



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MAIANA GUIMARÃES**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E A  
CULTURA CONSTITUCIONAL**

Salvador  
2016

**MAIANA GUIMARÃES**

**O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E A  
CULTURA CONSTITUCIONAL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo  
Maurício Freire Soares

Salvador  
2016

# TERMO DE APROVAÇÃO

**MAIANA GUIMARÃES**

## **O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E A CULTURA CONSTITUCIONAL**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito,  
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2016

Dedico esse trabalho a minha irmã,  
Manoela Guimarães, porque a sua  
existência renova a minha fé e o  
meu amor todos os dias.

## AGRADECIMENTO

Durante toda a minha trajetória acadêmica, especialmente a partir do quinto semestre de faculdade, pensei e planejei a elaboração do meu projeto de conclusão de curso. Diferentemente do que costumava escutar, esse trabalho significava - e significa ainda - mais do que um protocolo a ser cumprido. Para mim, a monografia deve refletir um pouco – ou muito - da trajetória de quem a constrói.

Sabia, então, que a sua elaboração não seria fácil, que diversos obstáculos apareceriam em meus caminhos que, muitas vezes, teria de escrever o meu texto em meio a grandes tempestades e que, em diversos momentos, a vontade de parar tomaria conta de mim.

As minhas previsões, como de costume - desculpem-me pela sinceridade excessiva -, estavam certas. O que eu não sabia - ou não queria acreditar - é que tudo isso me faria mais forte e mais certa do meu grande desejo de seguir em frente e me perceber dona do meu próprio caminho.

Tornei-me, então, autora da minha própria história, na qual me percebo com o brilho no olho e a calma no coração por ter feito a escolha certa, porque pensar o Direito e buscar a sua efetivação é algo que me motiva e preenche todos os dias. Sei, entretanto, que nenhuma história faz sentido quando só tem um personagem. O ser humano, inevitavelmente, precisa se relacionar e eu sou uma grande sortuda pelas pessoas que tenho encontrado em minha vida. Preciso, portanto, agradecer aqueles que me ajudaram a chegar até aqui.

Em primeiro lugar, a Deus e à espiritualidade, especialmente aos irmãos de luz Pedro, Helena e a todos os Setes que me acompanham. Sem vocês, nada faria sentido.

A minha mãe Claudia, por ter me ensinado, quando eu ainda era pequena, a querer ser guerreira e vitoriosa. Você não sabe quantas vezes essas palavras me motivaram a seguir. Se eu nunca desisti de tentar, foi também para lhe mostrar que as minhas lutas valeriam a pena. Eu amo você.

A meu pai Manoel Jorge, por ter despertado em mim a curiosidade pela ciência do Direito, por ter proporcionado o meu estudo em excelentes escolas e por ter sido um

grande professor de Direito constitucional e fundamentais para mim e para a minha turma, deixando excelentes contribuições acadêmicas para todos nós.

A minha irmã Manoela, por ter sido a minha razão de voltar para casa todos os dias, por acreditar na minha capacidade de superação e por apostar em meu potencial sempre. Obrigada, especialmente, pelo apoio durante o último semestre. A você, o meu maior e mais puro amor.

As minhas tias Rege, Gel, e, especialmente, Lole e Dinda Cassia, por terem torcido e apoiado cada passo que dei para chegar até aqui. Os mimos de vocês me fizeram mais doce.

A Tia Carla, amiga de todas as horas, coruja número um, pela confiança e apoio em todos os dias e fases da minha vida. Você sempre foi um Porto para mim.

Aos meus avós Iêda e Elmir, pelo amor, incentivo e orgulho de sempre. Por terem ampliado o meu brilho e por me enxergarem maior do que realmente sou. Essa realização é, também, por e para vocês.

Ao meu primo e amigo Diego Guimarães Greenhalgh, meu grande amor, orgulho e minha maior saudade. A sua existência alegra o meu coração em qualquer lugar do mundo.

A minha mãe Symone, por ter plantado em mim as suas melhores sementes. Devo a você o que me tornei. A Samarah e Walter, por todos os momentos de alegria e amor. Nenhuma distância os afastará de meu coração.

A minha prima e amiga Lorena Navarro, exemplo de dedicação, profissionalismo e inteligência. Você é a minha maior certeza de que a ternura pode nos acompanhar em qualquer lugar. Eu te amo imensamente. A você, toda a minha admiração.

A D. Odete pela torcida e pelo cuidado de tantos anos, pelas incessantes palavras de amor e de fé para mim.

A D. Lindi, suporte que recebi da vida, por ter cuidado de mim com tanto amor e ter me oferecido um pedacinho da sua melhor parte. Obrigada por todas as orações, dedicação e demonstrações de amor. Se um dia eu for do tamanho que a senhora me enxerga, serei muito realizada.

A Beto por, em poucas palavras, torcer e desejar o meu bem.

A Priscila leal, carta mais linda que recebi de Deus, minha irmã de coração, pelo apoio, amor e sensatez de sempre. Você me faz acreditar que grandes realizações são possíveis e me preenche com a certeza de que nenhuma distância pode separar dois corações sintonizados e ligados pelo amor.

A minha amiguinha amada Fernanda Portugal, pelo carinho, cuidado, paciência e pela torcida incessante pelo meu sucesso. Você é parte importantíssima da minha vida.

A Daniela Portugal, professora e amiga, inspiração de infinitos momentos. Obrigada por ter enxergado a minha capacidade antes mesmo que eu me desse conta dela. Obrigada por ter emprestado o brilho dos seus olhos, quando os meus não conseguiam brilhar. O melhor de mim tem muito de você.

