades de ensino. A Função Educação está entre aquelas que possuem maior participação na execução do Orçamento Federal, estando situada no intervalo de 1,5 a 2,0% do montante executado. Os dispêndios com educação representaram, em 2007, a 5ª maior despesa do Governo Federal, inferior apenas às despesas realizadas com Encargos Especiais, Previdência Social, Saúde e Assistência Social. O orçamento federal autorizado na função Educação em 2008 foi de R\$ 30 bilhões e sua realização chegou a 94%, com R\$ 28,2 bilhões empenhados. A tabela a seguir, permite verificar que o orçamento para a função praticamente dobrou, em termos nominais, entre 2004 e 2008¹²⁴.

Com base no exposto, não se poderá vedar o controle interno ou externo na atividade educacional, pois a essa não invadirá mérito (forma através da qual será prestada), e sim aferirá o cumprimento do dever constitucional, previsto no artigo 205, por isso esse controle recíproco não fere o princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 2º da Constituição da República, como salienta Bonavides¹²⁵.

É de bom alvitre levantar, que as entidades privadas, ao prestarem o direito fundamental à educação, também serão aferidas pelos Entes Estatais como titulares da competência educacional, por exemplo, as instituições de ensino superior por

¹²⁴ Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/educacao>>. Acesso em: 27 set 2012. Aqui o texto evidencia uma outra forma de controle externo agora exercido pelo tribunal de contas como órgão que auxilia o poder legislativo no chamado controle externo ao definir o que é educação, suas finalidades e previsão orçamentária na consecução da competência a nível União.

¹²⁵ A Constituição confere a cada Poder uma função típica e independência orgânica, posto que a separação e independência não são absolutas, além de haver previsões constitucionais limitando o poder pelo poder, onde diretamente ou indiretamente permitem a interferência, os Poderes exercem funções atípicas suas ou típicas de outros Poderes. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. 19. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 645.

meio de provas ou testes, como o ENADE, buscando verificar a efetividade da prestação educacional como um direito de todos e um dever estatal básico¹²⁶.

¹²⁶ Assim, quando os entes estatais passaram a admitir a prestação dos serviços públicos por particulares, a concepção subjetiva deixou de ser absoluta – embora o Estado seja, na maioria das vezes, o titular do serviço público –, passando a ser objetiva, material ou funcional. SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público, p. 78. SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 2006, 189.

3 OS SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

O serviço público deve ser prestado de forma primordial pela Administração Pública, como enfatizou Léon Duguit¹²⁷, o que evidencia que a Constituição da República de 1988 estabeleceu no Brasil um Estado Social que deverá atender todos os cidadãos de forma igualitária¹²⁸.

Nesse cenário, é possível vermos o Estado conceituado por Draper¹²⁹, pois, segundo esse autor, o Estado surgiu para realizar as funções comuns da sociedade, para preservar sua manutenção e a separação de poderes de coerção em relação ao corpo geral da sociedade, atuando diretamente como previu o ordenamento constitucional brasileiro, ou mesmo admitindo competências passíveis de serem delegadas, inclusive a particulares¹³⁰. A possibilidade de delegação do serviço público a particulares tenta evitar uma falta de eficiência na prestação do serviço com já dito evidenciando uma preocupação do Estado com o cidadão que não poderá deixar de fiscalizar e controlar a prestação delegada de forma total, mínima ou reguladora.

Para Carnoy¹³¹, essa nova filosofia política apareceu centrada no indivíduo e legitimou novas bases do poder e novas relações entre os seres humanos e a própria essência humana.

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil previu um “novo” Estado organizado através da Federação¹³² como um dos principais meios através dos quais o Poder Constituinte Originário compartilhou as competências

¹²⁷ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 294.

¹²⁸ Nesse sentido, Bobbio afirma que o termo “Estado”, através de modificações ainda não bem esclarecidas, “passou de um significado genérico, de situação para um específico de condição de posse permanente e exclusiva de um território e de comando sobre os seus respectivos habitantes, como aparece no próprio trecho de Maquiavel no qual o termo ‘Estado’, apenas introduzido, é imediatamente assimilado ao termo ‘domínio’”. Ibidem, p. 67.

¹²⁹ DRAPER, Hal. *Kal Max’s Teory of revolution*. Vol I. State and Bbureaucracy. New York: Monthly Review Press, 1977, p. 70. In: CARNOY, Martin. **Estado e teoria política**. 2 ed. São Paulo: Papirus, 1988.

¹³⁰ artigo 21, inciso XXII da CF/88.

¹³¹ CARNOY, op. cit., p. 23.

¹³² “Todos os Estados, todos os domínios que tem havido e que há sobre os homens foram e são repúblicas ou principados”. MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Outros escritos. Tradução de Lívio Xavier. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 33.

estatais entre os Entes da Federação e definiu que as mesmas seriam exercidas de forma direta ou indireta através do instituto da delegação.

Cumprе esclarecer que a delegação das atribuições ou competências só será possível se as mesmas não trouxerem serviços essenciais, que deverão ser prestados pela Administração Pública Direta ou Centralizada. A possibilidade da delegação dos serviços públicos evidencia a presença de um Estado Mínimo ou Regulador e deixa para trás um Estado Estatal que abarcava para si todas as competências estatais ou que as privatizaria de forma prioritária, como bem nos alertou Moreira Neto¹³³, nos seguintes termos: o federalismo, inspirado no protótipo de descentralização espacial de poder, que veio a ser instituído na Constituição dos Estados Unidos da América, foi concebido como técnica de separação de centros de poderes para reduzir os inconvenientes de uma excessiva concentração em um só ente político e flexibilizá-lo para mais bem entender às peculiaridades regionais do subcontinente brasileiro, sem que possam os Entes esquecerem-se dos deveres de prestar os serviços públicos essenciais ou fiscalizar os de utilidade pública.

O Estado Estatal passou a existir no Brasil com o advento da Constituição de 1934, como enfatizou Bastos¹³⁴ ao afirmar que a Constituição de 1934 interveio na ordem econômica e social motivada pela revolução de 1930 e pelo movimento constitucionalista de 1932, que acelerou a pressão popular para a instalação de uma Assembléia Constituinte que pudesse dar respaldo e legitimidade ao Governo, prevendo monopólios sobre as atividades industriais e serviços públicos.

A Constituição de 1988 solidificou a transição entre o antigo regime Estatal e o novo regime “Nova República”, segundo Lenza¹³⁵. Para o autor já referendado, essa “Nova República” ampliou a autonomia administrativa e financeira dos Estados da Federação, bem como do Distrito Federal e dos Municípios, contudo manteve a União fortalecida e com um poder centralizador. A centralização da União também possibilitou, em 1990, o surgimento do PND – Programa Nacional de Desestatização, através da lei nº. 8031/90, dando início às privatizações como parte do programa econômico do então presidente Fernando Collor de Mello, o que fez

¹³³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Forense, 2009, p. 37.

¹³⁴ MARTINS, Ives Gandra.; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 7. São Paulo: Saraiva. 1988, p. 299-300.

¹³⁵ LENZA op. cit., p. 58-59.

exsurgir o neoliberalismo, que foi consolidado pelos presidentes posteriores Fernando Henrique Cardoso e Lula¹³⁶. Não se pode olvidar que a privatização desapareceu para dar lugar ao Estado Mínimo ou regulador, como já esboçado, fazendo prevalecer a visão de um Estado que atuará de forma mínima ou regulando as atividades delegadas, o que deu ensejo a uma maior fiscalização estatal sobre as atividades estatais delegatárias do serviço público, por exemplo, através das agências reguladoras, o que nos leva a perceber uma mudança de paradigma no Neoliberalismo atual, retirando o Estado dos dois extremos acima levantados e o tornando um Estado Democrático Social¹³⁷.

3.1 A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República de 1988 é chamada de constituição cidadã, tendo em vista que está fez previsão dos direitos fundamentais em vários artigos seus. Cumpre lembrar que, como bem preconiza Robles¹³⁸, o grande problema prático dos direitos supramencionados não são as suas fundamentações ou positivações nos ordenamentos jurídicos, e sim a sua realização efetiva em um Estado Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais nada mais são do que direitos humanos positivados por certa sociedade politicamente organizada, visando garantir aos seus cidadãos direitos que possam atender às suas necessidades essenciais, o que só ocorre quando o ordenamento jurídico confere um status especial a tais direitos os tornando distintos dos demais, como bem alerta Robles¹³⁹.

¹³⁶ PRIVATIZA Brasil. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Privatiza%C3%A7%C3%A3o_no_Brasil>. Acesso em: 23 Jul 2012.

¹³⁷ O neoliberalismo exigiu um Estado Social, cuja atuação no domínio econômico se dava diretamente (via empresa pública, sociedade de economia mista e fundações) e indiretamente (mediante rígidas normatizações), tudo em nome do desenvolvimento ou do crescimento. CLARK, Giovanni. **O Município em Face do Direito Econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 69.

¹³⁸ ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005, p. 1.

¹³⁹ Ibid., p. 7.

Vale salientar que muitos serviços públicos essenciais decorrem dos direitos fundamentais, e por isso devem ser prestados pelos Entes da Federação de forma centralizada. A Constituição da República os delegou os serviços públicos essenciais as Pessoas Jurídicas de Direito Público Interno, que representam o Estado.

Cumprir lembrar que o Estado "sofreu" uma transformação na concepção de direito, fazendo exsurgir um positivismo crítico¹⁴⁰, o que o fez desenvolver teorias destinadas a dar aos cidadãos a real possibilidade "viver" sob leis comprometida com o conteúdo da Constituição.

O comprometimento acima exigiu dos Entes da Federação o cumprimento das competências instituídas pela Constituição da República, devido à natureza jurídica dessas competências - deveres públicos de agir, mediante o exercício de poderes instrumentais visando a atender o Interesse Público¹⁴¹.

Hodiernamente à intensa mutabilidade social e o novo modelo de Estado que se implanta no Brasil, o interesse público só será atingido se buscarmos uma nova conceituação de serviço público em seu sentido ontológico¹⁴², admitindo uma atuação direta ou indireta na prestação do mesmo, visando sempre à garantia do real Estado de Direito¹⁴³.

O aumento da população em todo o mundo, inclusive no Brasil, trouxe uma grande preocupação com o não cumprimento das competências constitucionais, no que tange à prestação do serviço público, e isso fez surgir o fenômeno da descentralização¹⁴⁴ do serviço público, inclusive na prestação do serviço público educacional para que se possa dar pleno cumprimento ao princípio da eficiência,

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional**. 4 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 19 Jul 2012.

¹⁴¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.140.

¹⁴² A partir de uma situação hermenêutica fincada na questão do ser e relacionada a um momento estrutural ontológico da compreensão, trata-se de, no segundo e mais trabalhoso momento, verificar se o constructo "ser-no-mundo" "estar- no- mundo, ser aí, forjado pelos escritos de Heidegger, que podem esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão e aplicação do direito. MELLO, Cleyson de Moraes. **Hermenêutica e direito**. São Paulo: Freitas bastos, 2006, p. 4.

¹⁴³ Nem mesmo a invocação das "cláusulas gerais" ,"cláusulas abertas" e o reconhecimento das anomias do sistema são suficientes para superar a inoperância de alguns valores consagrados pelas regras jurídicas e até mesmo pela própria cultura jurídica. Idem, p. 5.

¹⁴⁴ MARTINS, Angela Maria. **A descentralização como eixo das reformas do ensino**: uma discussão da literatura. Educação e sociedade, ano XXII, n. 77, dezembro de 2001.

que nos dizeres de Bandeira de Mello¹⁴⁵ é uma faceta de um dos princípios mais amplos, que é o princípio da Boa Administração tratado no Direito italiano, e que só será alcançada se cumprirmos o que bem afirmou Marinoni¹⁴⁶, pois segundo ele, o Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais como expressão concreta, disso exsurge o dever de o juiz interpretar a lei de acordo com a Constituição para controlar a constitucionalidade da mesma, especialmente atribuindo-lhe novo sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental, inclusive o de Educar.

A educação é uma competência ou dever estatal nacional, pois, como afirma Carlos Roberto Jamil Cury¹⁴⁷, “não temos um sistema nacional de educação. Nacional é a educação e não o sistema”, e caso o Estado não seja capaz de dotar essas comunidades do acesso efetivo à educação, certamente não lhes estará assegurando o acesso ao direito, porque a população, aterrorizada pela miséria e coagida pelo medo, não desfrutaria da mínima eficácia concreta dos seus direitos fundamentais, como enfatizou o autor Leonardo Greco¹⁴⁸.

A fala dos doutrinadores Carlos Roberto Jamil Cury e Leonardo Greco evidenciam o que foi preconizado pela Constituição da República em seu artigo 211 que diz: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino”. O texto constitucional em epígrafe prova que não existe hierarquia entre os Entes da Federação, no que tange a prestação do serviço público educacional, e sim um regime de colaboração intergovernamental, como bem levantado pelas autoras Maria Beatriz Luce e Nalú Farenzena¹⁴⁹ em seu texto centralidade na educação básica.

¹⁴⁵ MELLO, 2006, op. cit., p. 118.

¹⁴⁶ MARINONI, op. cit., s/p.

¹⁴⁷ CURY, Carlo Roberto Jamil. **Sistema nacional de educação**: desafio para uma educação igualitária e federativa. Educação e Sociedade, Campinas, v. 29, n. 105, p. 1187-1209, set./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br>>. Acesso em: 10 jul 2011.

¹⁴⁸ GRECO, Leonardo. **O acesso ao Direito e à Justiça**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=420>. Acesso em: 26 Jul 2012.

¹⁴⁹ LUCE, Maria Beatriz.; FARENZENNA, Nalú. O regime de colaboração intergovernamental. In: GRACIANO, Mariângela. (Org.). **O plano de desenvolvimento da Educação (PDE)**. São Paulo: Ação Educativa, v.4, 2007.

