

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 47 • nº 186
Abril/junho – 2010

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

O direito fundamental à educação e a teoria do não retrocesso social

Dilmanoel de Araujo Soares

Sumário

1. Introdução. 2. A educação como direito fundamental. 3. O direito fundamental à educação e o princípio do não retrocesso social. 4. Conclusão.

1. Introdução

A obra de Amartya Sen, *Desenvolvimento como Liberdade*, desperta para um fato emblemático: que países até então considerados subdesenvolvidos venceram as amarras do atraso, sobretudo socioeconômico e cultural, mediante investimento maciço em saúde, alimentação e educação, ao contrário de muitos governantes que ainda resistem em seguir essa política, mesmo convencidos, ou pelo menos sabedores, que essa estratégia pode ser a solução para a diminuição das desigualdades sociais e econômicas, proporcionando uma melhor distribuição da renda e da riqueza nacional.

Dessa forma, o crescimento socioeconômico e tecnológico de países como Rússia, China, Grã-Bretanha, Japão, Coreia do Sul e Taiwan e outros da região do Leste Asiático decorreu de um grandioso investimento na educação, o que vem demonstrar que esse direito social pode ser um instrumento propulsor para o desenvolvimento socioeconômico e cultural de uma nação.

Lamentavelmente, em nosso país, segundo dados do Ministério da Educação, em

Dilmanoel de Araujo Soares é Advogado. Graduado em Direito pela AEUDF-DF; Especialista em Direito Processual Civil pelo ICAT-AEUDF-DF; Mestrando em Direito das Políticas Públicas pelo UNICEUB-DF.

publicação denominada “Mapa do Analfabetismo no Brasil” (MAPA..., 2003), a falta de instrução ainda atinge números elevados. São cerca de 16 milhões de pessoas incapazes de ler e escrever, dos quais metade desse número está concentrada em menos de 10% dos municípios, mas se for levado em conta o conceito de “analfabeto funcional” esse número salta para 33 milhões, o equivalente a três vezes a população de Portugal e toda a população da Argentina. Também preocupante é o número de alunos que não chegam a concluir o ensino fundamental, pois, das 5.507 cidades brasileiras, em apenas 19 delas o total dos alunos frequentaram a escola em pelo menos oito anos.

Uma outra informação, desta feita retirada do censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) do ano 2000, dá conta de que pelo menos 85% da população brasileira vive nas cidades, sendo que os maiores contingentes estão concentrados nas grandes metrópoles, provenientes das áreas rurais, tendo como uma das causas a falta de uma política agrária criteriosa e justa. Isso explica o fato de a cidade de São Paulo ser campeã em números absolutos de analfabetismo, com mais de 380 mil pessoas, ficando o Rio de Janeiro com mais de 200 mil analfabetos. Tal fato é preocupante pelo seu efeito devastador, pois um grande número de iletrados diminui a possibilidade de emprego num mundo globalizado, cada vez mais exigente e competitivo, consolidando a exclusão.

A justificativa normalmente utilizada pelos países que ainda insistem em retardar os investimentos na área educacional, como é o caso brasileiro, sustenta-se na limitação de recursos públicos, a denominada “reserva do possível”, do equilíbrio das contas públicas, embora se saiba que tais argumentos são insustentáveis diante da viabilidade de políticas educacionais mais modestas e adequadas à realidade financeiro-orçamentária do país.

Além do argumento do financiamento possível como justificativa para a falta de

investimento nos direitos sociais, especialmente na área da educação, existe ainda a questão da prioridade que boa parcela dos governantes conferem para outras áreas governamentais, que pode até refletir-se positivamente nas urnas, sem, contudo, apresentar uma vinculação mais pujante com o social, isso porque os direitos sociais são direitos inequivocamente progressivos e graduais e nem sempre têm o resplendor de uma obra faraônica de engenharia, como são os casos de uma ponte, um viaduto, um metrô, uma praça, um edifício suntuoso, que acabam por infundir nas pessoas a presença ativa do governante.

