

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

ANDRÉ RAMOS TAVARES

Professor dos Cursos de Doutorado e Mestrado em Direito da PUC/SP, Livre-Docente em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da USP; *Visiting Scholar* na *Cardozo School of Law* – New York, *Visiting Professor* na Fordham University – NY, Professor Convidado da Universidade de Santiago de Compostela, Espanha, Diretor do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.

1. PRELIMINARES

É praticamente um truísmo o afirmar que o nível de ensino de certa sociedade constitui um pressuposto dos direitos fundamentais (cf. CANOTILHO, 2003: 473), o que realça a importância do direito fundamental à educação. Sua essencialidade revela-se, por exemplo, perante a liberdade de pensamento, o direito de petição, a liberdade de reunião, o direito ao voto e à democracia. No campo dogmático, trata-se de um parcial fundamento dos direitos fundamentais. A realidade do nível de ensino de um Estado e outros dados reais “condicionam decisivamente o regime jurídico-constitucional do estatuto positivo dos cidadãos” (CANOTILHO, 2003: 473).

Mas também outros direitos concorrem para a formação e plenitude do direito à educação, como a liberdade de comunicação, o direito à informação, o direito à memória histórica e cultural (incluindo a língua portuguesa, cf. art. 210, parágrafo segundo da Constituição do Brasil - CB). Assim, a educação tem com base a dignidade da pessoa humana e, como princípio, a liberdade (cf. STERMAN).

1.1. A igualdade no acesso à educação: alguns elementos históricos do constitucionalismo

É interessante analisar como o direito à educação e a cláusula da igualdade evoluíram no início do constitucionalismo, particularmente no contexto norte-americano, até sua consagração atual.

Vale recordar, preliminarmente, que a Décima Terceira Emenda à Constituição norte-americana foi responsável pela abolição da escravidão. E o passo seguinte seria a igualdade entre brancos e negros, ainda que formalmente, com a promulgação da Décima Quarta Emenda, em 1868. Dois anos depois adveio a Décima Quinta Emenda, concedendo amplitude ao direito de votar.

Diz-se que se alcançou formalmente a igualdade, pois, tais emendas, traçaram, apenas, o “equal treatment”, o qual, no mundo fático, permanecia respaldando desigualdades. O direito ao “equal treatment”, segundo DWORKIN (*We Do Not Have a Right to Liberty*) In STEWART, *Readings in Social & Political Philosophy*, 1996: 188), é o direito “à mesma distribuição de bens e oportunidades a que todos possuem ou foram concedidos”, tal como o direito de o voto de cada homem, independente de sua cor, credo ou posição social, possuir a mesma força: um homem, um voto.

Ainda que a Décima Quarta e Décima Quinta Emendas representassem um grande passo no combate à discriminação, a teoria do “equal treatment” não resolvia, por efetivo, esta problemática, culturalmente enraizada. O período conhecido como Doutrina “Separate but Equal” (1896-1954) demonstrou a força da discriminação na sociedade americana.

Como se traduz do próprio nome, essa Doutrina aceitava a separação, o isolacionismo das raças, porém, com a imposição de que os serviços prestados a cada uma seriam os mesmos, é dizer, que os serviços prestados à raça negra deveriam possuir a mesma qualidade daqueles prestados à raça branca. Segundo NOWAK e ROTUNDA (2000: 694), “Sob esse ‘princípio, às pessoas das raças minoritárias poderão ser concedidos serviços separados, desde que sejam iguais aos providenciados aos brancos”. É o que ocorreu com o direito de acesso ao ensino.

Aliás, o primeiro *case* responsável pelo nascimento desse pensamento surgiu em 1859. Foi a decisão em *Roberts v. City of Boston*, motivada pela não admissão de uma criança negra em uma escola fundamental, a qual se encontrava nas cercanias de sua residência, em virtude de esta ser uma escola só para brancos (all-white school). Em consequência de tal proibição, a criança foi obrigada a dirigir-se a outra escola, só para negros, mais distante e em piores condições.

A Suprema Corte decidiu pela legitimidade da não aceitação de crianças negras em escolas só para brancos. Afinal – argumentou-se – os respectivos superintendentes possuíam competência para tanto: “O poder de gestão concede ao comitê plena autoridade para determinar, classificar, e distribuir pupilos, da forma que pensem ser a melhor para suas proficiências e bem-estar. Se se acredita que é útil para as crianças pequenas que as escolas sejam regidas por professoras do sexo feminino, que tal será adequado e, ainda, que tais serviços possam ser obtidos por um preço mais baixo do que aquele exigido na contratação de instrutores masculinos, assim o será. Se se julgar proveitoso ter classes para crianças de sete a dez anos, e outra para crianças entre dez e

quatorze, então, o comitê terá a prerrogativa de instituir tais escolas. Assim como separar estudantes homens das mulheres em diferentes escolas. Se se achar necessário que é extremamente proveitoso, às vezes, instituir escolas especiais para os pobres e desafortunados, que passaram dos 7 anos e, por seguinte, tornaram-se muito velhas para irem à escola primária, e que, ainda, não aprenderam os elementos básicos do ensino que permitissem a sua admissão nos colégios regulares. Se uma classe de jovens, de um ou dos dois sexos, se encontre em tais condições, e é proveitoso que os organize em escolas separadas para que possam, dessa forma, receber o treinamento adequado, adaptados às suas condições, os poderes necessários para a implementação dessas medidas parecem estar dentro das competências do comitê superintendente.” (<http://brownvboard.org/research/handbook/sources/roberts/roberts.htm>).

Chegou a Suprema Corte norte-americana a sustentar, com base neste princípio, que a existência de escolas exclusivas para brancos e outras exclusivas para negros era o mais sensato, duvidando da eficácia de escolas congregadas: “Se a distinção e o preconceito, existentes na opinião e nos sentimentos da comunidade, não seriam atenuados de forma mais eficaz através da imposição de associação de crianças negras e brancas na mesma escola, tal há de ser duvidado.” (<http://brownvboard.org/research/handbook/sources/roberts/roberts.htm>). Por fim, concluiu que a distância percorrida pela criança de cor não era demasiada longa, muito menos ilegal: “A distância maior, à qual a querelante foi obrigada a percorrer de sua casa até a escola, não é suficiente, na opinião da corte, para taxar o regulamento de desarrazoável, muito menos de ilegal” (<http://brownvboard.org/research/handbook/sources/roberts/roberts.htm>).