O regime de colaboração intergovernamental defendido pela Constituição da República, pelas autoras aludidas e por Jamil Cury¹⁵⁰, em seu texto ‘federalismo político educacional’, nos faz entender que as políticas educacionais no Brasil devem ser tomadas de forma preponderantemente pela União. Essa predominância foi estabelecida a nível constitucional, tendo em vista que coube à União a Educação quanto às diretrizes e bases, nos termos do artigo 22, inciso XXIV da Constituição da República; e aos demais Entes da Federação - Estados e Municípios - na prestação do serviço educacional dentro da esfera de sua competência com o auxílio da União.

A divisão de competência quanto a educação, não retira dos Entes estatais a responsabilidade de educar de forma eficiente, visto que o ordenamento constitucional determina que os mesmos devam, através da educação, erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, nos termos do artigo 3º, inciso II da Carta Magna. Para que a meta constitucional prevista no citado artigo seja cumprida, os Entes da Federação deverão exercer um federalismo cooperativo, e não competitivo¹⁵¹.

No Brasil, desde 1990¹⁵², já se vem discutindo a urgência de se instaurar a descentralização no sistema educacional (entre os Entes da Federação e outros setores da sociedade civil), sob a justificativa que há urgência em educar com excelência e eficiência, pois só assim alcançaremos a efetividade do direito fundamental à educação, pois devem os Entes da Federação interpretar a Constituição e pautar suas atuações com base nela, visando a dar real efetividade aos Direitos Fundamentais, trazidos pelo ordenamento constitucional vigente¹⁵³.

A efetividade do Direito Fundamental à Educação exigirá o cumprimento das diretrizes e bases educacionais editadas pela União, visando a dar pleno cumprimento ao binômio que norteia a descentralização – fiscalização e controle¹⁵⁴.

¹⁵⁰ CURY, C.R.J. Federalismo político e educacional. In: FERREIRA, Naura S.C.; SCHLESNER, A. (Org.). **Políticas públicas e gestão da educação**: polêmicas, fundamentos e análises. Brasília: Líber Livro, 2006.p.3.

¹⁵¹ CURY, op. cit. p.6.

¹⁵² MARTINS, Angela Maria. **A descentralização como eixo das reformas do ensino**: uma discussão da literatura. Educação e sociedade, ano XXII, n. 77, dezembro de 2001, p.29.

¹⁵³ BARROSO, Luís Roberto. **Revista Jurídica**, Brasília, n.96, v.12, Fev/Mai 2010, p. 10.

¹⁵⁴ “Além do poder de regulamentação, a competência constitucional para a instituição do serviço público confere o poder de controlar sua execução”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 358.

A regulação e o controle minimizam o risco de inefetividade do Direito Fundamental, tornando a pessoa natural digna¹⁵⁵, como deseja a Constituição Cidadã – artigo 1º, inciso III.

3.2 A DIVISÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Para Tensions¹⁵⁶, a democracia é importante porque contém uma dinâmica que pode representar um elemento unificador que em longo prazo estabelecerá uma sociedade que esteja intimamente de acordo com certos valores fundamentais. Esses valores fundamentais mencionados acima devem levar ao pleno cumprimento das competências constitucionais, pois trazem em seu bojo a prestação do serviço público previstas no Ordenamento Constitucional, que de forma inicial serão prestadas pelos Entes da Federação ou por estes delegados, que tem como objetivo trazer comodidade aos administrados como nos alerta Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵⁷.

Os serviços públicos ou atividades públicas, para Mello¹⁵⁸, podem ser subdivididos em: os serviços públicos; atividades econômicas; o cumprimento das normas e a imposição de sanções devido à prática de infrações administrativas¹⁵⁹. Para esta pesquisa, o que nos interessa de forma prioritária são as atuações estatais que visam à prestação de serviço público de forma direta, tendo como sujeito estatal o Estado ou alguém delegado por esse de forma indireta, que poderão

¹⁵⁵ [...] “dignidade da pessoa humana: poucas expressões terão, ao mesmo tempo, tanta força no que dizem e tanta fatuidade no que escondem. É por ela que se designa a alma do projeto humano. Com a dignidade da pessoa humana queremos traduzir a intangibilidade de cada um dos indivíduos que participam do ser homem”. VILLELA, João Baptista. *Variações impopulares sobre dignidade da pessoa humana. Superior Tribunal de Justiça – Doutrina*, Edição Comemorativa – 20 anos, STJ 2009, p. 561.

¹⁵⁶ TENSIONS, Guillermo. the Bureaucratic Authoritarian State and the question of democracy. In the new authoritarianism in latin American. V. Coller, 1979, p. 317. In: CARNOY, Martin. **Estado e teoria política**. 2 ed. São Paulo: Papirus, 1988.

¹⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 630.

¹⁵⁸ Idem, p. 633

¹⁵⁹ Idem, p. 635.

atuar sob delegação legal ou contratual atendendo, acima de tudo, atender ao interesse coletivo¹⁶⁰.

A Constituição da República de 1988 instituiu e dividiu os serviços públicos “entre” os Entes da Federação como um federalismo participativo, como bem definiu Jamil Cury¹⁶¹. Esse federalismo foi definido por Dallari¹⁶² como uma aliança ou união de Estados baseados em uma Constituição que exigiu dos Entes da Federação a regulamentação, a prestação e a fiscalização do serviço público.

Os serviços públicos na Constituição da República foram divididos entre os diversos Entes da Federação sendo, portanto, uma consequência do federalismo como forma de Estado, o que nos permite perquirir a existência de competências exclusivas ou comuns entre os Entes da Federação - federal, estadual, distrital ou municipal¹⁶³.

Para José Affonso da Silva¹⁶⁴, a competência é uma faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, órgão ou agente público para emitir decisões de acordo com o interesse que o rege. As competências administrativas exclusivas podem ser enumeradas ou reservadas, além das comuns ou paralelas, nos seguintes termos bem definidos por Alexandre de Moraes¹⁶⁵:

1. Competências administrativas da União de interesse geral: artigo 21 da CR;
2. Competências administrativas dos Estados-membros de interesse regional ou remanescente: artigo 25, § 1º da CR;
3. Competências administrativas dos Municípios de interesse local: artigo 30 da CR.

Essas competências deverão ser cumpridas, sob pena de Responsabilidade civil do Estado, que, materializando o Estado Democrático contemporâneo, deve buscar uma eficácia concreta dos direitos e deveres constitucionais.

¹⁶⁰ Por meio de tal regime o que se intenta é instrumentar que tenha a cargo garantir-lhes a prestação com meios jurídicos necessários para assegurar a boa satisfação dos interesses públicos encarnados no serviço público. MELLO, Ibid., p. 643.

¹⁶¹ CURY, op.cit., p.114.

¹⁶² ABREU, Dallari Dalmo de. **Elementos da teoria geral do estado**. 11 ed. São Paulo: Saraiva: 1985, p. 227.

¹⁶³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 355.

¹⁶⁴ SILVA, op. cit., 419.

¹⁶⁵ MORAES, op. cit., p. 268-272.

A eficácia concreta dos direitos e deveres constitucionais existirá, nem que para isso se exija uma tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo dos direitos preconizados pelo ordenamento constitucional¹⁶⁶.

Para que esse dever de agir seja satisfeito pelo Ente da Federação, esse deverá regulamentar sua competência constitucional por lei, como bem afirmou Gasparini¹⁶⁷: após sua instituição pela Constituição. A regulamentação das competências ficaram a cargo da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, que deverão executá-los além de controlá-los.

O artigo 18 da Constituição da República é a base desse dever de regulamentação, pois no Brasil as coisas nascem na Constituição e serão regulamentadas pelo Direito Administrativo, de forma a respeitar a autonomia administrativa, financeira e normativa ali preconizadas¹⁶⁸.

3.3 A NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Para José Affonso da Silva, as competências são poderes deveres de agir que serão cumpridas pelas entidades estatais, órgãos públicos ou pessoas administrativas através do instituto chamado de delegação de funções. Essas funções, como já esboçado, materializam serviços públicos como agir permanente e generalizado que deve ser cumprido de forma eficiente¹⁶⁹.

¹⁶⁶ GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo**: O Processo Justo. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 26 Jul 2012.

¹⁶⁷ GASPARINI, op.cit., p. 298- 299.

¹⁶⁸ Artigo: 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 Jul 2012.

¹⁶⁹ Na verdade são deveres-poderes, na medida em que o agente público deve agir e para o resultado esperado pelo ordenamento jurídico deve ter o competente poder. Daí a justificar-se a expressão dever-poder. GASPARINI, op, cit., p. 119.

A exigência de uma prestação de serviço público contínuo para todos e que traga resultado eficaz se deve à autonomia “dada” aos Entes da Federação no Brasil, que deverão cumprir suas próprias competências devido à função de administrar típica, como aspecto objetivo da expressa administração pública para atender às necessidades sociais, com bem esclareceu Souto¹⁷⁰.

O atendimento das necessidades sociais evoluiu a ponto de tornar o constitucionalismo social uma exigência para as constituições que passaram a prestigiar novos direitos aos cidadãos em sociedade¹⁷¹. Essa evolução foi esboçada por Gasparini¹⁷² e se deve à própria evolução da sociedade, nos seguintes termos:

1. Remota Antiguidade: Predominava o individualismo e os chefes davam ordens que deveriam ser cumpridas para atender primordialmente a seus próprios interesses;

2. Antiguidade Clássica: A ordem interna passa a ser importante para a defesa das cidades contra ataques internos e externos;

3. Idade Média: Nos períodos feudais e comunais, as regras administrativas começam a ser firmadas e surge a Responsabilidade Pública;

4. Idade Moderna: Com a Revolução Francesa se iniciaram as alterações sociais que evoluíram com o desenvolvimento do Direito Administrativo que, no Brasil, passou a ser estudado em 1851 pelo Decreto n. 608, o que evidenciou uma grande preocupação com a regulamentação dos serviços públicos estatais que, como já dito acima, são deveres de agir visando a atender aos cidadãos em sociedade politicamente organizada.

O advento da Idade Moderna evidencia que o cumprimento do serviço público eficiente é um norte do Estado Estatal contemporâneo social formado após os acontecimentos que alteraram o quadro político-social na França, o que se convencionou chamar de Revolução Francesa. Para Chamon Junior¹⁷³, foram as

¹⁷⁰ SOUTO, Marcus Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parceiras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 1.

¹⁷¹ Sérgio Antônio Fabri. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 41.

¹⁷² GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 38-42.

¹⁷³ Na declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, temos o artigo 6º, que nos diz: “A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos tem direito a concorrer, mediante seus representantes, para sua formação. Deve ser a mesma para todos, tanto ao proteger quanto ao castigar”. CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da Argumentação**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.xvi do Estudo prévio.

revoluções dos fins do século XVII e XVIII que tornaram a ordem estatal democrático liberal.

O constitucionalismo moderno entende que a Revolução Francesa deu início a uma ordem democrático liberal, pois impôs valores que não eram defendidos pelos governantes absolutistas, são eles: o povo como titular do poder estatal; a defesa dos direitos subjetivos, o que bem evidenciou o individualismo como ponto alto; a atuação estatal mínima e a possibilidade de o cidadão adquirir propriedade. Pedro Lenza¹⁷⁴ entende que esses valores influenciaram, e muito, as constituições brasileiras, principalmente as de 1824 e a de 1891.

Para que se possa verificar como a Constituição de 1988 trouxe uma grande evolução do Estado brasileiro, tornando-o um Estado Social Democrático, cabe nesse momento um estudo prévio das Constituições anteriores até chegarmos à Constituição de 1988.

A primeira Constituição brasileira foi a de 1824 trazendo uma forte ideia de liberdade, embora tenha sido mantido um governo monárquico, hereditário, representativo e constitucional¹⁷⁵. Essa Constituição traz marcas interessantes, tais como: divisão de poderes estatais, conceituação do que seria cidadão, previsão de direitos aos cidadãos, etc. Os direitos previstos foram um bom início de direitos individuais protegidos pelo Estado¹⁷⁶.

Outra Constituição que trouxe em si a marca da Revolução Francesa e do Constitucionalismo Americano foi a de 1891, que adotou como forma de Estado a Federação e o presidencialismo como regime de governo, mantendo a divisão de poderes estatais, sem, contudo, manter o Poder do Moderador¹⁷⁷. Essa Constituição estabeleceu eleições para a escolha de presidente e vice-presidente, aperfeiçoou os direitos individuais, além de trazer o habeas corpus como um meio de proteger a locomoção.

¹⁷⁴ LENZA, op. cit., p. 558.

¹⁷⁵ Ibid., p. 31.

¹⁷⁶ Artigo 179 - A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império. Constituição de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm. Acesso em: 02 Ago 2012.

¹⁷⁷ Artigo 15 da Constituição de 1891 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm. Acesso em: 02 Ago 2012.

Em 1930, ocorreu a Revolução que estabeleceu o governo provisório de Getúlio Vargas, cabendo ao poder executivo todos os poderes e funções estatais, o que foi um retrocesso à democracia no país, exceto quanto à institucionalização do voto feminino e o sufrágio universal, direto e secreto, como preconizou o autor Pedro Lenza¹⁷⁸.

A Constituição de 1934 defendeu algumas ideias socialistas, o que realmente prejudicou ainda mais a democracia, embora tenha mantido o sistema republicano, com a separação de poderes entre o executivo, o legislativo e o judiciário. Quanto às competências estatais, as da União foram aumentadas em relação aos demais Entes da federação para manter uma maior centralização das funções públicas. O que realmente foi relevante nessa Constituição quanto aos direitos foram os direitos trabalhistas, que passaram a ser defendidos, além de outros como o da Educação, que tanto nos interessa. A defesa desses direitos supramencionados levou a doutrina constitucional a entender a Constituição de 1934 como uma constituição social¹⁷⁹.

Para afastar o país ainda mais da democracia e da real liberdade, foi outorgada a Constituição de 1937, pelo presidente Getúlio Vargas, que impôs ao país a ditadura. Essa Constituição foi chamada de Polaca, devido à influência da Constituição da Polônia na mesma e a imigração de muitos poloneses para o país. A Constituição outorgada de 1937 centralizou ainda mais o poder nas “mãos” do chefe de estado, trazendo com isso uma facilidade maior de manter o autoritarismo.