É lamentável que ainda existam países que não priorizam as políticas educacionais, pois é sabido de todos que a educação é importante para a formação da cidadania; sendo, outrossim, considerada um instrumento de qualificação da pessoa para o mercado de trabalho, um veículo para romper o ciclo de pobreza, sem deslembrar que ela funciona como condutor da igualdade de oportunidades. A ausência da educação tem relação direta com o baixo nível de renda, acarretando a pobreza, ao passo que essa mesma variante potencializa a pessoa, fazendo superar não só a pobreza de renda, como também a pobreza de capacidade. Com isso, se quer afirmar que a expansão da educação pública de qualidade tem importância fundamental para a melhoria da renda, para a redução da miséria e da marginalização, podendo representar um baixo custo para o erário público em função dos benefícios públicos compartilhados, a exemplo do que fizeram os países do Ocidente e da Ásia, citados acima.

Nesse contexto, o presente estudo busca analisar o enquadramento da educação, como um direito fundamental; um pouco mais adiante numa relação com a Teoria do Não Retrocesso Social. Nesse último ponto se busca examinar como e em que medida o direito fundamental à educação pode ser assegurado contra a abolição ou aniquilação pelos Poderes, Legislativo e

Executivo, bem como qual seria a atuação do Poder Judiciário para garantir a eficácia e efetividade, não só desse como dos demais direitos fundamentais sociais.

2. A educação como direito fundamental

O direito à educação tem ocupado espaço nas constituições escritas do mundo contemporâneo, podendo aqui ser destacada a Constituição italiana, que trata desse importante direito em seu artigo 34, do Título II. De igual maneira, a Constituição de Portugal, nos seus artigos 73 a 75, do Capítulo III, do Título III, da Parte I, que trata dos Direitos e Deveres Fundamentais. Destaque-se, ainda, a Constituição da República Federal da Alemanha, no seu artigo 7º. Finalmente a Constituição espanhola, no seu artigo 27, da Seção primeira, reservada aos “Direitos Fundamentais e das Liberdades Públicas”, abrigada no Capítulo Segundo, do Título I, que trata “Dos Direitos e Deveres Fundamentais”.

No Brasil, todas as Constituições positivaram o direito à educação, a começar pela Constituição Imperial de 1824, artigo 179, inciso XXXII. A Constituição seguinte, de 1891, artigos 35 e 72, § 6º; a Carta Magna de 1934, no seu Título V, Capítulo II, artigos 149, “caput”, e 150, alíneas; a Constituição de 1937, artigos 128 a 134; a Constituição de 1946, em seu Título VI, Capítulo II, artigo 166; a Constituição de 1967, em seu artigo 168, “caput”, e § 3º, II, do Título IV; a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, no seu artigo 176, “caput”, e seu § 3º, do Título IV, e, finalmente, a Constituição de 1988, Seção I, do Título VIII, artigos 205 ao 214.

Da Carta de 1988, interessa extrair que os artigos 205 ao 208 integram o agrupamento dos direitos fundamentais, seja materialmente, seja formalmente constitucionais, ficando as demais normas classificadas como organizacional e procedimental. Entre as primeiras, pode-se destacar alguns princípios de extrema importância para o desenvolvimento da educação, em agrega-

ção ao princípio do não retrocesso, como o princípio da igualdade de condições, artigo 206, inciso I; o princípio da gestão democrática do ensino, artigo 206, inciso VI, e artigo 3º, inciso VIII, da Lei 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional; o princípio da garantia de padrão de qualidade do ensino, artigo 206, inciso VII, da C.F., e artigo 3º, inciso IX, da Lei 9.394/96 (L.D.B.); o princípio da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, artigos 206, inciso IV e 208, inciso I, todos da C.F., c/c o artigo 3º, inciso VI da Lei nº 9.394/96 (L.D.B.).

O princípio da igualdade de condições, na redação do artigo 206, inciso I, C.F., significa não uma igualdade meramente formal, mas, mais do que isso, uma igualdade no sentido material para abranger uma igualdade de oportunidades ao acesso e permanência na escola, com igual consideração e respeito. Trata-se, portanto, não apenas de uma igualdade perante a lei, mas de uma igualdade pela lei, como instrumento de libertação, de justiça social, inerente à dignidade da pessoa humana.