Trinta e sete anos depois teve início, efetivamente, por meio do *case Plessy v. Ferguson*, a doutrina “separate but equal”, a qual durou por mais de meio século: a existência de estabelecimentos exclusivos para brancos e outros exclusivos para negros, bem com sua tolerância pela Corte Suprema, havia se tornado uma constante.

A Suprema Corte, seguindo o *case Roberts v. City of Boston*, decidiu que o estatuto ali analisado não estaria a ferir nem a Décima Terceira nem a Décima Quarta Emendas da Constituição, em virtude de não ser discriminatório. Segundo a Corte: “Uma lei que implica em uma distinção legal entre as pessoas brancas e as de cor – uma distinção que é fundada na cor de duas raças, a qual deverá existir até quando o homem branco seja distinguido dos de outra raça por sua cor – não possui uma tendência a destruir a igualdade entre duas raças, ou de restabelecer a servidão involuntária. Aliás,

entendemos que o querelante, neste caso, não se encontra sobre a clara proteção da Décima Terceira Emenda.” (<http://caselaw.lp.findlaw.com>). E que: “leis permitindo e, até, solicitando a separação entre ambas as raças, em lugares onde há uma tendência de que entrem em contato, não implicam, necessariamente, na idéia de que uma raça seja inferior à outra (...). O exemplo mais usual desta afirmação encontra-se no estabelecimento de escolas separadas para brancos e para negros, cujas criações foram consideradas como um válido exercício do poder legislativo, mesmo em cortes de estados em que os direitos políticos do negros são presentes e fortes.” (<http://caselaw.lp.findlaw.com>).

Cumprir registrar que esse entendimento não foi unânime. O *Justice* HARLAN, discordando do posicionamento supostamente não-discriminatório e antecipando a evolução posterior da cultura jurídica, acentuou: “tais legislações como a aqui presente são contrárias não apenas à igualdade de direitos pertencentes aos cidadãos, nacionais ou estaduais, como também às liberdades pessoais gozadas por todos nos Estados Unidos (...). Na minha opinião, a decisão hoje proferida provará, no transcorrer do tempo, ser bastante danosa como a foi a decisão proferida por esse tribunal no caso *Dred Scott*.” (<http://caselaw.lp.findlaw.com>).

Com base na decisão proferida nesse caso, inúmeros outros estatutos foram editados. A outros estabelecimentos estendeu-se a possibilidade de separar brancos de negros, com base exclusiva em sua coloração.

Em 1954, finalmente, assinala-se a derrocada dessa doutrina, através do célebre *case Brown v. Board of Education of Topeka*, novamente um caso envolvendo o ensino. “Nele se julgou que instalações educacionais separadas (como ocorria à época) são intrinsecamente desiguais.” (TAVARES, 2007: 540. Sobre o tema: TUSHNET: 1995).

Assim como em *Roberts v. City of Boston*, a questão posta sob análise da Suprema Corte era a possibilidade de se negar acesso às crianças negras em escolas para brancos. Entretanto, ao contrário do caso de 1859, a Corte Suprema entendeu pela inconstitucionalidade de tal ato denegatório, pois, “separá-los de outros de idade e qualificação similar, em razão de sua raça, gera um sentimento de inferioridade aos seus status na comunidade que poderá afetar suas mentes e corações de forma a nunca ser remediado.” (<http://caselaw.lp.findlaw.com>).

Mais um passo era dado em favor da integração social e da ampliação do direito de acesso à educação: a teoria do “equal treatment” restaria ultrapassada e sepultada no passado.

O Poder Judiciário, mais especificamente por meio das decisões da Suprema Corte, sob a segura batuta do *Chief Justice* EARL WARREN, foi o principal responsável pela derrocada da doutrina do “separate but equal” e, assim, “reescreveu, com profundas consequências sociais, doutrinas constitucionais majoritárias regulando relações entre raças, a administração da justiça criminal, e a operação do processo político” (COX, 1979: V).

Essencial para a mudança de mentalidade foi o advento da teoria igualitária do “treatment as an equal”. Segundo DWORKIN (“We Do Not Have a Right to Liberty” *In* STEWART, *Readings in Social & Political Philosophy*, 1996: 188), “este não é o direito a uma distribuição igualitária de bens e oportunidades, mas sim um direito à uma preocupação e respeito igual no âmbito das decisões políticas sobre a forma de distribuição de tais bens”. Este tipo de doutrina permitia a adoção de políticas públicas ou privadas que tratassem de forma diferente aqueles que, de fato, eram diferentes: essencial para efetivamente combater a discriminação. Esta mentalidade está presente, por exemplo, no case *Jenness v. Fortson* (1971), em que a Suprema Corte observou que “as vezes, a maior discriminação pode residir em tratar coisas que são diferentes como se fossem exatamente iguais”.

2. CONTEÚDO DO DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição do Brasil proclama abertamente como direito social o direito à educação, no art. 6º. Não estabelece, contudo, de imediato, qualquer especificação de conteúdo ou alcance. Contudo, um conteúdo mínimo pode ser facilmente estabelecido. Nesse sentido, esse direito significa, primariamente, o *direito de (igual) acesso* à educação, que deve ser concedido a todos, especialmente para os níveis mais basilares do ensino. Assim, o conteúdo inicial (mínimo) do direito à educação é o de acesso ao conhecimento básico e capacitações, que devem ser oferecidas de forma regular e organizada.