A Constituição de 1946 teve como marca trazer o fim do autoritarismo, embora sem uma real democracia, a mesma exigiu eleições diretas para presidente da República, além da exigência de liberdade individual ao cidadão e a separação dos poderes que fortaleceu o princípio federativo¹⁸⁰.

Afastando o país de uma democracia genuína, exsurge a Constituição de 1967 para legitimar o golpe militar de 1964, que fortaleceu o poder executivo em relação aos demais poderes, manteve o federalismo, embora sob uma forte

¹⁷⁸ LENZA, op. cit., p. 41.

¹⁷⁹ De logo, não se deve esquecer que fora esta constituição que inaugurou a inserção dos direitos sociais. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 66.

¹⁸⁰ Constituição republicana, federativa e democrática, buscou a legitimação do poder político no segmento popular. Fortaleceu o princípio federativo, máxime em virtude do seu enfraquecimento ocorrido durante o período do Estado Novo. SILVA, op. cit., p. 69.

centralização nas “mãos” da União que através do seu preposto – chefe do poder executivo, atuava inclusive editando leis e decretos. Em 1969, a Constituição de 1967 começou a ser alterada pelas emendas constitucionais e atos institucionais que visam a aumentar o poder dos militares, espancando de vez a democracia e o estado liberal no Brasil até o advento da Constituição de 1988.

Foi a Constituição de 1988 que trouxe de volta a democracia tão desejada pelos cidadãos, e isso só foi possível com o fim da ditadura no país. Essa Constituição de 1988 estabeleceu os princípios fundamentais como fundamentos na sociedade¹⁸¹, além dos direitos fundamentais dos homens em sociedade¹⁸² em suas duas perspectivas, como preconizou Canotilho, nos seguintes termos: normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo as ingerências da esfera pública sobre a privada, e a outra que é o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva). A mesma também fez a divisão dos serviços públicos entre os Entes da Federação, com base na preponderância de interesses dos mesmos, que deverão cumprir esses serviços públicos como um comando dado pela sociedade representada pelo poder constituinte originário que os instituiu.

Para bem conduzir a sociedade politicamente organizada, a Constituição da República manteve o presidencialismo, cabendo ao chefe do poder executivo examinar o dito ordenamento constitucional “dentro” de sua seara de competência e de forma motivada escolher o “caminho” que utilizará para prestar o serviço público. Essa exigência de um serviço público eficiente está presente na Constituição da República no artigo 37¹⁸³, o que nos mostra outro elemento diferenciador entre lei comum e a Constituição. Já que nas normas constitucionais residem a inicialidade da ordem jurídica de uma nação, o que conferirá a essa uma superioridade hierárquica sobre todo o ordenamento jurídico, tornando a própria Constituição o critério de aferição de validade e legitimidade de todas as outras normas jurídicas, bem como das sentenças judiciais e dos atos administrativos que possam exigir o

¹⁸¹ Destarte, princípio é causa primeira, inicial, fundamento mesmo do conhecimento humano. SILVA, op. cit., 187.

¹⁸² CANOTILHO, Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra editora, 1993, p. 13.

¹⁸³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 Ago 2012.

cumprimento do princípio supramencionado, tornando a natureza jurídica do serviço público um real dever cumprido pelos Entes da federação¹⁸⁴.

3.4 A CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

O Estado social preconizado pela Constituição da República de 1988 é uma evolução do Estado que, segundo o autor Paulo Bonavides¹⁸⁵, foi uma adaptação do Estado liberal-burguês a certas condições históricas, como requisito necessário e fundamental para sua sobrevivência.

O Estado, entretanto, não deve apenas buscar sua sobrevivência ou de seus cidadãos, e sim dar a cada um direito e liberdade na maior medida possível para compatibilizar arbítrios mediante as leis gerais, embora não se possa medir a legitimidade de uma norma jurídica apenas pela generalidade com que compatibiliza arbítrios, pois estamos diante do direito positivo e não de uma norma ética¹⁸⁶.

A exigência de dar a todos os cidadãos os direitos e liberdades no maior grau possível, como esboçado acima, levou o Estado Brasileiro a classificar seus serviços públicos em: essenciais ou de utilidade pública. Essa classificação evidencia novas práticas no neoconstitucionalismo, como bem exigiu Cambi¹⁸⁷, levando o neoconstitucionalismo a sair do plano teórico, sempre com apego na Constituição, evitando assim toda a forma de retrocesso desse Estado Democrático de Direito no Brasil.

¹⁸⁴ TORRENS, Haradja Leite. **Da hermenêutica clássica para a hermenêutica constitucional: o papel de uma hermenêutica principiológica**. Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre (2005). Disponível em: <<http://works.bepress.com/haradjatorrens/16>>. Acesso em: 26 Jul 2012.

¹⁸⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 205.

¹⁸⁶ CHAMON JR., 2009. Op. Cit., p. xxvii do estudo prévio.

¹⁸⁷ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica. Vitória. Ano 1, n. 6, Fev. 2007. Pág. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org.br>>. Acesso em: 28 Jul 2012.

Para Diez¹⁸⁸, o serviço público nada mais é que a prestação que a Administração Pública efetua de forma direta ou indireta para satisfazer uma necessidade de interesse geral, sob as seguintes características: sujeito estatal, que o prestará sob um regime público para atender ao interesse público como fim mediato deste.

Para Carvalho Filho¹⁸⁹, os serviços públicos podem ser classificados ainda em: delegáveis ou indelegáveis; administrativos ou de utilidade pública; coletivos ou singulares e sociais ou econômicos. Os serviços chamados de delegáveis são aqueles que admitem a prestação por terceiro, por não serem essenciais, como por exemplo, os serviços de energia elétrica, telefonia e etc. Já os serviços indelegáveis não admitem a delegação por serem essenciais à sociedade e não apenas para sua comodidade, como por exemplo, segurança pública e de defesa nacional. Os serviços chamados de administrativos organizam o Estado, enquanto os de utilidade pública facilitam a vida dos cidadãos em sua fruição direta. Não se pode olvidar que alguns serviços serão prestados com recursos públicos, por serem coletivos ou *uti universi*. Os serviços individualizados ou *uti singuli* são aqueles utilizados pelo indivíduo de forma a se mensurar. Dentro dos serviços públicos, os sociais aparecem para proteger o cidadão, em regra custeado pelo Estado, e por isso não visam ao lucro como os econômicos.

Com base na classificação acima, é possível notarmos que os serviços chamados de essenciais passaram por uma grande modificação quanto a sua definição, e esse fato se deu principalmente devido à evolução do próprio Estado. Essa modificação, na definição e até diminuição no número de serviços essenciais prestados pelo Estado como tais, não evidenciam um retrocesso do Estado e sim uma maneira de nos libertar do âmbito da tradição, que nos levará a um pensamento futuro, como bem disse Heidegger¹⁹⁰, pois para atendermos ao princípio da continuidade do serviço público, o importante é a prestação contínua, independentemente de quem realmente o preste de forma direta.

¹⁸⁸ DIEZ, Manuel Maria. **Manual de direito administrativo**. Tom II. Buenos Aires: Plus Ultra, 1980, p. 6.

¹⁸⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 350-354.

¹⁹⁰ HEIDEGGER, Martin. **Os pensadores**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova cultural, 1996, p. 183.

3.5 A EDUCAÇÃO COMO UM SERVIÇO PÚBLICO PASSÍVEL DE SER DESCENTRALIZADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os direitos fundamentais, para Costa¹⁹¹, tiveram seu marco inicial com a previsão dos direitos mínimos e existenciais para todos os cidadãos. Esse marco foi fruto de uma grande evolução que ocorreu quando a pessoa natural deixou de ser considerada objeto no Direito Romano e passou a ser sujeito de direito e obrigações “dentro” da coletividade no Direito Moderno.

A coletividade evoluiu, para Ferraz¹⁹², quando nos primórdios do constitucionalismo clássico os direitos fundamentais passaram a ser positivados e reconhecidos pela grande maioria dos Estados. Essa positivação começou, para Pedro Lenza¹⁹³, com a Constituição de 1215 e se aperfeiçoou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que começou a respeitar os direitos individuais (direitos de primeira geração). A primeira geração é marcada pela busca inicial visando ao respeito mútuo entre os cidadãos. Em um segundo momento, Pedro Lenza¹⁹⁴ entende que os Estados entraram em um constitucionalismo de acordos ou cartas visando à igualdade (direitos de segunda geração). Em outro momento, passamos por mudanças que passaram a exigir solidariedade e chegamos à era dos direitos (quarta geração).

No Brasil, os direitos fundamentais começaram na Constituição de 1824 e alcançaram seu ápice com o advento da Constituição da República de 1988 (constituição cidadã). Diz-se que a Constituição de 1988 foi o ápice, pois, para Ferraz, consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana no artigo 1º, inciso III da Constituição da República, exigindo a aplicação dos direitos como resgate das promessas da modernidade, com bem preconiza Streck¹⁹⁵.

¹⁹¹ A constatação: o direito romano, que atingira excelsas alturas ao criar o direito civil, desconhecia a natureza universal do homem, aquela que é revelada pela religião dos cristãos. COSTA, Judith Martins. Pessoa, Personalidade, Dignidade (ensaio de uma qualificação). **Tese de livre docência em direito civil**, Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003, p. 57.

¹⁹² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na constituição de 1988**. p.116.

¹⁹³ LENZA, op. cit., p. 558.

¹⁹⁴ Ibid., p. 558.

¹⁹⁵ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional Hermenêutica**. Uma nova Crítica do Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.15-16.

Os direitos fundamentais para o artigo 5º, §1º da Constituição da República, têm aplicabilidade imediata, embora possam ser ponderados ou flexibilizados pela aplicação de outros princípios ou direitos “dentro” de um caso concreto, tendo em vista que os princípios são normas de aplicação obrigatória para todos os Entes da Federação e para os particulares, em algumas situações.

Nos dizeres de Brunello Stanciolli¹⁹⁶, a ponderação de interesses ou flexibilizações dos direitos fundamentais é essencial para proteger os cidadãos nos casos concretos e em face dos desmandos do Estado.

Muito se discute da aplicação dos direitos fundamentais para os casos em que se tem autonomia da vontade. Para Pedro Lenza¹⁹⁷, a aplicação dos direitos fundamentais terá eficácia direta ou imediata - o que é divergente na doutrina¹⁹⁸. Não resta dúvida que os direitos fundamentais deverão ser garantidos pelo Estado, que tem o dever de proteger os cidadãos.

A Constituição da República, no que tange aos direitos individuais, previu alguns princípios importantes, tais como:

- 1º Princípio da Igualdade;
- 2º Princípio do devido processo legal;
- 3º Princípio da ampla defesa e do contraditório.

No princípio da igualdade ou isonomia, os cidadãos deverão ser tratados de forma igualitária até que, por alguma circunstância, sejam tornados desiguais¹⁹⁹ nos termos da lei. Já o princípio do devido processo legal tem duas vertentes, são elas: não admite um rito processual não previsto na lei e nem revogação de um desses atos administrativos que o compõem, pois seria revogar a própria lei. O princípio da ampla defesa e do contraditório é o que exige acesso e informação, sob pena de nulidade do processo.

Um exemplo do princípio da ampla defesa e ao contraditório poderá ser evidenciado no instituto ora em comento, ocorrerá quando o indivíduo de menor idade precisa pleitear a prestação educacional na esfera judicial, e para isso

¹⁹⁶ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao Exercício de direitos da personalidade**. Ou como Alguém se torna o que quiser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 9.

¹⁹⁷ LENZA, op. cit., p. 592.

¹⁹⁸ A efetivação dos direitos fundamentais no direito privado está longe de ser assunto simples. Pelo contrário, resta tormentoso. STANCIOLI, 2010. Op. Cit., p. 10.

¹⁹⁹ Bastou ao homem viver em sociedade para que o direito começasse a ir-se formando. VILLELA. João Baptista. **Apontamentos sobre direitos humanos e sua garantia judicial**. Belo Horizonte: Editora, 2009, p.1.

precisará de representante ou curador especial visando um “real” acesso ao processo, nos termos pelos quais a lei o previu.

A Educação é um Direito Fundamental²⁰⁰ que poderá ser requerido, inclusive através do processo administrativo ou judicial como já esboçado devendo esses respeitarem os princípios supramencionados, nos termos do artigo 6º da Constituição da República.

A Constituição da República, ao definir os Direitos Fundamentais, incluiu dentre esses a Educação. Com essa inclusão quis o Poder Constituinte Originário exigir dos Chefes dos Poderes Executivos, que apresentam a Federação, dar acesso à Educação com qualidade em todos os níveis definidos pela Magna Carta, sob pena de Responsabilidade Civil.

O Estado atual deixou de ser um Estado Estatal, que abarcava para si todas as funções, e passou a ser um Estado Mínimo ou Regulador. Nesse Novo Modelo de Estado, a Educação não poderá deixar de ser prestada por ser considerada um Direito Subjetivo do cidadão, embora os Entes da Federação possam buscar prestá-la de forma centralizada ou descentralizada, como entendeu o Supremo Tribunal Federal²⁰¹.

O entendimento da Suprema Corte Constitucional ratifica o dever estatal de prestar o serviço público educacional, podendo essa prestação ocorrer de forma direta ou centralizada e de forma indireta ou descentralizada. A prestação do serviço público realizada de forma direta ou centralizada ocorrerá quando o serviço público for executado diretamente pelos Entes da Federação, o que deixou de ser uma marca do Estado brasileiro²⁰², que delega suas atividades ou competências, se essas não forem privativas, mantendo sobre elas a fiscalização e o controle. O Estado regulador ou mínimo busca delegar ou descentralizar a prestação do serviço

²⁰⁰ A expressão “direitos” fundamentais configura o direito material reputado fundamental pelo criador do Estado de 1988, como são, por exemplo, os direitos à vida, à propriedade, à intimidade, à privacidade, à imagem, à liberdade religiosa, à inviolabilidade do domicílio, dentre outros previstos no texto constitucional. SILVA NETO, op.cit., p. 463.