O princípio da gestão democrática do ensino, artigo 206, inciso VI, C. F., e artigo 3º, inciso VIII, da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), denota não apenas um sentido de democracia política, numa acepção estrita, para compreender uma expressão mais ampla de democracia social, numa compreensão ativa, segundo a doutrina de Jellinek, de *status activus civitatis*, ou estado de cidadania, da participação do cidadão na vontade do Estado. Revela-se, pois, um princípio programático-participativo, envolvendo o Estado e a família, com a promoção, o incentivo e a colaboração democrática da sociedade, objetivando o desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o mercado de trabalho, Constituição, artigo 205, *caput*.

O princípio da garantia de padrão de qualidade do ensino, artigo 206, inciso VII,

da C.F., e artigo 3º, inciso IX, da Lei 9.394/96 (L.D.B.), pressupõe uma educação em que a qualidade, o rendimento dos estabelecimentos são constantemente avaliados e fiscalizados pelo Estado e no qual as falhas, as deficiências devem ser sanadas, superadas em busca de um melhor desempenho. Importa, de igual maneira, na adoção de prestações suplementares, como a oferta de material didático, transporte escolar de qualidade, alimentação, assistência médica ao educando do ensino fundamental e tudo o mais necessário à concretização do direito fundamental à educação, e podendo, segundo os ensinamentos de Maria Cristina de Brito Lima (2001, p. 230), embasar pedido de Mandado de Segurança para o caso de descumprimento desse princípio.

Ainda pertinente ao texto da Constituição, o seu artigo 212, *caput*, e seus Parágrafos, procuram garantir a manutenção, o desenvolvimento e a garantia de padrão de qualidade do ensino, mediante a aplicação de recursos financeiros, resultantes de impostos das unidades federadas, devendo ser respeitadas as disposições constantes do artigo 213, da Constituição, e artigo 60, do ADCT, sob pena de crime de responsabilidade da autoridade competente, notadamente, para o caso de não-cumprimento do disposto nos incisos V e VII deste último artigo.

Ainda dentro do texto constitucional, importa verificar a compreensão do direito fundamental à educação vista numa perspectiva subjetiva (*facultas agendi*), significando que a pessoa natural ou jurídica tem um direito fundamental originário e subjetivo (artigo 205, *caput*, c/c o artigo 208, § 1º, C.F.), em contraposição a um dever do Estado (artigo 208, *caput*, C.F.) de, objetivamente (perspectiva objetiva), propiciar a todos o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, sob pena de importar responsabilidade da autoridade competente (artigo 208, § 2º, C.F.).

Ao lado da questão do direito público subjetivo à educação exsurge outra, não

menos importante, da aplicabilidade das normas pertinentes à educação. Assim, dispõe o Parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”. Analisando esse dispositivo de suma importância para identificar a eficácia das normas constitucionais sobre a educação, Regina Maria Fonseca Muniz (2002, p. 115,122), após discutir a posição de autores sobre a eficácia das normas sobre os direitos fundamentais sociais, e estritamente sobre a educação, como J. J. Gomes Canotilho, José Afonso da Silva, Marcos Augusto Maliska, Eros Roberto Grau, Flávia Piovesan, Pinto Ferreira, entre outros, a autora coloca-se como defensora da eficácia plena e aplicação imediata das normas constitucionais educacionais.

Um outro autor que tem-se ocupado do estudo sobre a educação, Marcos Augusto Maliska (2001, p. 106,107), da mesma forma, ao analisar a norma do Parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição e depois de apresentar um panorama da doutrina nacional e lusitana sobre a eficácia das normas de direito fundamental a partir de métodos de hermenêutica, observa que, por interpretação sistemática e teleológica, o direito à educação, por inserir-se no rol dos direitos fundamentais, deve merecer igual consideração desses direitos para ter eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Por sua vez, o conceituado publicista, José Afonso da Silva (2003, p. 150), embora insira, regra geral, os direitos fundamentais sociais no rol das normas programáticas, no que se refere ao direito à educação, dá a entender que as normas sobre esse direito fundamental enquadram-se na categoria das normas constitucionais de eficácia contida, como sendo aquelas normas que o legislador constituinte originário regulou suficientemente com normatividade capaz de reger os interesses estabelecidos, portanto, de aplicabilidade imediata e plena, embora tenha deixado certa margem de

atuação restritiva do legislador infraconstitucional, para reduzir ou restringir a sua eficácia. E diga-se, por acréscimo, até o limite do núcleo essencial, sob pena de traduzir-se, na prática, numa anulação ou aniquilação, pura e simples, desse direito fundamental, inerente ao respeito pela dignidade humana.