Foi no art. 205 que a Constituição especificou referido direito, estabelecendo que deve visar ao “pleno desenvolvimento da pessoa”, “seu preparo para o exercício da cidadania” e a sua “qualificação para o trabalho”. Esses objetivos expressam o sentido que a Constituição concedeu ao direito fundamental à educação. Tem-se, a partir daqui, de compreender um conteúdo da própria educação, como direito fundamental. Não se

trata mais de qualquer direito à educação, mas daquele cujas balizas foram construídas constitucionalmente. Isso significa que o direito à educação é o direito de acesso, mas não um acesso a qualquer educação, e sim àquela que atende às preocupações constitucionais.

Acrescente-se, nesse sentido, que no art. 210 a Constituição do Brasil admite que sejam estabelecidos conteúdos mínimos para o ensino fundamental¹, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. Ou seja, no usufruto do direito à educação, haverá determinadas pautas comuns, estabelecidas pelo Estado, no interesse geral.

No art. 214, inc. V, fala-se em promoção humanística, científica e tecnológica, no sentido de que o Estado deve articular essas realizações com o ensino que há de promover.

Assim, resgata a Constituição o necessário humanismo na cultura jurídica da América Latina (cf. WOLKMER).

Ademais, Declarações de Direitos e Pactos Internacionais geralmente contemplam o direito à educação com variadas e relativamente extensas especificações. É o que se pode apurar no art. 13 do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1966.

Neste ponto vale registrar que com a E.C. n. 45/04 (Reforma do Judiciário) e com a interpretação que se pode adotar para o novo § 3º do art. 5º da Constituição (especialmente a tese da recepção dos tratados anteriores à E.C. n. 45/04 com a estatura constitucional), merecerá especial atenção, para deslinde deste tema e compreensão do sentido deste direito à educação no Direito constitucional brasileiro, referido Pacto.

Este Pacto foi aprovado, para o Brasil, pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12/12/91 e promulgado pelo Decreto Presidencial n. 591, de 06/07/92. Em seu art. 13 reconhece “o direito de todas as pessoas à educação”, tendo a Constituição, aqui, estabelecido uma fina sintonia com este tratado internacionalmente reconhecido. Proclama, ainda, que “a educação deve visar o pleno desenvolvimento da personalidade e do senso da dignidade humana e reforçar o respeito pelos direitos do homem e por suas liberdades fundamentais.”. Aqui se pode vislumbrar a complementaridade em relação à Constituição, no sentido de estar o Pacto demonstrando conexões constitucionais que

¹ A Constituição, no art. 22, defere competência privativa à União para legislar sobre “diretrizes e bases da educação” (inc. XXIV), o que se encontra na Lei federal n. 9.394/96. Em seu art. 24, a Constituição do Brasil atribuiu, ainda, competência concorrente à União, Estados-membros e Distrito Federal para legislar sobre educação, cultura e ensino (inc. IX).

talvez não estivessem tão claras ao leitor mais desatento.

O Pacto prevê, ainda, que a educação “deve pôr todas as pessoas em condição de desempenhar um papel útil na sociedade livre”. A conexão, aqui, já estabelecida constitucionalmente, é com o direito ao trabalho e, novamente, com a dignidade da pessoa humana.

Ora, resulta nítido nos dispositivos um conteúdo mínimo do direito à educação. Insista-se que um dos marcos, aqui, foi a Emenda Constitucional n. 45, que alterando a Constituição de 1988, permitiu a incorporação automática, como normas constitucionais, de tratados sobre direitos humanos previamente assumidos pelo país. O referido Pacto, por sua vez, encontra-se, como visto, em plena sintonia com o conteúdo previsto no Corpo originário da Constituição brasileira, devendo, doravante, ser considerado o próprio conteúdo do direito constitucional fundamental à educação.

Assim se compreendem as palavras de CLARICE DUARTE (2007: 697): “embora a educação, para aquele que a ela se submete, represente uma forma de inserção no mundo da cultura e mesmo um bem individual, para a sociedade que a concretiza, ela se caracteriza como um bem comum, já que representa a busca pela continuidade de um modo de vida que, deliberadamente, se escolhe preservar.”. Esses valores constitucionais “básicos” alcançam todos aqueles que estejam engajados com a prestação educacional no país, sejam entidades públicas, sejam privadas ou mesmo núcleos menores, como a família. Nesse sentido, são conteúdos que geram obrigações para todos.

3. NATUREZA DO DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição brasileira assume expressamente o direito à educação como um direito de matiz social. Ela o faz, inicialmente, no art. 6, de maneira incisiva e sintética, para posteriormente ratificar esse posicionamento, especificando esse direito e outros direitos e institutos correlatos, no seu Capítulo III do Título VIII, exatamente a partir do art. 205.

Como típico direito social, o direito à educação obriga o Estado a oferecer o acesso a todos interessados, especialmente àqueles que não possam custear uma educação particular. Os direitos sociais ocupam-se, prioritariamente, dentro do universo de cidadãos do Estado, daqueles mais carentes.

Apesar da conotação de direito social, que assume explicitamente, o direito à

educação deve ser também reconhecido em seu caráter ou dimensão de uma clássica liberdade pública. E este é o motivo pelo qual se tem falado, até aqui, de direito fundamental à educação e de acesso, e não de liberdade de acesso e de liberdade de aprender, evitando a confusão de conteúdos e dimensões².

Assim é que o art. 206, em seu inc. II, da CB, estabelece a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento³. Na *liberdade de ensinar* encontram-se diversas liberdades: i) liberdade de cátedra propriamente dita; ii) liberdade de escolha, inclusive dos pais (a Constituição estabelece como dever dos pais educar os filhos menores, em seu art. 229) quanto a certos conteúdos e estabelecimentos de ensino. Considere-se, ainda, que, no Brasil, o ensino é expressamente aberto à livre iniciativa privada (art. 209, *caput*, da CB). Trata-se de um “processo público aberto às mediações de entidades privadas” (CANOTILHO, 2003: 342) Isso significa, pois, que os pais e mesmo os interessados podem escolher não freqüentar estabelecimentos públicos de ensino, mas sim privados, dentro da dimensão individual do direito à educação.