²⁰¹ A Educação pública que pode ser prestada pelo Estado ou por particulares, tendo em vista não ser considerado serviço público privativo, como bem entendeu o STF na Adin 1.007-7, PE, seção I, 17 de março de 2006, p. 3.

²⁰² “O mandamento do estado regulador está no artigo 174 da Constituição da República, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor privado. CARVALHO FILHO, op. cit., p. 992.

público, e ao fazê-lo estará dando plena execução às atividades ou competências estatais previstas na Constituição da República²⁰³.

Para Coelho²⁰⁴, a sociedade tem perseguido atualmente novas técnicas e modernos instrumentos formadores da administração gerencial (*publiuc management*) visando a atender aos interesses da coletividade, e para isso tem aberto ‘mão’ de velhos métodos.

Outro argumento para a manutenção da Administração Pública gerencial é a teoria da imputação volitiva²⁰⁵. Os Entes Estatais são “seres” intangíveis, e por isso, atuarão através de seus prepostos na prestação do serviço público. Os prepostos são seres passíveis de erro, e devido à falibilidade humana, a delegação do serviço estatal a um delegatário levará o Estado a usar o brocardo: o mais próximo excluirá o mais remoto.

O estado gerencial, como já dito, não quer prestar o serviço público de forma direta, e sim fiscalizar, regulamentar e sancionar os delegatários do serviço público, o que aumenta a possibilidade de delegação em detrimento da estatização, visando a atender aos princípios da eficiência, modicidade e continuidade dos serviços públicos, como bem preleciona Moreira Neto²⁰⁶.

As possibilidades do erro, do dano e do dever de ressarcimento não impediram a manutenção da educação pública prestada pelos Entes da Federação de forma direta ou centralizada, como alerta Augusto Cury - *Educar é semear com sabedoria e colher com paciência*²⁰⁷. Para continuar semeando a Educação nos cidadãos como um valor²⁰⁸ na vida em geral está vem sendo oferecida pelos Entes da Federação de forma centralizada quando for pública, sob pena de falta de

²⁰³ [...] “descentralização é o fato administrativo que traduz a transferência da execução de atividade estatal a determinada pessoa, integrante ou não da Administração”. CARVALHO FILHO, 2010. Op. Cit., p. 373.

²⁰⁴ COELHO, Daniella Mello. **Administração pública gerencial**. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2004, p. 132.

²⁰⁵ “[...] a vontade do órgão é imputada à pessoa jurídica a cuja estrutura pertence. Há, pois, uma relação externa, entre a pessoa jurídica e outras pessoas, e uma relação interna, que vincula o órgão à pessoa jurídica a que pertence”. CARVALHO FILHO, 2010. Op. Cit., p. 14.

²⁰⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 475.

²⁰⁷ CURY, Augusto. Disponível em: <<http://pensador.uol.com.br/frase/MTY4NTU5/>>. Acesso em: 10 Jul 2012.

²⁰⁸ “A vida é um valor em si, um valor ontológico. A permanente afirmação da dignidade da pessoa humana, sem valorização da vida em geral, é uma grande arrogância”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil: em favor de uma Ética Biocêntrica. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de.; et.al. **Novo código civil brasileiro e outros temas**: homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.21.

eficácia desse direito fundamental no aspecto horizontal²⁰⁹, além de gerar o descumprimento do artigo 5º, que em seu parágrafo 1º garante à pessoa natural a tutela imediata do direito em epígrafe, inclusive através do Poder Judiciário. Para evitar essa falta de eficácia e até uma Responsabilidade Civil pela falta do serviço público educacional, a própria jurisprudência, emanada do Supremo Tribunal Federal, vem sinalizando a possibilidade de delegação do serviço público ora em comento.

A educação centralizada ou descentralizada deverá ser prestada, sob o conceito formulado pelo Ministro José Celso Mello²¹⁰: “Educação é mais que a mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando”. Com base no conceito formulado pelo Ministro, a educação só será realizada de forma real se atender às necessidades e padrões mínimos exigidos pela sociedade, com base nos princípios constitucionais que a normatizam, independentemente da forma de prestação utilizada pelo Ente da Federação. A Constituição da República, em seu artigo 211, proclamou a universalidade do direito à educação, sob alguns princípios explicitados por Alexandre de Moraes²¹¹ são eles: igualdade, liberdade, pluralismo de ideias, gratuidade, valorização dos profissionais da educação, gestão democrática e garantias de padrão de qualidade.

A igualdade exige acesso e permanência na escola; já a liberdade é um direito do professor, sob a existência de currículo mínimo; o pluralismo de ideias admite a prestação feita pelo Estado e pela iniciativa privada; a gratuidade em estabelecimentos públicos; a valorização dos profissionais com incentivos financeiros nos termos das suas leis; a gestão democrática entre os Entes da Federação e a garantia do padrão através de provas que o comprovem.

A educação sob a ótica constitucional guarda tanta importância que a Constituição da República previu sua natureza jurídica, elencando uma série de princípios obrigatórios na sua execução, além de estabelecer sua forma de organização para garantir um regime de colaboração entre os Entes da Federação nos termos do artigo 211, que diz: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os

²⁰⁹ Denomina-se também de eficácia horizontal dos direitos fundamentais para se contrapor à eficácia vertical, que seria aquela presente na conhecida e histórica aplicabilidade de tais direitos no âmbito da relação indivíduo- Estado. SILVA NETO, op. cit., p. 468.

²¹⁰ MORAES, op. cit., p. 828.

²¹¹ Ibidem., p. 829.

Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino”. O regime de colaboração não visa a eximir a responsabilidade dos Entes Estatais, e sim a dar pleno cumprimento ao princípio da eficiência, previsto no artigo 37 da Constituição da República.

Com base no princípio da eficiência, não basta a prestação do serviço público educacional, e sim que o mesmo seja produtivo e econômico, nos dizeres de Carvalho Filho²¹².

Luce e Farenzena²¹³ entendem que a eficiência exigida pela Constituição da República é possível de ser alcançada através do regime de colaboração que a Constituição da República previu, desde que a União fique no centro e continue prestando, sempre que necessário, assistência técnica e financeira aos demais Entes da Federação (Estados e Municípios). No regime de colaboração, todos os envolvidos devem ficar com padrão médio de qualidade, que será aferido por avaliações feitas pela União através do Ministério da Educação, buscando responsabilizar os agentes públicos ou entidades estatais pelo descumprimento das metas impostas. Para as autoras acima, esse monitoramento não excluirá a autonomia dos Entes da Federação para realizarem as políticas locais, o que as mesmas chamam de um ‘federalismo cooperativo’ e não competitivo entre si²¹⁴.

A descentralização da educação ocorreu na esfera constitucional através de uma divisão de competências entre os Entes da Federação nos seguintes termos: à União coube o exercício de uma função redistributiva e supletiva, prestando assistência técnica e financeira aos demais Entes da Federação; os Municípios prestarão o ensino fundamental e infantil e os Estados e o Distrito Federal o ensino fundamental e médio. Esse dever de redistribuição é que fará surgir um federalismo que busca a cooperação recíproca. Cumpre esclarecer que a distribuição de recursos com base nos índices vislumbrados pelo Ministério da Educação é um perigo, pois esse poderá incentivar a falta de sucesso, beneficiando aqueles Entes da Federação que não alcançaram os resultados pelo maior vulto de recursos enviados. Embora esse perigo seja real, a fiscalização e os controles administrativos, políticos, judiciais e sociais são fundamentais para provar a

²¹² CARVALHO FILHO, op. cit., p. 32.

²¹³ LUCE, op. cit., p.2 .

²¹⁴ [...] a nova regulação das políticas educativas interfere na organização de todo sistema escolar, passando por todas as mediações até a escola. Um redesenho da organização e gestão desses sistemas. OLIVEIRA, op. cit., 764.

eficiência tão esperada pelo poder constituinte derivado que o inseriu, no caput do artigo 37, o princípio da eficiência.

4 A EDUCAÇÃO COMO UM SERVIÇO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

A população humana demorou a se conscientizar quanto à importância dos direitos mínimos existenciais da pessoa humana. Foi com o Cristianismo que a humanidade começou a vislumbrar a importância de um homem dotado de capacidade, passando este a ser considerado um ser universal nos dizeres de Jean Domat²¹⁵ ao revolucionar o conceito de pessoa.

A presença desses direitos mínimos e existenciais vislumbrados pelo Cristianismo foi primordial para diferenciar o homem dos bens - que passou a ser tudo quanto corresponde à solicitação dos seus desejos e que, *a posteriori*, trouxe a necessidade da formação de um conceito de relação jurídica no Direito Civil por Savigny²¹⁶.

Como preconiza Araújo²¹⁷, o Direito é a expressão última da ordem normativa, ainda em desenvolvimento, e tem como fundamento a igualdade dos homens, tornando-os pessoas de direitos e obrigações, o que os levará a justiça e felicidade na sociedade e no Estado à felicidade - pilares do Estado de Direito.

Essa exigência de atribuir aos homens direitos obrigou o Estado inclusive a protegê-los do absolutismo estatal em suas Constituições a partir da Declaração dos Direitos do Homem de 1789²¹⁸, através do Direito Constitucional, que implode a partir do século XVIII²¹⁹.

A Revolução na Europa buscou a liberdade democrática passando a exigir direitos mínimos existenciais no aspecto interno e externo. A internacionalização desses direitos fundamentais trouxe os direitos humanos que consagraram a dignidade humana e o valor do ser humano como pessoa titular de liberdade e condições dignas de sobrevivência.

²¹⁵ A constatação: o direito romano, que atingira excelsas alturas ao criar o direito civil, desconhecia a natureza universal do homem, aquela que é revelada pela religião dos cristãos. COSTA, op. cit., p. 57.

²¹⁶ Savigny completará a obra de Domat, desossando ao completo a pessoa, destacando a substância indicada na matriz etimológica e transformando-a em elemento da relação jurídica. COSTA, 2003. Op. Cit., p. 56

²¹⁷ ARAÚJO, op. cit., p. 425.

²¹⁸ COSTA, 2003. Op. Cit., p. 76.

²¹⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929, p. 60.

Para Sarlet²²⁰, há diferenças entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, nos seguintes termos: embora sejam esses os direitos considerados como sinônimos, a distinção entre eles está em que os direitos fundamentais são aqueles aplicados para o ser humano internamente, enquanto os direitos humanos guardam relação com o direito internacional, aspirando à validade universal desses.

Independentemente das diferenças preconizadas por Sarlet²²¹, todos esses direitos buscam resgatar a dignidade do ser humano, estando ambos “presos” a reconhecer os direitos individuais com base na liberdade e dignidade da pessoa humana, que são princípios que nunca podem ser rechaçados em uma sociedade politicamente organizada, pois só haverá Estado caso uma multidão de homens se una pela defesa comum de tudo aquilo que é para eles prioridade, como por exemplo, defender os direitos individuais de todos como já salientou Hegel²²².

Um dos fundamentos do Estado brasileiro é a dignidade da pessoa humana, nos termos do artigo 1º, inciso III da Constituição da República²²³, que explicita a obrigatoriedade desse princípio como um núcleo central de nossa sociedade para atender os indivíduos os tornando destinatários efetivos dos direitos fundamentais de cunho prestacional, como a Educação é o que observou Manoel Jorge e Silva Neto²²⁴.

Essa obrigatoriedade tornou o Estado brasileiro um garantidor dos direitos individuais²²⁵ e, ao mesmo tempo, um devedor desses direitos chamados fundamentais, que podem ser percebidos como gêneros, enquanto os direitos da personalidade são espécies daqueles²²⁶.

A Constituição da República de 1988 previu os direitos fundamentais do artigo 5º ao 17º consoante a declaração dos direitos fundamentais que, com o tempo e o espaço, vem se aperfeiçoando nas constituições estatais, não sendo esse rol

²²⁰ SARLET, op.cit., 88.

²²¹ Ibid.

²²² DEUTSCHLANDS, Kritik der Verfassung.; FISCHER, Kassel 1893. Tradução It. In. Scritti politici, Einaudi, Turim 197, p, 22.

²²³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 ago 2012 as 12h e 25 min

²²⁴ SILVA, op. cit., Pág. 201.

²²⁵ Com evidência, o direito social à educação acentua a distância havida entre o projeto constitucional e a realidade física, na qual as políticas públicas na área educacional estão em franco descompasso com as determinações constitucionais. SILVA, Op. Cit., p. 634.

²²⁶ STANCIOLI, op. cit., p. 6.

taxativo, como bem esclarece Alexandre de Moraes²²⁷. A possibilidade de outros direitos serem previstos em outros ordenamentos jurídicos com a natureza jurídica de comandos impostos ao Estado e a esfera privada, nos dizeres de Benedita Ferreira da Silva²²⁸, ratifica a “fala” de Alexandre de Moraes²²⁹ ao defender que o rol dos direitos fundamentais é meramente exemplificativo.

A aplicação dos direitos fundamentais deverá ser feita de forma imediata, na medida em que são direitos constitucionais inseridos no texto de uma Constituição, cuja eficácia e a aplicabilidade dependem muito do seu próprio enunciado.

A aplicabilidade e a eficácia imediata dos direitos fundamentais não são apenas defendidas pela doutrina, mas sim pela própria Constituição da República em seu artigo 5º, parágrafo 1º, o que evidencia a importância desses direitos para o Ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro. Pondera quanto a isso José Afonso da Silva²³⁰ nos esclarecendo que essa aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais estabelece normas fundamentais aplicáveis até onde possam as instituições oferecer condições para o seu atendimento, e ao poder judiciário caberá, em uma situação concreta, dar ao interessado o direito reclamado através dos instrumentos de garantias desses direitos.