Agora, no que tange a questão da fundamentalidade dos direitos sociais, nos quais se insere a educação, grande parte dos publicistas nacionais, entre os quais se sobressaem os nomes de Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Roberto Barroso e Paulo Bonavides, defendem a tese de que tais direitos são genuinamente fundamentais. Para tal, embasam-se, em linhas gerais, no próprio texto da Constituição Brasileira, que acolheu os direitos fundamentais sociais em capítulo próprio (Capítulo II), no catálogo dos Direitos e Garantias Fundamentais (Título II). Mais ainda, pelo fato de tais direitos submeterem-se ao regime da aplicabilidade imediata, Parágrafo primeiro do artigo 5º, C.F., que estabelece: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Também, segundo o entendimento de Linhares (2004, p. 157), ao lado de Fonseca Muniz e Francisco Peláez Contreras, a educação é um direito fundamental, pelo “seu caráter absoluto, intangível, cujo respeito impõe-se aos governantes como imperativo categórico, independente de abundância ou não de recursos”.

Portanto, à luz da doutrina e do próprio texto da Constituição, podemos concluir que a educação como os demais direitos sociais são verdadeiramente direitos fundamentais pelo seu duplo aspecto: formal e material. O primeiro, formal, decorre do fato de tais direitos encontrarem-se expressamente inseridos no texto da Constituição; também aponta para o caráter rígido das normas constitucionais, pelo fato de encontrarem-se submetidas a regime especial de revisão, previsto no artigo 60 da Constituição, para a natureza de proteção contra o poder de

reforma da Constituição, particularmente à disponibilidade do legislador ordinário. E a fundamentalidade material vincula-se ao valor que tais direitos representam para as pessoas, para a sociedade e para o Estado, como direitos essenciais da pessoa humana, por se relacionarem à noção de dignidade da pessoa humana.

3. O direito fundamental à educação e o princípio do não retrocesso social

Segundo o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 2-4), o Princípio do Não Retrocesso Social deita suas raízes em solo alemão, muito embora não o contemple expressamente na sua Lei Fundamental. Contudo, tanto a doutrina, quanto o Tribunal Constitucional Alemão chancelam a proteção de institutos como o direito adquirido e das expectativas de direitos, que refletem uma compreensão ampla da proibição de retrocesso. Da mesma forma utilizam-se da garantia do direito subjetivo individual da propriedade para alcançar a proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública, com destaque para os direitos prestacionais no âmbito da segurança social.

No âmbito do constitucionalismo português, que tem exercido significativa influência sobre o ordenamento jurídico pátrio, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 338,339), prócere do direito constitucional do país lusitano, sustenta que os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, uma vez concretizados pelo legislador ordinário, passam à condição de verdadeiros direitos subjetivos; de uma garantia institucional, não podendo o legislador infraconstitucional revogar tais direitos, sob pena de violar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança do cidadão, integrantes do Estado Democrático de Direito, podendo incidir em inconstitucionalidade por omissão.

Em solo pátrio, sob o aspecto doutrinário, a temática do não retrocesso ainda

caminha a passos lentos e vacilantes. Está ainda muito apegada à produção literária, principalmente, de Portugal e da Alemanha, muito embora já haja um consenso que o referido princípio tenha emergido da preocupação com o resgate das promessas da modernidade tardia, sustentada na tese do constitucionalismo compromissório-programático, resultante de fortes pressões políticas e com grande número de dispositivos dependentes de regulamentação, em contraposição ao paradigma liberal-individualista.

Em seus estudos sobre a proibição de retrocesso, Ingo Sarlet (2007, p. 462) conclui, no âmbito do direito constitucional brasileiro, que a proibição de retrocesso seja um princípio implícito, decorrente do sistema constitucional que se fundamenta nos princípios da dignidade humana; da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, do Estado democrático e social de Direito; da segurança jurídica; da proteção da confiança. Em razão disso, não admite a fórmula das regras, ou seja, de um “tudo ou nada”, conforme sustenta Dworkin, devendo ser aceitas reduções, por conta das colisões entre princípios. Contudo, que a redução ou modificação limite-se ao núcleo essencial do direito, de tal sorte que, ainda que o legislador disponha de uma indispensável autonomia legislativa, fica interdito à vedação absoluta, aniquilatória de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, sob pena de incidir em inconstitucionalidade por omissão.