Assim, é possível falar numa dimensão não-prestacional do direito à educação, consistente no direito de escolha, livre, sem interferências do Estado, quanto à orientação educacional, conteúdos materiais e opções ideológicas. Nesse sentido, o Estado cumpre e respeita o direito à educação quando deixa de intervir de maneira imperial ditando orientações específicas sobre a educação, como “versões oficiais da História” impostas como únicas admissíveis e verdadeiras, ou com orientações políticas, econômicas ou filosóficas. Também cumpre a referida dimensão deste direito quando admite a pluralidade de conteúdos (não veta determinadas obras ou autores, por questões ideológicas, políticas ou morais).

O tema ganhou tratamento específico quanto à orientação religiosa em escolas públicas. Nesse caso, o ensino religioso deve ser de matrícula facultativa (art. 210, parágrafo primeiro, da CB). Ou seja, o Estado, sendo, com é, no Brasil, um Estado laico (art. 19, inc. I, da CB), não pode obrigar a criança e o adolescente a cumprir disciplina religiosa; mas tem o dever de oferecer opções de disciplinas religiosas aos que se interessem por realizá-la.

² Muito embora JORGE MIRANDA (1988: 367) fale de liberdade de aprender e de liberdade de acesso.

³ “Embora na prática as peias a tal direito sejam numerosas” (CUNHA, 2004: 37). Um dos principais inimigos está na excessiva vigilância, cobranças, “politização e burocratização universitárias”, que podem fazer com que a “educação e a cultura sofram um retrocesso inimaginável” (cf. CUNHA, 2004: 60 e 168). É preciso, portanto, muito cuidado ao analisar a regulamentação infraconstitucional do direito à educação.

3.1. A autonomia universitária como limite à intervenção estatal (liberdade educacional)

Um importante componente da liberdade de educação, na perspectiva negativa, é a autonomia universitária. Nela se preserva a liberdade de cada universidade realizar seu projeto próprio, respeitando a liberdade de cátedra.

A primeira lei orgânica do ensino superior na República brasileira, o Decreto n. 8.659, de 5 de abril de 1.911, já concedia autonomia às escolas superiores. Contudo, foi cedo revogado, e, em conseqüência, o Poder Público passou a ter ingerência direta no ensino superior. A circunstância de a matéria encontrar-se regulamentada no nível infraconstitucional possibilitava que ocorressem com muita facilidade mudanças bruscas de orientação e ingerência direta do Estado, por meio de decretos.

Assim é que o denominado “Estatuto das Universidades Brasileiras”, baixado pelo Decreto n. 19.851, de 11 de abril de 1.931, restabeleceu a autonomia universitária, em seus aspectos administrativo, didático e disciplinar, mas dentro de certos limites regulados pelo mencionado ato normativo. Dois pontos devem ser salientados aqui. Em primeiro lugar, sublinhe-se, com CELSO RIBEIRO BASTOS (1998: 483), que a consagração era excessivamente restrita “para que a autonomia das universidades pudesse manifestar-se de maneira concreta e eficaz”. Em segundo lugar, a matéria continuava relegada à disciplina por via dos decretos e, assim, sujeita às tempéries próprias do caminhar da política.

Foi realmente a partir da Constituição de 1.988 que se alçou a autonomia ao patamar de preceito constitucional explícito. Esse relançamento jurídico do instituto da autonomia universitária gera, de imediato, conseqüências que anteriormente não se poderiam extrair, dada a já acentuada fragilidade de sua posição, renegada que era sua disciplina, em um primeiro momento, aos decretos presidenciais e, mais recentemente, ao sabor das opções legislativas momentâneas. É exatamente essa nova roupagem e configuração que o instituto ganhou que deve nortear o intérprete e aplicador da Lei Maior.

É preciso, pois, encarar essa nova posição de que passou a desfrutar a autonomia universitária ao ser elevada ao *status* de norma constitucional. Qualquer análise, portanto, a ser feita deverá partir desse pressuposto fundamental.

Como primeiro efeito da nova ordem instituída restou o legislador infraconstitucional vinculado ao preceito taxativo que imputa a todas as universidades o

regime da autonomia. Em outras palavras, limitou-se consideravelmente o espaço de atuação do Poder Legislativo, embora, é certo, não lhe seja vedada a normatização do tema. Se essa retirada de discricionariedade do legislador foi legítima ou oportuna, é tema a ser debatido longe dos foros jurídicos, atrelados que estão estes últimos, inexoravelmente, à vontade constitucional originária.

É verdade que a autonomia não se confunde com independência e, muito menos, com soberania.

A soberania é um atributo próprio do Estado, quando visto do ângulo de suas relações internacionais, significando, segundo a Teoria do Estado, o poder incontrastável de querer, poder este, inclusive, que pode dizer acerca de sua própria competência. Evidentemente, soberania não é atribuída às universidades, mas ainda lhes resta ainda um amplo campo de atuação, por força da referida autonomia.

Autonomia política é a capacidade de elaborar suas próprias leis, o que é deferido à União, aos Estados, aos Municípios. Já não se trata de poder absoluto, porque diretamente restringido pela Constituição Federal. Nesse contexto, é preciso deixar certo que a universidade goza de parcela considerável de poder no sentido de elaborar suas próprias leis, inclusive, no caso das universidades públicas, com todo um plano de previdência próprio. Muito bem esclarece SAMPAIO DÓRIA (1952: 362): “Observados os princípios constitucionais, respeitados os direitos do homem, atendidas as proibições expressas, e prezadas as competências privativas, ainda um largo campo de ação possível se desdobra”.

Precisa a lição de SAMPAIO DÓRIA. Aplicando-a às universidades, já que se trata de um dos diversos entes aquinhoados com alguma sorte de autonomia constitucional, tem-se que, se por determinado ângulo a universidade dispõe dessa autonomia, de outra parte ela não é soberana ou independente a ponto de ignorar os princípios do Direito, as demais competências atribuídas a outros entes etc.