A presença dos direitos fundamentais nas Constituições e na legislação infraconstitucional fez toda a diferença no cenário mundial no que tange à consagração dos direitos subjetivos, como bem preleciona Brunello Stanciolli :

Põem-se com direitos individuais de todos os sujeitos envolvidos, garantindo-lhes um dar, fazer ou não fazer. Desta forma, de acordo com sua posição do doutrinador supramencionado, os indivíduos humanos têm direitos pertinentes a suas condições de sujeitos de direito²³¹.

²²⁷ [...] a enumeração do artigo 5º da Constituição não exclui a existência de outros direitos e garantias individuais, de caráter infraconstitucional, decorrente de tratados internacionais em que a República Federativa seja parte. MORAES, 2009. Op. Cit., p. 122-123.

²²⁸ FERREIRA SILVA, Benedita Ferreira da. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Livraria Almedina, 2005, p.108.

²²⁹ [...] a enumeração do artigo 5º da Constituição não exclui a existência de outros direitos e garantias individuais, de caráter infraconstitucional, decorrente de tratados internacionais em que a República Federativa seja parte. MORAES, 2009. Op. Cit., p. 122-123.

²³⁰ SILVA, op. cit., p. 165.

²³¹ [...] normas de direito fundamentais consagram os direitos subjetivos. STANCIOLLI, 2010. Op. Cit. p. 13.

As pessoas naturais ou jurídicas, por serem sujeitos de direito, poderão exigir os direitos fundamentais de acordo com a sua necessidade²³². Vale ressaltar que a pessoa natural é uma das principais destinatárias dos direitos fundamentais, pois, nos dizeres da Constituição Cidadã em seu artigo 5º, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à educação e à propriedade.

Essa destinação prioritária dá à pessoa natural, como ser universal, a capacidade de adquirir direitos e assumir obrigações, além da possibilidade de os pleitearem judicialmente por instrumentos de garantias direitos, inclusive por meio de mandado de injunção ou mandado de segurança como admite José Afonso da Silva²³³, o que torna as normas constitucionais acessíveis ao cidadão.

Esse acesso aos direitos fundamentais pela via judicial, inclusive o direito a Educação²³⁴ através do Mandado de Segurança nos termos do artigo 5º, inciso LXIX da Constituição da República, é possível devido à natureza jurídica dos direitos fundamentais, que surgem como direitos subjetivos fundamentais à pessoa humana, passíveis de serem comprovados de plano, ou seja, são direitos que permitem ao impetrante do mandamus exhibir desde logo os elementos de prova que conduzem à certeza e à liquidez dos fatos que aparam tal direito, inclusive a Educação, o que garantirá o sucesso da ação constitucional para Carvalho Filho²³⁵, sob pena de termos uma crise no Estado que se propôs a absorver o direito mediante a constitucionalização deste, como destaca Norberto Bobbio²³⁶.

O conflito entre dois direitos fundamentais poderá ser ponderado, sob o princípio da concordância prática ou harmonização, pois a Constituição de 1988 entendeu que os direitos fundamentais integram-se num todo harmônico, nos dizeres de José Afonso da Silva²³⁷, um direito não excluirá o outro, e sim de acordo com o caso concreto haverá entre eles uma ponderação de interesses para aferir o

²³² Assim o regime jurídico das liberdades públicas protege as pessoas naturais brasileiros e estrangeiros no território nacional, como as pessoas jurídicas, pois têm direito à existência, à segurança, à proteção tributária e aos remédios constitucionais. MORAES, 2009. Op. Cit., p. 35.

²³³ SILVA, op. cit., p.165.

²³⁴ MORAES, op. cit., p. 831.

²³⁵ CARVALHO, op. cit., p. 1122.

²³⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus. 1992, p.152.

²³⁷ SILVA, op. cit., p. 185.

mais importante no caso em epígrafe. Cabe lembrar que os direitos fundamentais não são ilimitados, pois pela convivência das liberdades públicas limites poderão ser impostos à pessoa natural ou jurídica para evitar atividades ilícitas.

No caso da Educação, há um direito fundamental que emana de uma competência constitucional no ordenamento constitucional brasileiro, nos termos dos artigos 5º, inciso IX, 23, inciso III a V, 24, inciso VII a IX, 30, inciso IX e 205 a 217. A ratificação do dever de educar no ordenamento constitucional pátrio evidencia, portanto, ser o mesmo um dever de cumprimento obrigatório, sob pena de Responsabilidade Civil do Estado.

Esse dever de agir para dar pleno cumprimento aos direitos fundamentais são normas de caráter duplo, o que nos leva a entender que não basta fazê-las “nascer” através da institucionalização delas pelo ordenamento constitucional - como normas atributivas de direitos subjetivos ou normas de otimização, por serem fundamentos da ordem política e social de um Estado democrático, que terá o dever de tornar esses direitos efetivos²³⁸.

A fundamentalidade dos direitos fundamentais trata do sistema que para ser efetivo deverá ter plena aplicabilidade na seara social de forma interna e externa. Para José Afonso da Silva²³⁹, uma norma aplicável é aquela capaz de produzir efeitos, e se esses efeitos forem reais, as normas também serão eficazes, por isso a educação como um direito fundamental, fundado em uma norma constitucional, só será eficaz, se conseguir cumprir o fim a que se destina: gerar cidadãos dignos e livres dentro de uma sociedade.

Kelsen entendeu a vigência da norma como o dever-ser e não como a ordem do ser²⁴⁰, e ,por isso, vigência fala de existência enquanto a eficácia fala de efetividade na ordem dos fatos, fazendo prevalecer o vigor antes mesmo que a dita norma torne-se eficaz no ordenamento jurídico.

Essa ordem de vigência e efetividade, no que tange à Educação, é fundamental, pois a mesma existe desde os primórdios para levar a sociedade a ser e não apenas aparentar ser, como afirma Boaventura de Sousa Santos²⁴¹.

²³⁸ BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p.36.

²³⁹ SILVA, op. cit., p.13.

²⁴⁰ Ibid, p.18-19.,

²⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7 ed. Edições Afrontamento, 1987, p.7.

4.1 A EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E NAS CONSTITUIÇÕES ANTERIORES

Como já discutido anteriormente, os direitos fundamentais existem desde os primórdios, embora a proteção desses direitos na humanidade tenha acontecido após o absolutismo na Europa, exigindo dos órgãos estatais medidas reais positivas ou prestacionais. Para Rodolfo Arando²⁴², a terminologia direitos fundamentais demonstra a prioridade e essencialidade desses direitos às pessoa humanas.

No Brasil, a Educação é um direito fundamental social e prestacional do indivíduo contra o Estado que, segundo Robert Alexy²⁴³, deve estar apoiada nos princípios, embora possa o indivíduo, pagar a particulares para receber a dita prestação educacional, caso tenha condições para isso.

A prestação educacional não poderá deixar de ser concedida pelo Estado, embora a mesma possa ser prestada pelos particulares, sob a fiscalização Estatal para que o Brasil cumpra o preconizado no ordenamento constitucional vigente, que previu objetivos básicos da educação no artigo 205, são eles: pleno desenvolvimento da pessoa humana, preparo da pessoa para o exercício da cidadania e qualificação da pessoa para o trabalho, o que só será alcançado através de uma educação nacional, regulada pelos Entes da Federação e vislumbrada como um direito fundamental do ser humano pátrio.

Norberto Bobbio²⁴⁴ subdividiu os direitos fundamentais em três fases, são elas: direito à liberdade – que limita o poder do Estado, direitos políticos – que aparecem atribuindo autonomia aos membros da sociedade de participarem do poder político estatal e os direitos sociais – que expressam e exigem o bem-estar social através ou por meio do Estado. Essa subdivisão transformou o Estado em um Estado social, levando a educação a um status de direito fundamental prestacional que, para ser efetiva, deverá levar cada indivíduo a se autogovernar como ente dotado de liberdade e capaz de participar como cidadão da sociedade com

²⁴² ARANDO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005, p.65.

²⁴³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: **Centro de estudios constitucionales**, 1997, p. 482-485.

²⁴⁴ BOBBIO, op.citi., p.32-33.

consciência crítica em uma sociedade de pessoas livres e iguais, nos dizeres de Cury²⁴⁵.

Nas Constituições anteriores já havia uma grande preocupação com a Educação, embora a Constituição de 1988 seja o ápice dessa visão de direito fundamental universal, pois ao dizer que a educação é um direito de todos e um dever do Estado quis deixar claro que o Estado deverá se aparelhar de todos meios para prestar um serviço educacional direto e gratuito, como deixou claro José Afonso da Silva²⁴⁶. Embora a assertiva acima guarde veracidade, é de bom alvitre mencionar que a evolução do direito fundamental à educação nos ordenamentos constitucionais anteriores, assim aconteceu:

- Constituição de 1824 – A Constituição de 1824 fez menção à Educação no artigo 179²⁴⁷ sem, contudo, elevá-la a um dever Estatal obrigatório, tendo em vista que a mesma deveria ser prestada pela Igreja e pela família de forma gratuita. Para José Afonso da Silva²⁴⁸, essa Constituição foi a primeira a tornar reais alguns direitos do homem, embora quanto à educação a mesma não tenha seguido os ideais da Revolução Francesa de 1879;
- Constituição de 1891 - Impôs a forma republicana²⁴⁹ de governo no Brasil e consagrou como forma de Estado a Federação, nos dizeres de Silva Neto²⁵⁰. Essa mudança trouxe um aspecto positivo ao país, pois ampliou a autonomia dos Estados membros que deveriam cumprir o ordenamento constitucional, atribuindo direitos individuais aos cidadãos. Um desses direitos individuais e fundamentais foi a Educação que passava a ser um dever Estatal nos estabelecimentos públicos de forma centralizada, o que evidenciou um constitucionalismo social ainda inadequado quanto “àquilo” que se esperava do Estado, para Manoel Jorge Silva Neto²⁵¹.

²⁴⁵ CURY, Carlos Roberto Jamil. Artigo mencionado no livro Políticas públicas e gestão da educação. Brasília: Liber livro editora, 2006, p.123.

²⁴⁶ SILVA, op. cit., , p. 313.

²⁴⁷ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: XXXII. A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos)

²⁴⁸ SILVA, José Afonso. **Curso de direito Constitucional positivo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 169.

²⁴⁹ Art 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil)

²⁵⁰ SILVA, op.cit., p.64

²⁵¹ Ibidem, p.65.

- A Constituição de 1934 – É fruto da Revolução de 1930, que levou Getúlio Vargas ao poder. Essa Constituição foi muito influenciada pela crise de 1929 e pela Constituição de Weimar da Alemanha de 1919 é o que defende o autor Pedro Lenza²⁵². No país, foi mantida a organização tripartida dos poderes estatais, embora o poder executivo tenha tido um aumento significativo de seus poderes e competências. A Constituição de 1934 inovou quanto ao seu caráter social, inclusive quanto à educação ²⁵³ afirma Pedro Lenza.²⁵⁴. A partir da Constituição, o Estado passou a prestar a educação de forma imediata, embora a prestação educacional tenha sido subdividida entre os Entes da Federação, o que atesta que a constituição referida acima vislumbrou a educação como um direito do indivíduo no aspecto subjetivo;

- Constituição de 1937 – Os poderes passaram a ser centralizados nas “mãos” do poder executivo como um sistema que não privilegiou a democracia. A nova forma de exercício do poder trouxe reflexo na educação, tendo em vista que à União²⁵⁵ coube fixar as bases educacionais, além de outras funções. A Constituição de 1937 trouxe um retrocesso quanto a não menção da divisão de erário que seria gasto com educação, por isso embora tenha ocorrido à repetição do dever Estatal de educar, esse foi esvaziado devido a impossibilidade de cobrança de valor mínimo a ser gasto com a educação. Outra dificuldade foi a não previsão do mandado de segurança nesse ordenamento constitucional, fazendo com que o poder judiciário passasse a perder força judicante em sua atuação no que se refere aos direitos subjetivo, como prelecionou Pedro Lenza²⁵⁶;

- Constituição de 1946 – A Constituição 1946 pregou ideais liberais e democráticos, mantendo a federação e a República, e também garantindo o acesso ao judiciário como um direito do cidadão. Essa Constituição ampliou o dever à educação, inclusive à União²⁵⁷, nos seguintes termos: entendeu ser dever do

²⁵² LENZA, op. cit., p.41.

²⁵³ Constituição de 1934 - Art 149 - A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana)

²⁵⁴ LENZA, Op. Cit., p.43

²⁵⁵ Compete privativamente à União: IX - fixar as bases e determinar os quadros da educação nacional, traçando as diretrizes a que deve obedecer a formação física, intelectual e moral da infância e da juventude.

²⁵⁶ LENZA, op .cit., p.46.

²⁵⁷ Art 5º - Compete à União: XV - legislar sobre: d) diretrizes e bases da educação nacional)

Estado, trouxe de volta os valores mínimos a serem gastos com educação, preconizou que a educação era um direito de todos e subdividiu as funções, no que tange à educação, o que evidenciou uma maior preocupação Estatal com o dever de Educar;

- Constituição de 1967 – Ocorre o golpe militar em 1964, e após esse foram editados dois atos institucionais o 1 e 2. A Constituição de 1967 fortaleceu o poder executivo, inclusive admitindo a edição de decretos-leis. Manteve a forma de governo república e a forma de estado federação, embora sob um estado centralizado em um Estado totalmente ditatorial. Apregoava o ensino como um direito de todos, sendo esse ministrado pelo Estado em todos os níveis, sob algumas bases principiológicas previstas no artigo 168, §3º, dentre as quais poderíamos mencionar: ensino primário ministrado na língua nacional, ensino gratuito nos estabelecimentos primários oficiais, ensino oficial ulterior ao primário gratuito para aqueles que demonstrarem efetivo aproveitamento ou insuficiência de recursos.

Também previu que Poder Público em sua discricionariedade motivada poderia substituir o regime de gratuidade pela de concessão de bolsas de estudo, exigido o posterior reembolso no caso de ensino de grau superior, que o ensino religioso teria matrícula facultativa, em horários normais das escolas oficiais de grau primário e médio, o ensino trará provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras do magistério de grau médio e superior sendo feito, sempre, mediante prova de habilitação, consistindo em concurso público de provas e títulos quando se tratar de ensino oficial, passando a ser garantida a liberdade de cátedra.