Outro constitucionalista, Luís Roberto Barroso (2006, p. 152), sustenta que o Princípio da vedação do retrocesso não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, que se uma lei der concretude a um mandamento constitucional, tornando viável o exercício de um direito, o mesmo incorpora-se ao patrimônio jurídico da cidadania, não podendo ser arbitrariamente suprimido, fazendo a situação retornar a um estado de omissão legislativa anterior.

Por sua vez, José Vicente dos Santos Mendonça (2003, p. 218) entende que a proibição de retrocesso fundamenta-se no princípio da efetividade das normas constitucionais, segundo o qual, tornado eficaz e efetivo um dispositivo da Constituição por meio de uma lei ordinária, fica interdito ao legislador proceder a revogação pura e simples dessa legislação, pois, se a Constituição é um dever-ser, que adquire força normativa a partir do momento em que logra realizar progressivamente a sua vontade expressa no pacto constituinte, nada mais natural do que obstar a ab-rogação da lei concretizadora; significa evitar a destruição ou inutilização de certas instituições ou serviços sociais.

Ainda na doutrina nacional, agora num outro polo, fazendo objeção ao reconhecimento de uma proibição de retrocesso em relação aos direitos sociais, o eminente Professor Roger Stifelmann Leal (2009), docente da Universidade de São Paulo e do UNICEUB, em Brasília, após sustentar o excessivo aumento de novos direitos fundamentais inscritos na Constituição e questionar a adequação de tais direitos ao qualificativo “fundamental”, considera que a implementação dos direitos fundamentais sociais deve ser uma opção governamental, não sendo, pois, em princípio, justificáveis, mas apenas depois de estabelecidas as diretrizes em lei, bem que a melhor interpretação do momento adequado para dar aplicação da norma constitucional não autoaplicável parece ter ficado à discricionariedade do legislador infraconstitucional.

Ressalte-se, na mesma diretriz, a grande contribuição de Suzana de Toledo Barros (2003, p. 165), para quem a admissão do princípio do não retrocesso social conflita com a liberdade de conformação do legislador, uma vez que considera que os direitos sociais exigem prestações fáticas, por meio de medidas legislativas, para concretização da norma constitucional, e estão submetidos à chamada “reserva do possível”, razão pela qual autores rejeitam-no, “com o

argumento de que não se pode converter o grau de realização legislativa de um direito social em direito constitucional material, contra a vontade do legislador”.

De qualquer forma, há de se reconhecer a existência de fortes e consistentes razões apresentadas, tanto pelos que defendem, quanto por aqueles que se opõem à proibição do retrocesso social. Contudo, ao menos no âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio da proibição do retrocesso social, ainda que não expresso, decorre, como já assinalado, do sistema jurídico-constitucional brasileiro. Desse modo, a nossa opinião é que seja adotada, pelo menos, uma relativa proibição de retrocesso, ou seja, mitigada, limitada ao mínimo existencial, considerando que os direitos sociais prestacionais carecem de políticas permanentes, contínuas, mas de recursos públicos para concretização. Além de um incremento cada vez maior dos níveis de seguridade social, em decorrência das reivindicações provenientes da mobilização da sociedade civil organizada que exerce pressão constante sobre os membros do Poder Legislativo e do Executivo, sem considerar, ainda, os instrumentos de tutela judiciais postos à disposição da sociedade.

Se é possível admitir que a vedação absoluta de retrocesso possa representar a impossibilidade de atendimento das demandas sociais, econômicas e culturais, por carecerem de recursos públicos, cada vez mais limitados, bem como que tal medida possa resultar numa transmutação das normas ordinárias em constitucionais, também é possível afirmar que a supressão pura e simples da norma concretizadora do direito fundamental social pode representar a própria extinção do direito, em flagrante descumprimento ao poder constituinte originário.

Recorde-se que ao admitir-se, como parece ser verdade, que a proibição do retrocesso de um direito fundamental social seja um princípio implícito, decorrente do

sistema jurídico-constitucional, significa dizer, segundo observado, não se enquadrar na espécie de regra, mas na categoria de princípio, que, por isso mesmo, são mandamentos de otimização, devendo realizar-se na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, para a realização progressiva do projeto de modernização e de promoção da justiça social. E por não serem absolutos ficam sujeitos à lógica da ponderação, apontando para a relatividade da proibição de retrocesso, de tal forma que a norma de direito fundamental à educação possa ser modificada, desde que fique preservado o nível de concretização legislativa já alcançada.