A Constituição, ao tratar das universidades, atribui-lhes suas funções, com o que acaba por traçar-lhes um perfil mínimo de atuação. Além de sua finalidade fundamental, que é a promoção do ensino, as universidades devem implementar outras duas: a pesquisa e a extensão. É o que se depreende da leitura do art. 207, quando fala da indissociabilidade do ensino, pesquisa e extensão. É para fazer frente a essa função tão cara a qualquer povo ou país, em qualquer época da História, que as universidades foram dotadas de autonomia. Esta, pois, não é uma graça concedida pela Constituição

sem qualquer motivo ou vinculação maior.

Assim, pode-se afirmar que a autonomia universitária se define como instrumental — muito embora essencial — em relação à consecução dos objetivos últimos propostos pelo sistema jurídico-constitucional quanto ao ensino (e o direito à educação, no que tange ao seu conteúdo) de terceiro grau.

Neste passo, é preciso acentuar com toda a ênfase a circunstância de que instrumentalidade não se confunde com secundariedade. Quando se afirma que a autonomia é instrumental apenas se revela que ela não é um fim em si mesma, vale dizer, que não foi criada por si, mas antes atende a outro objetivo, que é seu reverso: o ensino.

O legislador constituinte entendeu que não há possibilidade de desenvolvimento do ensino universitário sem conceder automaticamente a autonomia. Daí é que surge a atribuição de autonomia em sua tríplice manifestação: 1º) didático-científica; 2º) administrativa; 3º) de gestão financeira e patrimonial.

As três características da autonomia já mencionadas encontram-se fortemente inter-relacionadas, pelo que o estudo de uma não pode ser realizado de maneira dissociada das outras. Neste momento, pode-se conceituar autonomia como a impossibilidade de ingerência, dirigida ao Estado, quanto a todos aqueles assuntos que digam respeito à consecução das finalidades universitárias próprias. Deve ser respeitada, tanto pelo legislador quanto pelo administrador, a livre esfera de atuação de que desfrutam as universidades quando desempenham sua tarefa constitucional de oferecer o ensino, a pesquisa e a extensão.

4. O CUMPRIMENTO PELO ESTADO DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO E AS GARANTIAS INSTITUCIONAIS

Perante o direito à educação como direito fundamental ao Estado surge um dever de atuar positivamente, seja i) criando condições normativas adequadas ao exercício desse direito (legislação⁴), seja ii) na criação de condições reais, com estruturas, instituições e recursos humanos (as chamadas garantias institucionais relacionadas diretamente a direitos fundamentais). Para desincumbir-se satisfatoriamente desse dever, o Estado deve, portanto, intervir positivamente (afasta-se a idéia de

⁴ A Lei federal n. 9394/96 estabelece as diretrizes e bases da educação, sendo que suas normas gerais compõem um parâmetro para a uniformização mínima da educação.

subsidiariedade, típica do contexto econômico do Estado liberal).

A educação, no Brasil, obedece ao princípio da gratuidade, quando oferecida em estabelecimentos oficiais (inc. IV do art. 206). Significa, pois, que é vedado ao Poder Público cobrar do indivíduo pelo oferecimento da educação em estabelecimentos próprios. Seu dever é o de oferecer a estrutura necessária para satisfazer, universalmente, quando demandado, pela educação, nos termos abaixo. Como observa CLARICE DUARTE (2007: 705), isto “está intimamente ligado ao problema da democratização do acesso à educação e constitui um direito, não uma concessão ou um favorecimento.”.

A educação (gratuita), contudo, só é considerada dever do Estado em relação ao ensino fundamental e obrigatório⁵; mas inclui a educação para aqueles que não tiveram acesso a esses níveis na época (idade) própria (inc. I do art. 208).

Quanto ao ensino médio gratuito, a Constituição apenas exige sua “progressiva universalização” (inc. II do art. 208), e, para o que denomina “níveis mais elevados do ensino, de pesquisa e da criação”, a Constituição declara que o acesso dar-se-á consoante a capacidade, os méritos próprios de cada um (inc. V do art. 208). Contudo, há aqui uma vertente a ser considerada no contexto dos direitos sociais: as ações afirmativas para o acesso às universidades.

De qualquer sorte, é inegável a necessidade de que o Estado ofereça estabelecimentos de ensino suficientes para atender às necessidades de sua sociedade. Aqui o tema entronca com a partilha constitucional de responsabilidades de execução (competência material) das entidades federativas. Nesse quesito, a Constituição atribui ao Município e ao Distrito Federal “manter (...) programas de educação infantil e de ensino fundamental”. Essa responsabilidade do Município deve receber a cooperação técnica e financeira da União (art. 30, inc. VI). Mas não está vedado ao Município atuar em outros segmentos da educação e ensino desde que mantenha sua atuação, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, § 2º, da CB).

Ademais, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem organizar em regime de colaboração seus sistemas de ensino (art. 211, da C.F.). Aos Estados

⁵ O ensino fundamental vem indicado na Lei 8.394/96, em seu art. 32 e ensino médio no art. 35. Em 2004, consoante o IBGE, o percentual de pessoas que não freqüentavam escola, na população de 4 a 17 anos de idade, considerando as faixas etárias em que as crianças e adolescentes deveriam estar cursando os ensinos fundamental e médio, era de 11,9% (acesso em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2004/suplemento_educacao/comentario.pdf).

incumbe, prioritariamente, o ensino fundamental e médio (art. 211, § 3º, da C.F.). Obviamente que, para tanto, Estados e Municípios necessitarão estabelecer parcerias e formas de colaboração, para o bom desempenho da tarefa constitucional referente à educação.

Mas o dever estatal quanto ao direito fundamental à educação está longe de se esgotar no mero oferecimento de acesso. O Poder Público deve valorizar os profissionais da educação (art. 206, inc. V). Deve, ainda, garantir um padrão mínimo de qualidade (art. 206, inc. VII). Este padrão vem definido, em parte, pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em seu art. 4, inc. IX, como “a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem”.