Os princípios ou bases mencionadas evidenciam uma preocupação com a educação, embora a centralização da mesma causasse retrocesso à efetiva educação, que não fazia crescer o indivíduo e nem a sua liberdade de pensamento;

- Constituição de 1969 – Extingui vários aspectos da democracia, fortalecendo o poder executivo. Quanto à educação, essa foi ainda mais limitada, tendo em vista que dela se retirou a liberdade e a igualdade²⁵⁸.

- A Constituição de 1988 – Já no preâmbulo impõe ao Estado valores que deveriam ser buscados, nos seguintes termos: exercício dos direitos sociais e

²⁵⁸ Art. 176. A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola.

individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. Esses princípios evidenciam que a Constituição realmente prioriza o cidadão, sendo democrática e liberal. No que tange à Educação, a Constituição da República entendeu ser ela um dever do Estado²⁵⁹ para buscar o desenvolvimento do cidadão dizendo no artigo 206 quais os valores bases desse direito fundamental. Estabeleceu que uma lei teria que dispor sobre as regras que regeriam os profissionais da educação, além de garantir a sua efetivação. Manteve o ensino gratuito, descentralizado entre os Entes da Federação, além da iniciativa privada. Impôs valores mínimos a serem gastos prevendo um plano nacional de educação que conduza a – I erradicação do analfabetismo; II - universalização do atendimento escolar; III - melhoria da qualidade do ensino; IV - formação para o trabalho; V - promoção humanística, científica e tecnológica do País. VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto, visando a chegar a uma pessoa realmente digna.

4.2 A EDUCAÇÃO COMO UM SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL OU DE UTILIDADE PÚBLICA

Acompanhado o desenvolvimento da sociedade, o Estado brasileiro se viu obrigado a dar plena consecução à função de administrar. A função de administrar poderá ser analisada sob dois aspectos, são eles: no aspecto subjetivo – que exige a formação de uma estrutura administrativa estatal, que obedeça ao princípio da especialização – necessidade e adequação, e no sentido objetivo – que exige uma boa administração, fazendo cumprir o ordenamento constitucional vigente quanto às competências institucionalizadas pela mesma a cada pessoa jurídica de direito público interno, de acordo com o seu maior interesse.

²⁵⁹ Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A Constituição de 1834 foi a primeira Constituição a escrever sobre a ordem social e econômica, instituindo competências constitucionais e estabelecendo direitos fundamentais sociais²⁶⁰.

A instituição de competências constitucionais na Constituição de 1934 foi um reflexo da visão estatizante desse ordenamento constitucional, que impôs ao Estado não apenas o dever de instituir a prestação de serviço público educacional, mas também o dever de regulamentar e dar plena consecução a esse de forma direta. Essa visão de estatização do serviço público exsurgiu principalmente pelo cunho socializante, impresso por esse ordenamento constitucional, que, para Silva Neto²⁶¹, inaugurou no Brasil a previsão dos direitos sociais.

A prestação do serviço público como um direito de toda sociedade deverá ser uma marca do Estado de Direito, pois as competências “nascem” na própria Constituição que para serem cumpridas passou a exigir dos Entes Estatais um regime jurídico público que dissesse exatamente como a prestação de serviço aconteceria.

O regime jurídico nada mais é do que a Constituição em movimento, o que tornou o direito administrativo uma disciplina autônoma em relação às outras com o advento da Constituição de 1934, o que se pode depreender da “fala” de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²⁶² - o direito administrativo nasceu das revoluções que acabaram com o velho regime absolutista, pois o mesmo marca uma era do Estado de Direito.

Com a independência do direito administrativo, o Estado buscou cumprir o seu objeto que é a prestação do serviço público. A prestação de serviço público ampliado pela Constituição de 1934 fez o Estado ampliar sua estrutura estatal, tendo em vista que, nesse momento, as prestações passaram a ser executadas, em sua maioria, de forma direta pelos Entes da Federação.

Com a mudança do Estado para um Estado globalizado, o mesmo não deixou de prestar o serviço público de forma direta, mas foi se desprendendo dos serviços não essenciais para fazer surgir um Estado chamado de subsidiário ou mínimo ou

²⁶⁰ A ordem social adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a constituição mexicana de 1917. No Brasil, a primeira constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934. SILVA, op. cit., p. 285.

²⁶¹ SILVA, op. cit., p.66.

²⁶² MELLO, Oswaldo Aranha de. **Princípios gerais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 52.

regulador. O Estado liberal e globalizado se fundou na técnica da limitação do poder no aspecto interno e externo, visando à proteção da esfera privada, como observa Guilherme Peña de Moraes²⁶³.

Esse Estado subsidiário ou mínimo surgiu para que o Estado pudesse dar pleno cumprimento aos direitos existenciais, e também para evitar que a Responsabilidade Civil fosse imputada ao Estado como um fortuito interno de sua atividade.

O Estado subsidiário ou mínimo admitiu um deslocamento das competências constitucionais para outras pessoas administrativas e até para particulares que, fiscalizados, poderão prestar o serviço público, como pondera Norberto Bobbio²⁶⁴, o Estado só deveria agir em defesa da sociedade contra inimigos externos, em defesa dos indivíduos contra eles mesmos e no desempenho de obras públicas desinteressantes à iniciativa privada evidenciando uma visão liberalizante e iluminista.

Outra razão que levou os Estados a aderirem a essa visão liberalizante e iluminista, após o século XX, foi à tentativa de se evitar que a Responsabilidade Civil fosse imposta imediatamente sobre eles, caso a prestação de serviço não fosse considerada eficiente. Não se poderá deixar de afirmar que a Responsabilidade Civil do Estado passou por uma grande evolução até os dias atuais, pois passamos de um Estado que não causava danos ou males para um Estado que passou a responder de forma subjetiva ou de forma objetiva, o que foi ratificado pela doutrina na pessoa do autor Jean Rivero que assim afirmou: o Estado liberal tinha limitada atuação, raramente intervindo nas relações entre particulares, de modo que sua irresponsabilidade constituía mero corolário da figuração política de afastamento e da equivocada isenção que o Poder Político assumia àquela época²⁶⁵.

Com a evolução estatal e o fim da Guerra Fria, o Estado passou a intervir um pouco mais buscando o bem-estar social com o fim de viabilizar a efetivação de direitos prestacionais e igualdade aos indivíduos é o que salienta Guilherme Peña de

²⁶³ MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional** – Teoria do Estado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

²⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 23.

²⁶⁵ RIVERO, Jean. **Droit Administratif**, Paris: Dalloz, 1977, p. 264.

Moraes²⁶⁶. Essa visão social e contemporânea do Estado não retirou a visão de um Estado subsidiário ou mínimo, e sim fez aparecer com força o Estado Regulador.

O Estado Regulador, para Moreira Neto²⁶⁷, ascendeu com a democracia onde o interesse realmente relevante foi atender à sociedade. Nesse tipo de Estado, o que se quer é entregar ao Estado de forma direta é o planejamento, a fiscalização e a possibilidade de sancionar os delegatários do serviço público para que esses atendam aos princípios da eficiência e da continuidade.

A descentralização do serviço público é uma marca do Estado Regulador que, com base na sua discricionariedade, “dirá” através do preposto que apresenta o Ente Estatal por que caminho executará o serviço público, o que só exsurgiu após algumas Revoluções – Francesa, Industrial e Científica e Tecnológica, tornando-se um instrumento fundamental de gestão no Estado Contemporâneo, como afirmou Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁶⁸.

Os Entes da Federação são pessoas jurídicas de direito público interno ou seres intangíveis nos diversos níveis - federal, estadual ou municipal que deve cumprir a função de administrar por meio de uma boa gestão. Os agentes públicos que apresentam os Entes Estatais são, em regra, pessoas físicas que receberão as competências estatais por meio da nomeação como provimento originário no cargo público.

No sistema constitucional atual, as competências estatais foram partilhadas entre os Entes da Federação, e caberá aos chefes dos poderes executivos que os apresentam determinarem como o serviço público será prestado. Para Guilherme Peña de Moraes²⁶⁹ os chefes de governo, na medida em que deverão determinar as políticas nacionais, estaduais ou municipais deverão buscar os fins do Estado que é o bem comum.

Atualmente política nacional tem levado à descentralização das atividades estatais como um novo mecanismo no processo de evolução do Estado, por isso os chefes dos poderes executivos deverão analisar suas competências estatais para atuarem através de um planejamento, fiscalização e incentivo. O planejamento

²⁶⁶ MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional** – Teoria do Estado. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2006, pág. 9.

²⁶⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Forense, 2009, p. 135.

²⁶⁸ Ibid., p. 136.

²⁶⁹ MORAES, 2006, op. cit., p.135.

poderá levar a uma descentralização ou especialização técnica das suas atividades. A descentralização, como expõe José Afonso da Silva²⁷⁰, é um processo técnico instrumentalizado para transformar a realidade existente, o que ocorrerá por meio de escolhas pela forma de prestação direta, indireta, contratual ou de colaboração financeira Estatal a pessoas jurídicas privadas qualificadas pelo Estado.

A delegação pela descentralização deverá ocorrer após uma análise das competências para subdividi-las em serviços públicos essenciais ou de utilidade pública. Ordinalmente, os serviços públicos foram definidos pela Constituição da República como sendo todas as atividades instituídas, mantidas ou executadas pelo Estado, nos termos dos seus artigos 21, 25 e 30.

A definição de como a prestação será feita abarca todas as atuações estatais diretas, indiretas ou delegadas, como também definiu Hely Lopes Meirelles²⁷¹, o serviço público é todo serviço prestado pela Administração ou seus delegados, sob normas estatais, desde que busquem satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade. A definição do autor supramencionado evidencia a divisão entre serviços essenciais ou de utilidade pública, o que hoje é imprescindível para tornar legítima a prestação descentralizada da atividade pública - a pessoas que compõe a administração indireta, contratados ou a pessoas jurídicas de direito privado do terceiro setor na prestação do direito fundamental à educação.

O direito fundamental à educação é serviço público essencial e ao mesmo tempo de utilidade pública, tendo em vista que o ordenamento constitucional brasileiro o preconizou como um dever do Estado, da família e podendo ser promovida pela sociedade, nos seguintes termos:

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

Ao determinar a Constituição da República que o direito fundamental à educação é um dever do Estado, quis o poder constituinte originário que o Estado não deixe de prestar a Educação de forma direta através dos seus órgãos e agentes

²⁷⁰ SILVA, op. cit., 165.

²⁷¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros. 2002, p.294.

públicos, pois a mesma visa a formar o indivíduo de forma completa - quanto a sua vida moral, física, espiritual e intelectual, o que sem dúvida é um dever do Estado, como bem disse Celso Antônio Bastos²⁷² (2006).

Com base no artigo 205 da Constituição da República, artigo já mencionado também é possível entendermos que o direito fundamental à educação como um serviço de utilidade pública, passível de ser delegado a um particular para que a educação seja promovida pela sociedade.

A sociedade poderá prestar o serviço público educacional, pela descentralização, embora o Ente da Federação não possa deixar de exercer sobre este regulamentação e controle, pois o mesmo materializa um direito fundamental do cidadão. Esse dever de regulamentar e controlar a educação visa à prestação de um serviço público mais efetivo, o que é um norte a ser alcançado pelo Estado regulador, sob pena de sua omissão caracterizar inação que gerará responsabilidade.

4.3 A PESSOA COMO TITULAR DO DIREITO FUNDAMENTAL CHAMADO DE EDUCAÇÃO

A doutrina diverge quanto ao conceito de pessoa, embora esse seja fundamental para todo o direito público e direito privado. García Maynez²⁷³ entende que essa divergência ocorre devido à grande diversidade de pontos de vista em que o tema é abordado pelos diferentes autores, o que torna a matéria uma das mais árduas da ciência jurídica. A delimitação de um conceito seria fundamental, pois impediria acepções tão diferentes e peculiares em cada disciplina em que o conceito é estudado, inclusive no Direito²⁷⁴.

²⁷² BASTOS, Celso. In: CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. Curso de Direito Constitucional. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

²⁷³ [...] a noção de pessoa, por ser tema de capital importância não só para o Direito Privado, como também para o público, inspirou vasta literatura e suscitou os mais variados posicionamentos entre os juristas. EBERLE, Simone. **A capacidade entre o fato e o direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006, p. 17-18.

²⁷⁴ [...] a definição corrente do termo confere à palavra acepções as mais variadas e distintas em cada uma dessas matérias. EBERLE, 2006. Op. Cit., p. 18.

Majoritariamente a doutrina entende que a noção de pessoa²⁷⁵, pelo seu próprio conceito²⁷⁶, confunde-se com a noção de sujeito de direito, ou seja, alguém dotado de aptidão para desempenhar um papel na vida jurídica de forma ativa ou passiva. Essa visão leva o conceito a uma concretude no aspecto real, e não apenas a uma abstração. A abstração só passaria a ser relevante juridicamente, se pudesse tornar a pessoa natural habilitada no plano jurídico, é o que preconizava Pontes de Miranda²⁷⁷.

O conceito de pessoa passou por várias alterações quanto ao seu significado, são eles: num primeiro momento foi confundido com uma máscara usada pelos atores; num segundo momento passou a ser considerado o próprio ator mascarado em cena; em um terceiro momento recebeu o significado do papel desempenhado por alguém na sociedade e, hoje, o termo indica o próprio ser humano dotado de personalidade jurídica, é o que entende Francesco Ferrara²⁷⁸. Essa evolução ocorreu através de um processo que Miguel Reale chama de 'integração social'²⁷⁹. No processo de integração social, a pessoa natural passou a ser o foco e a personalidade apenas um instrumento para a efetivação dos direitos a serem pleiteados²⁸⁰, inclusive os direitos fundamentais.