Agora, sob o aspecto jurisprudencial pátrio, o princípio do não retrocesso já foi suscitado no Supremo Tribunal Federal, no Recurso de Agravo Regimental, interposto contra a decisão que deu provimento ao Recurso Extraordinário nº 410.715-5-SP, cuja votação unânime, favoravelmente ao princípio, acolheu o voto vencedor do Relator, Ministro Celso de Mello, que, entre outros argumentos, ressaltou: que o direito à educação representa uma prerrogativa constitucional deferida a todos, notadamente às crianças, sendo um direito social qualificado como um dos mais expressivos, cabendo ao Estado desincumbir-se de sua obrigação constitucional com a criação de condições objetivas, de modo a propiciar aos seus titulares o acesso ao sistema educacional. Portanto, que o artigo 208, IV, C.F. encerra a necessidade de ser conferida efetiva concretização a esse direito fundamental, cuja não-realização qualifica-se como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão.

Portanto, em que pesem os argumentos contrapostos a uma proibição de retrocesso, convém salientar, porém, que todas as normas constitucionais possuem algum grau de eficácia, entre as quais, os direitos fundamentais sociais, quer sejam reconhecidos como direitos subjetivos originários, como é o caso do direito à educação, quer sejam

derivados a prestações sociais, que exigem uma intervenção legislativa, podendo provocar algum efeito jurídico. E, por conta disso, mais especialmente num país como o Brasil, onde os direitos fundamentais, em razão do próprio dispositivo da Constituição, art. 5º, § 1º, ter aplicação imediata; mais, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, artigo 5º, XXXV, parece coerente, pelo menos razoável, afirmar que o Poder Judiciário possa exercer um controle judicial dos atos dos demais poderes estatais, mormente no que tange às omissões constitucionais, para a devida concretização da norma constitucional. Tudo em respeito aos princípios da segurança jurídica, da confiança do cidadão, da eficácia das normas constitucionais e da dignidade da pessoa humana, que fundamenta todos os direitos fundamentais.

Finalmente, importa consignar, no entrelaçamento entre o direito fundamental à educação e o princípio do não retrocesso social, a obrigação imposta pela Constituição aos poderes públicos no sentido de estes concretizarem positiva, material e normativamente o direito à educação de forma eficaz e efetiva, para propiciar a todas as pessoas a oportunidade de acesso e permanência na escola. Uma vez desatendido esse direito, seja de forma omissiva ou comissiva, isto é, deixando os Poderes públicos de atender a vontade da Lei Maior, seja pela omissão do legislador para concretização da norma constitucional, seja, ainda, pela criação de leis infraconstitucionais tendentes a suprimirem direitos educacionais já assegurados, fazendo retrocederem a um estado anterior, poderá o titular prejudicado, por força do artigo 208, *caput*, e seu Parágrafo primeiro, em combinação com o artigo 5º, incisos XXXV (reserva judicial) e XXXVI (direito adquirido), todos da Constituição, deduzir sua pretensão em juízo.

Mas importa, igualmente, vincular os poderes públicos numa perspectiva negativa (*status* negativo de Jellinek), impondo ao Estado o dever de abster-se de editar atos

legislativos e administrativos contrários às normas de direitos fundamentais. Em nosso caso, no sentido de o administrador e o legislador infraconstitucional ficarem interditos de abolirem ou tentarem abolir, material ou legislativamente, as normas concretizadoras do direito fundamental à educação, no sentido de levarem ao aniquilamento, puro e simples, sem qualquer compensação, das políticas públicas relacionadas ao direito fundamental à educação. Mas também o Judiciário, no sentido de não poder aplicar atos contrários à Constituição, de modo especial ofensivamente aos direitos fundamentais sociais.