O já referido acesso inclui o oferecimento de ensino noturno regular, adequado às condições do educando (art. 208, inc. VI). Exige-se, ainda, atendimento ao educando do ensino fundamental por meio de “programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação⁶ e assistência à saúde” (art. 208, inc. VII).

4.1. Vinculação de recursos financeiros e estabelecimento de prioridades para efetivar o direito à educação

A Constituição foi extremamente cautelosa com o direito à educação; por isso determinou que pelo menos 18% (caso da União) e 25% (caso dos Estados, Municípios e DF) da receita proveniente de impostos deveria ser destinada à manutenção e desenvolvimento do *ensino*.

A Emenda Constitucional n. 14/96, criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental (FUNDEF) e Valorização dos Profissionais da Educação. Destina-se ao ensino fundamental, sendo que os recursos são distribuídos

⁶ Consoante análise dos resultados da pesquisa nacional por amostra de domicílios realizada pelo IBGE em 2004: “Especialmente para as crianças e adolescentes das camadas da população de baixo rendimento domiciliar, a oferta de alimentação gratuita nas escolas e creches é um fator que favorece o melhor aproveitamento do ensino, além de ser um incentivo à sua permanência no sistema educacional. No contingente de estudantes do pré-escolar, fundamental e médio, 76,4% freqüentavam escola que oferecia merenda escolar ou outra refeição gratuitamente. Na rede pública este percentual alcançou 88,8% e ficou em 7,8% na rede particular.”

(http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2004/suplemento_educacao/comentario.pdf).

aos municípios de forma proporcional ao número de alunos nas respectivas redes de ensino fundamental.

Esse Fundo representou um importante avanço no estabelecimento constitucional de prioridades orçamentárias. Significou, inicialmente⁷, que do total solicitado aos Estados, Municípios e DF, indicado acima, pelo menos 60% deveria ser destinado ao ensino *fundamental*, objetivando sua universalização e remuneração condigna do magistério.

Além disso, o próprio Corpo permanente da Constituição já assegurava, dentro do ensino, prioridade ao atendimento das necessidades resultantes do ensino obrigatório (art. 212, parágrafo terceiro).

Observe-se, ainda, que se instituiu, no Brasil, a inconsistente e abusiva “desvinculação de receitas da União” (D.R.U.), que permite exclusivamente à União utilizar livremente parcela de valores obtidos com a cobrança de tributos. Recentemente, com a aprovação da Proposta de Emenda à Constituição n. 89, publicada no D.O.U. de 21/12/07 como Emenda Constitucional n. 56, o art. 76 do A.D.C.T. foi alterado para fazer manter a possibilidade de desvinculação de 20% (vinte por cento) da arrecadação da União com impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados, agora com prazo de vigência até dezembro de 2011. Contudo, ficou fora da desvinculação a arrecadação proveniente da contribuição social do salário-educação, que é destinada a complementar o financiamento da educação básica pública brasileira.

Um importante aspecto, bem ressaltado por CLARICE DUARTE (2007: 708) é a “ampliação dos canais de participação da sociedade civil na elaboração, fiscalização e controle das políticas públicas”, por meio dos conselhos educacionais, nas três esferas federativas.

4.2. Ações afirmativas, sistema de quotas e o direito à educação

Embora sejam comumente abordadas no contexto da igualdade (no âmbito da igualdade tradicionalmente chamada material), uma das principais polêmicas da tese referente às ações afirmativas encontra-se exatamente na sua aplicação ao ensino, particularmente ao ensino universitário. “As denominadas ‘ações afirmativas’ compõem um grupo de institutos cujo objetivo precípua é, *grosso modo*, compensar, por meio de

⁷ Para a atual destinação de verbas, v. o art. 60, inc. II do ADCT, na redação que lhe foi conferida pela EC 53, de 19/12/2006.

políticas públicas ou privadas, os séculos de discriminação a determinadas ‘raças’ ou segmentos.” (TAVARES, 2007: 534). Não será objeto deste estudo o aprofundamento do tema das ações afirmativas, nem sua problematização, mas apenas lançar elementos mínimos para compreender o tema e suas conseqüências para o direito à educação.

Embora o acesso ao ensino universitário, na Constituição brasileira, não seja colocado como um direito de titularidade universal (pelo contrário, a Constituição remete à “capacidade de cada um” no art. 208, inc. V), sua conjugação com as ações afirmativas (como decorrência da igualdade) tem ocasionado a divulgação de um direito social de acesso, por meio de ações afirmativas e, em geral, de um sistema de quotas. Esta discussão, ainda incipiente no Brasil, tomou curso nos EUA.

De acordo com JOAQUIM BARBOSA GOMES (2001: 39), “Inicialmente, as Ações Afirmativas se definiam como um mero ‘encorajamento’ por parte do Estado a que as pessoas com poder decisório nas áreas pública e privada levassem em consideração, nas suas decisões relativas a temas sensíveis como o acesso à educação e ao mercado de trabalho, fatores até então tidos como formalmente irrelevantes pela grande maioria dos responsáveis políticos e empresariais, quais sejam a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas. Tal encorajamento tinha por meta, tanto quanto possível, ver concretizado o ideal de que tanto as escolas quanto as empresas refletissem em sua composição a representação de cada grupo na sociedade ou no respectivo mercado de trabalho”.

Entretanto, mais tarde, as ações afirmativas tornaram-se verdadeiras concessões de preferências, de benefícios, com objetivo certo: incremento das oportunidades. A busca por oportunidades iguais a todas as classes, raças, etnias, passou a ser “uma grande força compressora na sociedade Americana, algo que toda e qualquer pessoa deve ter como um direito fundamental e cuja negação é moralmente inaceitável” (LEMANN, 1999: 155). Houve, portanto, “um processo de alteração conceitual do instituto, que passou a ser associado à idéia, mais ousada, de realização da igualdade de oportunidades através da imposição de cotas rígidas de acesso de representantes das minorias a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais” (GOMES, 2001: 40).