A eficácia dessa integração social só foi possível devido à definição jurídica de pessoa, que para Kelsen era uma pessoa jurídica no sentido técnico da expressão²⁸¹. Cumpre esclarecer que essa definição tem um erro fundamental vislumbrado por Machado, que foi entender os conceitos de pessoa e de homem como sendo conceitos heterogêneos²⁸². Para Machado, o conceito de pessoa se

²⁷⁵ Antônio Junqueira de Azevedo e Fábio Ulhoa Coelho diferenciam pessoa e sujeito de direito, parecendo compreender a noção de subjetividade como sendo mais ampla do que a de personalidade. *Ibidem*, p. 24-25.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 22.

²⁷⁷ [...] rigorosamente, só se devia tratar de pessoa, depois de tratar dos sujeitos de direito; porque ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. MIRANDA apud EBERLE, 2006. Op. Cit., p. 23.

²⁷⁸ [...] essa linguagem cênica imiscui-se em meio à vida comum passando a palavra a designar o papel jurídico-social que o homem representava, ao assinalar sua posição, função ou qualidade. FERRARA, Francesco apud EBERLE, 2006. Op. Cit., p. 29.

²⁷⁹ EBERLE, 2006. Op. Cit., p. 31.

²⁸⁰ Desconsideração. *Ibidem*., p. 95.

²⁸¹ [...] há identidade entre pessoa jurídica e pessoa física (exemplo, a sociedade); logo, pessoa jurídica, no sentido técnico da expressão, é construção do pensamento jurídico. MACHADO, Edgar de Godói Matta. Conceito Analógico de pessoa Aplicado à personalidade Jurídica. **Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade de Minas Gerais**, Belo Horizonte, a 6 (nova fase), out. 1954, p. 68.

²⁸² MACHADO, 1954. Op. Cit., p. 70.

realiza plenamente através de uma analogia com o seu analogado supremo, que é Deus, ratificando a constatação feita por Jean Domat que deu ao Cristianismo a origem da importância do homem como ser universal para a humanidade. Outra analogia feita pelo autor foi entre a pessoa natural e o homem que, segundo Machado²⁸³, deverá ocorrer através de semelhanças essenciais e que a *posteriori* foi sendo desenvolvida pela construção do pensamento jurídico.

No ordenamento jurídico, o conceito de pessoa natural começou a ser construído a partir dos períodos da alta e baixa Idade Média, e foi com o Iluminismo, já na modernidade, que se passou a preconizar a liberdade e a autonomia da vontade fundada na Educação buscando um valor ético universal tornando todo ser alguém racional e com um valor intrínseco a ser respeitado, entendeu Brunello Stancioli²⁸⁴. O valor ético universal foi o fundamento dos direitos da personalidade que, pela historicidade, gerou normas jurídicas a serem compartilhadas pelos sujeitos de direitos, por serem direitos mínimos e existenciais, e que não podem apenas estar previstos em um ordenamento jurídico, e sim serem eficazes nele.

Os direitos mínimos e existenciais pertencem à pessoa como indivíduo. Essa noção de pessoa coparticipe do direito²⁸⁵ foi acolhida pelo constitucionalismo e pelas normas jurídicas que surgem como sendo uma produção de sentidos sociais. Para Thomas Hobbes, a pessoa é um denotativo do status ocupado na organização social²⁸⁶. O grande passo de Hobbes não foi conceituar a pessoa, como já mencionado, e sim conectar a pessoa/indivíduo ao ser sujeito de direitos subjetivos, afirma Costa²⁸⁷.

A eficácia dessa conexão foi tornada mais eficaz com a Declaração de 1789 que em seu artigo primeiro afirma: “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Essa eficácia foi para o autor supramencionado a absolutização dos direitos subjetivos²⁸⁸. A absolutização dos direitos subjetivos tornou a pessoa titular e sujeito dos direitos²⁸⁹. A noção de sujeito de direito ingressou no léxico ocidental

²⁸³ Ibidem., p. 77.

²⁸⁴ STANCIOLI, op. cit., p. 52-62.

²⁸⁵ ALTHUSIUS, Johannes apud COSTA, 2003. Op. Cit., p. 36.

²⁸⁶ É o mesmo que um ator, tanto no palco como na conversação corrente. E personificar é representar seja a si mesmo ou a outro. COSTA, 2003. Op. Cit., p. 23.

²⁸⁷ Ibid., p. 38.

²⁸⁸ Ibid., p. 44.

²⁸⁹ Que consistiu na conexão entre a liberdade e igualdade. Se todos são iguais, todos eram igualmente livres, todos eram igualmente “sujeitos de direito”. Ibidem, p. 44.

um pouco antes da Declaração de 1789 por volta de 1730, e só mais tarde passou a ser considerada nas suas aptidões reais, afirma Costa²⁹⁰.

O sujeito de direito na visão que Savigny²⁹¹ é a versão jurídica do ser humano para o direito privado ou para o direito público. O direito privado se preocupa com o indivíduo proprietário, enquanto o direito público se preocupa com o cidadão como pessoa constitucional. Embora alguns autores vejam uma distância entre pessoa do direito privado e a pessoa constitucional, Costa entende que a distância é relativa, pois pessoa civil é o indivíduo proprietário de algum direito. E é de bom alvitre levantar que só com esse entendimento pode-se pensar em direitos da personalidade²⁹².

Os direitos da personalidade ou direitos subjetivos são fundamentais para a construção de um conceito de pessoa mais real ou consistente, pois os seres humanos precisam desses valores que constituem a personalidade, o que Taylor chamou de ‘hiperbens’. A possibilidade de usufruir desses hiperbens garante à pessoa humana uma vida boa através de escolhas próprias e pessoais²⁹³.

A possibilidade de escolha ou do uso da autonomia, sob um mínimo obrigatório, dá ao indivíduo, enquanto pessoa, a dignidade exigida pela Constituição Cidadã em seu artigo 1º, inciso III. O conceito de dignidade, no que tange ao direito fundamental à educação²⁹⁴, guarda uma grande importância, pois, como já mencionado, a educação traz autonomia ao homem para exigir a materialização dos hiperbens e não apenas a sua existência, sendo essa um atributo²⁹⁵ da pessoa humana²⁹⁶.

²⁹⁰ Ibid., p. 55.

²⁹¹ Ibid., p. 66

²⁹² Em ambos os estatutos, porém a ordem é unívoca: é a ordem da exclusão, da divisão dos poderes sociais e, seja que nomes tenham – eleitores, indivíduos, pessoas, sujeitos, cidadãos –, o ser humano que conta será aquele filtrado pelo estreito funil da ordem proprietária. Ibidem, p. 79.

²⁹³ Pode-se, então, definir direitos da personalidade como direitos subjetivos que põem em vigor, através de normas cogentes, valores constitutivos da pessoa natural e que permitem a vivência de escolhas pessoais (autonomia), segundo a orientação do que significa vida boa, para cada pessoa, em um dado contexto histórico-cultural e geográfico. STANCIOLI, 2010. Op. Cit., p. 95.

²⁹⁴ Debruçada sobre as imensas peculiaridades do princípio na França, entende constituir a dignidade “a pedra filosofal dos direitos fundamentais”. ROUSSEAU, Dominique apud COSTA, 2003. Op. Cit., p. 115.

²⁹⁵ a) a dignidade humana é um princípio; b) a dignidade humana é um valor; c) a dignidade humana é uma qualidade inerente ao ser humano; d) a dignidade humana decorre de dos traços peculiares do homem, a saber, a capacidade para o diálogo e o amor; e) a dignidade humana fundamenta a autodeterminação; f) a dignidade humana fundamenta a liberdade; g) a dignidade humana fundamenta a razoabilidade; h) a dignidade humana tem valor transformista, camaleônico, no sentido de preencher todos os direitos fundamentais, servindo para justificar a necessidade de um

A educação é um direito da personalidade e ao mesmo tempo um direito fundamental²⁹⁷. O direito à educação poderá ser exercido pela pessoa natural como titular do mesmo, independentemente da doutrina a que nos filiemos, da diferenciação ou identificação entre os direitos fundamentais ou os direitos da personalidade, pois é um direito inato da pessoa natural ou complexo atinente de valor social historicamente consagrado²⁹⁸.

Independentemente da doutrina citada, o direito à educação é um direito fundamental que deverá ser disponibilizado à pessoa natural²⁹⁹ como ser universal³⁰⁰. Essa visão já existia nas civilizações clássicas, embora com um caráter político. Na Idade Média esse dever passa a ser da Igreja, devido à vinculação entre a Igreja e o Estado, e só no século XVIII com as revoluções e democratização dos Estados, o mesmo passa a ser um dever do Estado à pessoa natural, como bem nos alerta Celso Ribeiro Bastos³⁰¹.

A pessoa natural, enquanto ser humano e sujeito do direito à educação, poderá exigir a mesma como preconizada no Ordenamento Constitucional brasileiro, pois essa é um comando para os chefes dos poderes executivos se aproximando dos direitos da personalidade que em regra são comandos que serão dados aos particulares como alerta Stanciolli³⁰² (2010). A diferença mencionada é um dos critérios utilizados para diferenciar os direitos fundamentais e da personalidade, e não há dúvida do dever estatal de educar o cidadão real, titular dos direitos fundamentais, sob pena de inefetividade dos direitos fundamentais que realmente não exsurgirá, caso a qualidade não seja um alvo a ser alcançado.

“alojamento decente” ou uma escolha sexual livre tanto serve para proibir torturas ou as experiências eugênicas com seres humanos). COSTA, 2003. Op. Cit., p. 122.

²⁹⁶ Ibidem, p. 113.

²⁹⁷ [...] os bens da personalidade são aqueles bens da vida que dizem com uma proteção à pessoa enquanto tal – valendo como pessoa – e nada mais. Ibidem, p. 205.

²⁹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 7-8. In: COSTA, 2003. Op. Cit., p. 217; TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 40.

²⁹⁹ [...] os direitos fundamentais, em suas dimensões objetiva e subjetiva, nada mais são que condições de possibilidade para tutela e livre desenvolvimento da pessoa. STANCIOLI, 2010. Op. Cit., p.17.

³⁰⁰ [...] ser pessoa deixa, então, de constituir um atributo exclusivo do homem considerado em si mesmo e passa a estender-se aos agrupamentos formados por meio da iniciativa humana. EBERLE, 2006. Op. Cit., p. 33.

³⁰¹ BASTOS, op. cit, p.481-485.

³⁰² STANCIOLI, 2010. Op. Cit., p.17.

4.4 A EDUCAÇÃO PARA ALGUNS FILÓSOFOS

A educação não visa apenas à transmissão de conhecimento ao ser humano, e sim tornar alguém capaz de compreender problemas globais e fundamentais para que possa ter uma vida digna em sociedade. Cumpre esclarecer que o conhecimento obtido através da educação tornará o ser humano alguém mais consciente quanto a sua própria identidade individual e em sociedade. Isso ratifica a visão de Kant que, segundo Philonenko³⁰³, resgata o verdadeiro sentido de educação intelectual como um exercício de inteligência possuindo duas finalidades – uma interna, sendo um tipo de exercício que contribui para o aperfeiçoamento individual, e uma externa que amplia à formação do indivíduo em sociedade.

Para Platão, o aprimoramento da sociedade também acontecerá através da educação, desde que a mesma seja uma constante, capacitando os cidadãos para que possam desempenhar tarefas políticas importantes no governo da polis. Infelizmente, admite Platão³⁰⁴ que a educação não era um privilégio de todos, mesmo dentre aqueles que se dedicavam ao aprendizado, embora se saiba hoje que no Estado Democrático ela seja essencial estando prevista na maioria das Constituições.

Segundo Teixeira³⁰⁵, com o passar do tempo à educação foi sendo socializada, o que exigiu uma institucionalização coordenada da mesma.

A educação como direito fundamental institucionalizado trouxe um maior desenvolvimento do ser humano, e até da sociedade, pois o fez compreender o desenvolvimento conjunto de suas autonomias individuais, das participações comunitárias e da consciência de pertencer à espécie humana. Daí Morin³⁰⁶ vislumbrou as duas grandes finalidades da educação no novo milênio, quais sejam estabelecer uma relação de controle mútuo entre a sociedade e os indivíduos pela democracia e conceber a humanidade como comunidade planetária.

³⁰³ PHILONENKO, Alexis. Introduction et Notes. In: KANT, Immanuel. **Réflexions sur L'Éducation**. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, Paris. 1966, p. 55.

³⁰⁴ Platão. **A República**. São Paulo: Nova Cultural, 2004, p. 230.

³⁰⁵ TEIXEIRA, Evilázio. **A Educação do Homem segundo Platão**. São Paulo: Paulus, 1999, p. 17.

³⁰⁶ MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 1921. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. Revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho. 2. ed. São Paulo : Cortez Brasília, DF : UNESCO, 2000, p. 105/113.

A educação, portanto, deverá contribuir não somente para a tomada de consciência desta Terra-Pátria, mas também permitir que essa consciência se traduza em vontade de realizar a cidadania terrena.

O dever estatal de educar buscou educar o homem, tendo em vista que este é a única criatura que precisa ser educada³⁰⁷.

³⁰⁷ KANT. **Sobre a Pedagogia**. Tradução de Francisco Cock Fontanella. 3. ed. Piracicaba: Unimep, 2002, p. 11.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim do presente estudo, foi possível vislumbrarmos alguns pontos importantes e que merecem nossa reflexão.

Foi feita uma análise breve dos tipos de direitos fundamentais e suas principais características na Constituição da República de 1988 para que pudéssemos chegar a um Estado Moderno.

Buscou-se exigir dos Estados Estatais a construção de um Estado de Direito real baseado em valores que atendam acima de tudo ao indivíduo – titular do direito fundamental que é a educação.

Buscou-se provar que o sistema jurídico não é fechado, devido à aplicação dos princípios que passaram a exigir dos intérpretes da Constituição da República e das leis que a regulamentam, uma releitura das mesmas com base nos princípios que têm natureza jurídica de normas de cumprimento obrigatório.