4. Conclusão

À guisa de conclusão, ficou consignado que o direito à educação tem ocupado espaço nas constituições escritas do mundo contemporâneo como são os casos das Constituições: italiana, portuguesa, alemã e espanhola, bem como todas as Constituições brasileiras positivaram o direito à educação, sendo que o Legislador Constituinte de 1988 reservou-lhe uma maior atenção, uma vez que, além de dedicar toda a Seção I, Capítulo III, do Título VIII, destinado à Ordem Social, ainda estabeleceu princípios como verdadeiros pilares para a manutenção e defesa desse direito fundamental.

Também enfocou-se que o Princípio do Não Retrocesso Social deita suas raízes em solo alemão, que muito embora não o contemple expressamente na sua Lei Fundamental. Contudo, tanto a doutrina, quanto o Tribunal Constitucional Alemão chancelam a proteção de institutos como o direito adquirido e as expectativas de direitos, que afinal refletem uma compreensão ampla da proibição de retrocesso. Da mesma forma, utilizam-se da garantia do direito social da propriedade para alcançar a proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública no âmbito da seguridade social.

Ainda ficou salientado, no âmbito do constitucionalismo português, que exerce

grande influência no direito constitucional pátrio, que o surgimento do princípio do não retrocesso deveu-se em grande medida à contribuição de José Joaquim Gomes Canotilho, o qual procurou demonstrar que os direitos sociais, econômicos e culturais, uma vez obtidos um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo, ficando interdito ao legislador infraconstitucional revogar tais direitos, fazendo retornar a um estado legislativo anterior, sob pena de incidir em inconstitucionalidade por omissão.

Também averbou-se que a proibição de retrocesso parece ser ainda incipiente no direito brasileiro e que boa parcela da doutrina sustenta a tese de um princípio implícito a partir do próprio sistema constitucional em decorrência do princípio da democracia econômica e social, bem como que se vincula aos princípios da dignidade humana; do Estado Democrático e Social de Direito; da segurança jurídica; da proteção da confiança do cidadão e da eficácia das normas de direitos fundamentais.

Tomou-se posição por uma postura mais ativa do Judiciário no sentido de determinar a implementação de medidas adequadas para garantir a efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, deixando de ter uma postura neutra, de distanciamento da realidade social, para assumir uma postura dinâmica, de responsabilidade prospectiva das políticas sociais públicas, sem que tal conduta possa representar uma limitação excessiva na esfera de atuação dos demais Poderes.

De resto, ficou registrado que os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais, pelo fato de estarem agasalhados no Capítulo II, Título II, da Constituição, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, bem como pelo fato de tais direitos terem aplicabilidade direta e imediata, a teor do disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição, cabendo aos órgãos estatais propiciarem a máxima eficácia e efetividade desses direi-

tos. Em particular, ao direito fundamental à educação, no sentido de concretizarem positiva, material e normativamente tal direito. Mas importa, igualmente, vincular o Poder público numa perspectiva negativa, no sentido de se abster de editar normas a fim de abolir, pura e simplesmente, sem nenhuma medida substitutiva, as normas concretizadoras do direito fundamental à educação, fazendo retornar a uma situação de vazio legislativo.

Referências

- ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. Qual o sentido de Rawls para nós? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 43, n. 172, out./dez. 2006.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Tradução Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3 ed. Brasília Jurídica, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 2 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? defesa de um constitu-

cionalismo moralmente reflexivo. *Revista dos Tribunais*, ano 4, n. 15, abr./jun.1996.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CONTO, Mario De. *O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DERBLL, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GARCIA, Emerson. *O direito à educação e suas perspectivas de efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KREL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 27 out. 2009

LEITE, Flamarion Tavares. *Manual de filosofia geral e jurídica: das origens a Kant*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

LIMA, Maria Cristina de Brito. Educação como direito fundamental. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 4, n. 13, 2001.

LINHARES, Mônica Tereza Mansur. O direito à educação como direito humano fundamental. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, ano 7, n. 13, 2. sem. 2004.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MALISKA, Marcus Augusto. *O direito à educação e a constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001.

MAPA do analfabetismo no Brasil. Brasília: Inep, 2003. Disponível em: <<http://www.inep.gov.br/estatisticas/analfabetismo>>. Acesso em: 17 mar. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília Jurídica, 2003.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3 ed. v. 14. Coimbra Editora, 2000.

MOREIRA, Vital. *O futuro da constituição*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000.

_____. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, n. 4, jul. 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente: de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2004.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009.