Quem, porém, deve ser o beneficiado por essa medida, quem deve ter acesso às oportunidades que a ação afirmativa assegurará? O segmento da sociedade que deve ser beneficiado é todo aquele que sofreu discriminação ou ainda a sofre, quer seja minoria, quer maioria (como ocorre na África do Sul, onde os negros, a serem alcançados pelas

ações afirmativas, são a maioria, ou as mulheres, que constituem a maioria da população).

Em síntese, a política sob estudo visa a “eliminar os ‘*lingering effects*’, i. e., os efeitos persistentes (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar”, os quais “se revelam na chamada ‘discriminação estrutural’, espelhada nas abismais desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos marginalizados” (GOMES, 2001: 47).

Para isso, um dos principais instrumentos são as quotas a serem destinadas às minorias (negros, principalmente), incluindo aqui as situações de admissão de candidatos para o ensino nos graus mais elevados da educação.

O estabelecimento de quotas fixas a serem destinadas às minorias, em detrimento dos outros candidatos, não foi, contudo, pacificamente aceito: como poderia um profissional de menor qualificação ou menos preparado ter prevalência sobre outro, melhor preparado, em razão tão-só de sua cor? Isso não seria uma forma de discriminação?

Tal problemática aparece no sempre citado *case Regents of the University of California v. Bakke* (julgado pela Corte Suprema norte-americana em 1978). O querelante BAKKE, ex-engenheiro, almejando tornar-se médico, concorreu a uma vaga na Faculdade de Medicina da Universidade da Califórnia, na qual não foi admitido. BAKKE ciente de que tal faculdade tinha como política destinar certo número de vagas às minorias e verificando que grande parte dos aprovados, através dessa política, possuíam notas menores que a sua, levou o caso à Justiça, alegando contrariedade à Décima Quarta Emenda e, por conseguinte, à igualdade.

A Suprema Corte norte-americana, ao receber o caso, não o decidiu de forma pacífica. Os *justices* demonstraram as mais variadas opiniões. Por fim, o que ficou estabelecido foi: i) BAKKE deveria ser imediatamente integrado ao quadro de alunos da faculdade e; ii) possibilidade de as Universidades valerem-se de critérios raciais para fins de admissão.

A decisão sobre Bakke fundamentou-se no fato de o *Civil Act* de 1964 prever, em seu artigo 621, que “Nenhuma pessoa nos Estados Unidos poderá, com base na raça, cor ou origem nacional, ser excluído de participar de, ter negado benefícios de, ou estar sujeita a discriminação segundo qualquer programa ou atividade que receba ajuda financeira federal” (*apud* MENEZES, 2001: 99). Assim, em razão de a Univesidade da

California receber fundos federal, tal não poderia discriminar no momento de escolher os candidatos, sendo, então, ilegal a sua conduta.

No que tange à constitucionalidade do uso do critério raça para fins de admissão, a Suprema Corte entendeu que essa medida é justificável para que se tenha um corpo discente variado, permitindo-se, assim, às intuições educacionais, valer-se de tal política.

Por fim, TRIBE (1988: 1521-1522) resume bem a situação jurídico-constitucional da *affirmative action*: “Nenhum membro da Suprema Corte supôs que as preferências raciais são sempre inválidas. Em alguns casos, a Corte exigiu o exato cumprimento do respeito à igualdade entre cores. E em outras, tolerou a consciência de cor, pois, se a negasse, estaria derrotando toda a luta contra o racismo e seus efeitos danosos.”.

Recentemente, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América voltou a se deparar com a questão da ação afirmativa, em dois *cases*: *Grutter v. Bollinger* e *Gratz v. Bollinger*.

No primeiro, qual seja *Grutter v. Bollinger*, a querelante, GRUTTER, moça de tez branca que teve sua admissão na *University of Michigan Law School* negada, valeu-se da tutela jurisdicional alegando que a universidade em questão utilizava o fator “raça” como predominante, no momento da admissão dos candidatos ao seu corpo discente, o que se afiguraria como discriminatório e atentatório à Décima Quarta Emenda. Na primeira instância, a Corte Distrital considerou a prática perpetrada pela Universidade como ilegal. Já na *Court of Appeals* reverteu-se, por maioria, a decisão proferida pela Corte Distrital, com base no precedente aberto pelo *case Bakke*. Ademais, alegou-se que o critério de admissão pautado na raça do candidato era apenas um potencial fator “a mais”, ou seja, ao contrário do que alegava a querelante, não era o ponto fulcral da admissão ou não do candidato. A Suprema Corte, por maioria de seus membros, manteve a decisão da *Court of Appeals*, pois, segundo voto da *Justice O’CONNOR*, “a cláusula de proteção à igualdade não proíbe que a Faculdade de Direito use o bem delineado fator raça em suas decisões de admissão, com vistas a obter os benefícios educacionais que provêm de um corpo estudantil bem diversificado”.

A mesma *Justice O’CONNOR* argumenta em outra parte de seu voto que, “com vistas a obter um grupo de líderes legitimados aos olhos da sociedade, é necessário que o caminho à liderança esteja aberto a talentosos e qualificados indivíduos de todas as raças e etnias. Todos os membros de nossa heterogênea sociedade devem ter confiança na integridade e disponibilidade das instituições educacionais que proporcionam este

tipo de treinamento. Conforme reconhecemos, faculdades de direito ‘não podem ser eficientes se isoladas dos indivíduos e instituições com os quais a lei interage’. (...). O acesso à educação jurídica (e, conseqüentemente, à profissão jurídica) deve necessariamente incluir indivíduos talentosos e qualificados de qualquer raça e etnia, para que todos os membros de nossa heterogênea sociedade possam participar das instituições de ensino que proporcionam o treinamento e a educação necessária ao sucesso na América”.