Também se buscou provar que a Educação é um direito fundamental que deverá ser prestada, inicialmente, pelos Entes da Federação, nos termos da Constituição de 1988, por ser considerada um serviço público. Ocorre que o Estado Brasileiro é um Estado Regulador que não abarcará para si os serviços públicos não essenciais ou não privativos, e por isso coube ao chefe do poder executivo, que apresenta a federação, uma análise do tipo de serviço público a ser prestado e, ao constatar que esse não é essencial, poderá, de forma motivada, prestá-lo centralizadamente ou de forma descentralizada.

Também se levantou o dever de prestar a educação como um direito fundamental essencial, sob pena de Responsabilidade Civil do Estado, ou ainda de uma tutela judicial que obrigue o Estado à dita prestação. A intervenção do poder judiciário na seara da Administração Pública não afeta a separação de poderes, devido à competência preconizada na Constituição da República - ser um dever público de agir.

Outro aspecto importante levantado foi o dever de prestar a educação de forma eficiente, nos termos do artigo 37 da Constituição da República, sob pena de dano passível de ressarcimento. O dano na prestação do Serviço Público também é possível, devido à falibilidade humana dos prepostos que representam a Federação, já que os Entes Estatais são seres intangíveis. A possibilidade de dano não impediu

a continuidade da educação pública centralizada ou descentralização da prestação educacional.

No que tange à Educação, a descentralização foi levantada visando à entrega do serviço público, nas “mãos” de pessoas administrativas ou pessoas que compõem a sociedade civil. À União caberá a predominância da competência - quanto à edição de normas gerais e o auxílio à assistência financeira, através de avaliações que buscarão ajudar os mais necessitados, e com isso nossa federação será cooperativa, e não competitiva. Buscando-se o ideal moderno de democracia, tendo em vista o anacronismo das concepções positivas do Direito.

Assim, conclui-se que, por detrás de uma norma meramente positivada que exige a prestação educacional, exige-se o atendimento a um princípio maior que o atendimento à dignidade da pessoa humana como um valor, e só com essa visão a prestação educacional será realmente efetiva.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Dallari Dalmo de. **Elementos da teoria geral do estado**. 11 ed. São Paulo: Saraiva: 1985.
- ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Tradução espanhola de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: **Centro de estudios constitucionales**, 1997, p. 482-485.
- ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**: o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARANDO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- ARAÚJO, Aloízio Gonzaga de Andrade. **O direito e o Estado como estruturas e sistemas: um contributo à teoria geral do direito e do Estado**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG/Movimento Editorial, 2005.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil: em favor de uma Ética Biocêntrica. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de.; et.al. **Novo código civil brasileiro e outros temas**: homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Revista Jurídica**, Brasília, n.96, v.12, Fev/Mai 2010.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Nacionalidade e cidadania**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.
- BASTOS, Celso Antônio. In: CHIMENTI, Ricardo Cunha; CAPEZ, Fernando; ROSA, Márcio F. Elias; SANTOS, Marisa F. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. Desconsideração da Personalidade Jurídica na Execução Trabalhista – Responsabilidade dos Sócios em Execução Trabalhista contra a Sociedade. **Revista LTR**. v. 58, nº. 11, Novembro de 1994, ISSN 58-11/1295.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1929.
- BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2002.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 7-8. In: COSTA, 2003. Op. Cit., p. 217; TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

_____. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Curso de direito constitucional**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. 19. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm >. Acesso em: 05 jul 2011.

_____. **Lei nº. 10.172 de 09/01/2001**. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm>. Acesso em: 05 jul 2011.

_____. **Lei nº. 9.394 de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/tvescola/leis/lein9394.pdf>>. Acesso em: 05 jul 2011.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica. Vitória. Ano 1, n. 6, Fev. 2007. Pág. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org.br>>. Acesso em: 28 Jul 2012.

CANOTILHO, **Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra editora, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Aluísio Dardeau de. **Nacionalidade e cidadania**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1956.

CATTONI, Marcelo Andrade. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001,

CHAMON JR., Lúcio Antônio, **Teoria da Argumentação Jurídica, Constitucionalismo e Democracia em uma Reconstrução das Fontes no Direito Moderno**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. xxvii do estudo prévio.

CHIMENTI, Carlo. **Manuale di diritto pubblico**. Torino : Giappichelli, 2009.

CLARK, Giovani. **O Município em Face do Direito Econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CLAUDE, Richard Pierre. Direito à educação e educação para direitos humanos. SUR: **Revista Internacional de Direitos Humanos**. Ano 2, n. 2, 2005 p. 37-63. São Paulo: Rede Universitária de Direitos Humanos. 2005.

COELHO, Daniella Mello. **Administração pública gerencial**. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2004.

COSSIO, Carlos. La plenitude del ordenamento jurídico, p. 21. In: CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica**. Constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COSTA, Judith Martins. Pessoa, Personalidade, Dignidade (ensaio de uma qualificação). **Tese de livre docência em direito civil**, Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. São Paulo: Progresso, 1956.

CUNHA, Luiz Antônio. **Educação, Estado e Democracia no Brasil**. 4 ed. Rio de Janeiro: Universidade Fluminense, 2001.

CURY, Augusto. Disponível em: <<http://pensador.uol.com.br/frase/MTY4NTU5/>>. Acesso em: 10 Jul 2012.

CURY, Carlo Roberto Jamil. **Sistema nacional de educação**: desafio para uma educação igualitária e federativa. Educação e Sociedade, Campinas, v. 29, n. 105, p. 1187-1209, set./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br>>. Acesso em: 10 Jul 2011.

_____. Federalismo político e educacional. In: FERREIRA, Naura S.C.; SCHLESENER, A. (Org.). **Políticas públicas e gestão da educação**: polêmicas, fundamentos e análises. Brasília: Líber Livro, 2006.

_____. **Sistema nacional de educação**: desafio para uma educação igualitária e federativa. Educação e Sociedade, Campinas, v. 29, n. 105, p. 1187-1209, set./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br>>. Acesso em: 10 jul 2011.

DEUTSCHLANDS, Kritik der Verfassung.; FISCHER, Kassel 1893. Tradução It. In. Scritti polotici, Einaudi, Turim 197.

DIEZ, Manuel Maria. **Manual de direito administrativo**. Tom II. Buenos Aires: Plus Ultra, 1980.

DINIZ, Maria Helena de. **Norma constitucional e seus efeitos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DOIG KLINGEN. Germán. **Direitos Humanos e ensinamento social da Igreja**. São Paulo: Loyola, 1994.

DRAPER, Hal. *Kal Max's Teory of revolution. Vol I. State and Bbureaucracy*. New York: Monthly Review Press, 1977, p. 70. In: CARNOY, Martin. **Estado e teoria política**. 2 ed. São Paulo: Papirus, 1988.

DUARTE, Gleuso Damasceno. **A constituição explicada ao cidadão e ao estudante**. 10 ed. São Paulo: Editora Lê, 1995.

EBERLE, Simone. **A capacidade entre o fato e o direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

FABRIS, Sérgio. **O direito à educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001

FEREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha . **Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na constituição de 1988..**

FERREIRA, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONZALEZ, W. A Abordagem da gestão democrática em espaços não formais de ensino no Rio de Janeiro. **Cd Rom**: Anais do XVI ENDIPE.

GRECO, Leonardo. **O acesso ao Direito e à Justiça**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=420>. Acesso em: 26 Jul 2012.

_____. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 26 Jul 2012.

HEIDEGGER, Martin. **Os pensadores**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Nova cultural, 1996.

KANT. **Sobre a Pedagogia**. Tradução de Francisco Cock Fontanella. 3. ed. Piracicaba: Unimep, 2002.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. p. X, XIX , XX XXX e XXXI – apud na parte final a Mateus XVIII, 4, XIX, 30, 16 e 26. *Justiça e direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LANGLOIS, José Miguel Ibañes. **Doutrina Social da Igreja**. Lisboa: Rei dos Livros, 1990.

LENZA Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 12 ed. Ver. Atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LUCE, Maria Beatriz.; FARENZENA, Nalú. O regime de colaboração intergovernamental. In: GRACIANO, Mariângela. (Org.). **O plano de desenvolvimento da Educação (PDE)**. São Paulo: Ação Educativa, v.4, 2007.

_____. **Centralidade na educação básica** - O regime de colaboração intergovernamental. Disponível em: <http://www.observatoriodaeducacao.org.br/index.php?view=article&catid=66%3Apde&id=536%3Ao-regime-de-colaboracaointergovernamental&tmpl=component&print=1&page=&option=com_content&Itemid=44>. Acesso em: 10 jul 2010.

LUNO, Pérez. **Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema**. Sevilla. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

MACHADO, Edgar de Godói Matta. Conceito Analógico de pessoa Aplicado à personalidade Jurídica. **Revista da Faculdade de Direito [da] Universidade de Minas Gerais**, Belo Horizonte, a 6 (nova fase), out. 1954.

MALISKA. Marcos Augusto. **O DIREITO À EDUCAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO**. Editora Sérgio Antônio Fabbris . Belo Horizonte..

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Outros escritos. Tradução de Lívio Xavier. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no Estado constitucional** . Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 635, 4 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6550>>. Acesso em: 19 Jul 2012.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS, Angela Maria. **A descentralização como eixo das reformas do ensino**: uma discussão da literatura. Educação e sociedade, ano XXII, n. 77, dezembro de 2001.

MARTINS, Ives Gandra.; BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1988.

MASCARO. **A administração escolar na América Latina**. Bahia: ANPAE, 1968.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros. 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Cleyson Moraes. **Hermenêutica e Direito**. São Paulo: Freitas Bastos, 2006.

_____. **Revista Interdisciplinar de Direito de Valença**, Fundação Educacional D. André Arcverde, Faculdade de Direito, ano 1, n.1 (maio 1998). Valença, Editora Valença, 1998.

_____. A Hermenêutica Filosófica e a Tutela da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Legis Augustus** (Revista Jurídica). v. 3, nº.1, p. 5-15, setembro de 2010. ISSN 1516-9367.

MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Editora Celso Bastos, 2009.

MONTAÑO, Carlos. **Terceiro Setor e questão social**: crítica ao padrão de intervenção social. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Daniela Pinto Holtz. Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 76, maio 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701>. Acesso em: 15 Dez 2012.

MORAES, Guilherme Peña de. **Direito Constitucional** – Teoria do Estado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 1999

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Forense, 2009.

MORIN, Edgar. **A inteligência da complexidade**. Tradução de Nurimar Maria Falci. 2 ed. Editora Fundação Peirópolis. Série Nova Consciência, p. 200.

_____. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 1921. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. Revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho. 2. ed. São Paulo : Cortez Brasília, DF : UNESCO, 2000.

MOREIRA, Diogo Luna. Pessoas: A co-relação entre as coordenadas da personalidade e as coordenadas da personalidade jurídica. 194 f. **Dissertação**. Mestrado em Direito Privado. Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

OLIVEIRA, Dalila Andrade. Regulação das políticas educacionais na América Latina e suas consequências para os trabalhadores docentes. **Educ.Soc**, Campinas, v. 26, n. 92, p. 764, especial- out. 2005. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br>>. Acesso em: 10 jul 2010

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. V. I. 20 ed. São Paulo: Forense, 2004.

PHILONENKO, Alexis. Introduction et Notes. In: KANT, Immanuel. **Réflexions sur L'Éducation**. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, Paris. 1966.

PICARD, Edmond. **O direito puro**. Salvador: Progresso, 1951.

PINHEIRO, Maria Francisca. **A educação nas constituições brasileiras**. 3 ed. São Paulo: Autores Associados, 2005.

PIROTH e SCHLINK, Grundrechte – Staatsrech II. In: MENDES, Gilmar. **Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade**. Estudos de Direito Constitucional. 2 ed. São Paulo: Editora Celso Bastos, 2009.

Platão. **A República**. São Paulo: Nova Cultural, 2004.

PRIVATIZA Brasil. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Privatiza%C3%A7%C3%A3o_no_Brasil>. Acesso em: 23 Jul 2012.

RIVERO, Jean. **Droit Administratif**, Paris: Dalloz, 1977.

ROBLES, Gregório. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. São Paulo: Manole, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANDER, Benno. **Administração da Educação no Brasil**: genealogia do conhecimento. Brasília: Liber livro, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7 ed. Edições Afrontamento, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2006.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição de 1988**. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2001.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos advogados 1998.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais**: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SICHES, Luiz Recaséns. **Filosofia de la intepretación de la derecho**. 1980.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Benedita Ferreira da. **A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Coimbra: Livraria Almedina, 2005.

SILVA, José Affonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968,

SOUTO, Marcus Juruena Villela. **Direito Administrativo das Parceiras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao Exercício de direitos da personalidade**. Ou como Alguém se torna o que quiser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional Hermenêutica**. Uma nova Crítica do Direito. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público, p. 78. SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEIXEIRA, Evilázio. **A Educação do Homem segundo Platão**. São Paulo: Paulus, 1999.

TENSIONS, Guillermo. the Bureaucratic Authoritarian State and the question of democracy. In the new authoritarianism in latin American. V. Coller, 1979, p. 317. In: CARNOY, Martin. **Estado e teoria política**. 2 ed. São Paulo: Papirus, 1988.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRENS, Haradja Leite. **Da hermenêutica clássica para a hermenêutica constitucional: o papel de uma hermenêutica principiológica**. Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre (2005).Disponível em: <<http://works.bepress.com/haradjatorrens/16>>. Acesso em: 26 Jul 2012.

VALENTE, Ivan. **Plano Nacional de Educação**. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de personalidade**. Almedina: Coimbra, 2006.

VAZ, Henrique Cláudio Lima. Pessoa e sociedade: o ensinamento de João XXIII. In: **escritos de filosofia**. São Paulo: Loyola, 1986.

VILLELA, João Baptista. **Apontamentos sobre direitos humanos e sua garantia judicial**. Belo Horizonte: Editora, 2009.

_____. Variações impopulares sobre dignidade da pessoa humana. **Superior Tribunal de Justiça – Doutrina**, Edição Comemorativa – 20 anos, STJ 2009.