Já no *case Gratz v. Bollinger*, GRATZ e HAMACHER, ambos caucasianos, embora tivessem obtido boas notas para entrar na *University of Michigan College of Literature, Science and Arts*, suas admissões foram negadas pela instituição de ensino sob comento. Cientes de que a Instituição privilegiava as minorias, no tempo da decisão de admissão, ambos ajuizaram ação contra a universidade, argumentando que a prática usada por esta configurava-se discriminatória e ilegal. Assim como no *case Grutter v. Bollinger*, a Suprema Corte decidiu que era sim interesse público que se buscasse a diversidade étnica e racial nas Universidades. Porém, ao contrário do *case* anterior, decidiu-se que o critério de admissão adotado pela *University of Michigan College of Literature, Science and Arts*, o qual assegurava automaticamente 20 pontos ao candidato (eram necessários 100 pontos para ser admitido na Instituição de Ensino) afro-americano, hispânico ou nativo-americano, era discriminatório. Isto porque a distribuição automática de 20 pontos, diversamente do *case* anterior, tinha o condão de tornar o critério raça não um fator “a mais”, mas sim o fator “determinante”, no momento da decisão de admissão ou não do candidato.

O que se depreende dessas decisões é que a ação afirmativa, na jurisprudência norte-americana, particularmente no acesso ao ensino universitário, é considerada uma medida juridicamente admissível, não atentatória à igualdade. Porém, o critério raça ou minoria que esta encampa não pode afigurar-se como o elemento essencial no momento da admissão do indivíduo na instituição de ensino. O indivíduo há de ser minimamente capaz e poder, efetivamente, contribuir com o ambiente universitário.

No que tange ao uso das ações afirmativas fora do âmbito das universidades, a Corte não chegou a nenhum posicionamento, como bem lembra NOWAK e ROTUNDA (2000: 757): “Não houve nenhuma decisão acerca da constitucionalidade de qualquer outra ação afirmativa, senão aquela relacionada com a admissão no ensino superior”.

5. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO: ASPECTOS DE UMA POLÊMICA ATUAL

Afirma CANOTILHO (2003: 476) que “[o]s direitos sociais são compreendidos com autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas”. Mas a Constituição de 1988 tomou o cuidado de reconhecer, no caso do direito social à educação, o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como um direito público subjetivo (parágrafo primeiro do art. 207).

Como foi colocado no início deste estudo, o acesso à educação constitui o sentido inicial do direito fundamental aqui analisado. O que o dispositivo em apreço pretende estabelecer é que esse direito pode ser exigido individualmente. Como observa CLARICE DUARTE (2004: 116): “Na realidade, o fato de a Constituição atual ter enunciado de forma expressa o direito público subjetivo como regime específico do direito ao ensino fundamental conferiu aos indivíduos, irrecusavelmente, uma pretensão e uma ação para exigirem seus direitos, o que, no caso de outros direitos sociais, vem suscitando maiores objeções, pois o seu objeto primário é a realização de políticas públicas.”.

Quer dizer que independe de políticas públicas, de opções gerais, de programas totais de educação. Estes são também de responsabilidade do Estado. Mas o mesmo Estado não pode invocar esses seus deveres para eximir-se da obrigação de prestar, individualmente, quando solicitado, inclusive judicialmente, o devido acesso à educação fundamental, que é obrigatória (art. 208, inc. I da Constituição).

A preocupação em efetivar o direito fundamental à educação é tão presente para a Constituição que o art. 208, em seu parágrafo segundo prevê a responsabilidade (plena) da autoridade competente na hipótese de não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular. No caso, autoridade responsável será tanto o Prefeito quanto o respectivo Secretário de Educação. Trata-se de advertência, pelo sentido de intimidar o administrador público relapso; com isso se procura evitar processos judiciais baseados na omissão quanto ao dever de prestar educação obrigatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro & **MARTINS**, Ives Gandra da Silva. *Comentários à constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva: 1998. v. 8.

- CANOTILHO**, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- COX**, Archibald. *The Warren court*. Cambridge: Harvard University Press, 1979.
- CUNHA**, Paulo Ferreira da. *Escola a arder: combates e diálogos*. Lisboa: O Espírito das Leis Editora, 2004.
- DÓRIA**, A. de Sampaio. *A constituição e a legislação de ensino*. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, ano 47, 1952.
- DUARTE**, Clarice. Direito publico subjetivo e políticas educacionais. *In: São Paulo em Perspectiva*. n. 18 (2), 2004. Bibliografia: 113-118.
- _____. A educação como um direito fundamental de natureza social. *In: Educação social*. Campinas, v. 28, n. 100, Especial, out./2007, Bibliografia: 691-713.
- DWORKIN**, Ronald. We do not have a right to liberty. *In: STEWART, Robert M. Readings in social & political philosophy*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- GOMES**, Joaquim B. Barbosa. *A ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: O Direito como Instrumento de Transformação Social. A Experiência dos E.U.A.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- LEMANN**, Nicholas. *The big test: the secret history of the american meritocracy*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 1999.
- MIRANDA**, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. Coimbra, Coimbra ed., 1988. v. IV.
- NOWAK**, John E.; **ROTUNDA**, Ronald R. *Constitutional Law*. 6. ed. Minnesota: HornBook Series, 2000.
- STERMAN**, Manoel. *A educação e a liberdade*. Tese apresentada na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da USP. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1952.
- STEWART**, Robert M. *Readings in social & political philosophy*. 2. ed.. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- TAVARES**, André Ramos. Desdobramentos da norma constitucional da autonomia universitária. *In: Cadernos de Direito Constitucional e Internacional*, v. 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Bibliografia: 193-8.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. Verbete “Educação”. *In: Dimoulis, Dimitri (coord.). Dicionário brasileiro de direito constitucional*. São Paulo: IBEC/Saraiva, 2007a. Bibliografia: 136-7.
- TRIBE**, Laurence H. *American Constitutional Law*. 2. ed. Mineola: The Foundation

Press, 1988.

TUSHNET, Mark V. *Brown v. board of education: the battle for integration*. New York: Historic Supreme Court Cases/Grolier Publishing, 1995.

WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Humanismo e cultura jurídica no Brasil*. Florianópolis: Boiteux, 2003.