A Ana Carolina Mascarenhas, minha amiga, professora, coordenadora e orientadora de sempre. Obrigada por ter sido luz em meu caminho, por ter me apoiado tanto, por ter permitido que eu desenvolvesse o meu "espírito de pesquisadora" e ter estado tão perto. Se eu cheguei até aqui, devo isso a você. Aliás, aonde quer que eu chegue nessa vida, serei grata a você.

A Lara Soares, irmã de alma, chefe querida, exemplo profissional, surpresa maravilhosa que a espiritualidade e a faculdade me deram e que eu desejo ter sempre comigo. Obrigada por tornar minha caminhada mais doce, fácil e iluminada e, especialmente, por ter me feito seguir em frente quando nem eu acreditava que conseguiria. Eu sempre estarei por perto, por escolha e por amor. A você, as minhas mais sincera amizade e gratidão.

A Teca, amiga querida e a Livia, pela amizade, amor e torcida diária. Vocês me fazem mais feliz.

A Dra. Maria Rapold e Roberta Modesto, por me acolherem como parte da família, cuidarem de mim e desejarem a minha realização. Jamais esquecerei tudo o que fizeram e fazem por mim.

Aos amigos Marcos e Carla, por terem alegrado as minhas noites e terem sido pontos de apoio para mim.

A Marília Siqueira, presente que o DSR me deu e que levarei para a vida toda. Obrigada por ter estado tão perto, mesmo quando a distância física era grande, por

me querer tão bem, por ler as minhas produções, opinar sobre cada uma e, especialmente, pela correção cuidadosa desse trabalho. Obrigada por me ajudar tanto.

Ao meu orientador Ricardo Maurício Freire Soares, professor e amigo, exemplo de inteligência, pela paciência e cuidado durante a elaboração desse trabalho e por todo o apoio durante a minha trajetória na faculdade. Obrigada por confiar em mim. Sempre serei grata pelas oportunidades que me deu.

A Miguel Calmon Dantas, Cláudia Albagli Nogueira, Carlos Rátis e Geovane Peixoto pela disponibilidade e apoio durante a realização desse trabalho.

Aos meus afilhados Enzo, Fernanda e Gustavo, por vocês eu sou uma pessoa melhor.

À equipe do escritório Didier Sodré e Rosa advocacia e consultoria por todo o acolhimento, ensinamento e oportunidades que recebi. Vocês foram a minha porta de entrada para a vida profissional e não poderia ter tido oportunidade melhor de crescimento.

A Eduardo Sodré, a quem devo muito do pouco que sei sobre a advocacia. Você sempre será o meu grande exemplo de ética e profissionalismo. Obrigada por ter me ensinado tanto.

A Layanna Piau, minha primeira e querida chefe, pela paciência, amizade e por todos os ensinamentos da vida profissional e pessoal. A sua exigência, dedicação e comprometimento me prepararam para a caminhada da vida.

A Camila Nery, chefe, amiga e parceira. Obrigada por ter me permitido assumir responsabilidades profissionais tão grandes e ter confiado em mim plenamente. Obrigada, também, por todas as vezes em que fez da sua casa um ponto de acolhimento para mim e por ter permitido que Nanda alegrasse os meus dias e a minha vida. Amo vocês.

Ao querido professor Fredie Didier Jr. pelo apoio enorme, de maneira essencial e discreta, quando eu mais precisei e pelo incentivo de sempre. A sua grandiosidade, para mim, vai além do brilhantismo evidente, está na sensibilidade dos pequenos gestos. Sem você, a realização desse sonho não seria possível.

A Tiago César, amigo querido, parceiro de todas as horas, pelo apoio e ajuda constantes, pelos olhares atentos de tantos dias e pelo real desejo de me ver feliz.

E, finalmente, a todos que de alguma forma contribuíram para a concretização desse sonho.

A todos vocês, do fundo da minha alma, a minha eterna gratidão.

“Nunca deixe que lhe digam que não  
vale a pena  
Acreditar no sonho que se tem  
Ou que seus planos nunca vão dar  
certo  
Ou que você nunca vai ser  
alguém...”

(Renato Russo)

## RESUMO

A realidade de inefetividade dos direitos sociais no Brasil é uma questão relacionada ao baixo grau de cultura constitucional do povo brasileiro. Assim, o presente trabalho apresenta o direito à educação enquanto direito social dotado de fundamentalidade, defendendo a sua aplicação e eficácia em grau máximo, em detrimento da diferenciação no tratamento dispensado aos direitos de primeira e segunda dimensão. Além disso, esse estudo refuta a ideia de satisfação desse direito pautada no mínimo existencial, defendendo como referencial o direito fundamental ao máximo existencial e, portanto, à satisfação suficiente como meta de aplicabilidade. Ademais, o presente trabalho trata da cultura constitucional, estabelecendo-a como espécie do gênero cultura, caracterizando e apresentando-lhe como uma das causas da inefetividade dos direitos sociais em geral e, obviamente, do direito à educação. Finalmente, essa monografia aponta a educação como meio de disseminação da cultura constitucional, sugerindo a implantação de uma Constituição infantil como forma inicial de concretização da proliferação do sentimento constitucional tão tímido, ainda, no Brasil.

Palavras chaves: Direito fundamental à educação; satisfação suficiente; cultura constitucional.

## **ABSTRACT**

The reality of the ineffectiveness of social rights in Brazil is a matter related to the low level of constitutional culture of the Brazilian population. Thus, this work presents the right to education as a social right gifted with fundamentality, defending its application and effectiveness to the greatest degree, to the detriment of differentiation in the treatment of first and second dimension rights. Furthermore, this study refutes the idea of realization of this right guided by the existential minimum, defending as a reference the fundamental right to existential maximum and therefore sufficient satisfaction as the goal of applicability. Moreover, this work deals with the constitutional culture, establishing it as a species of the genus culture, featuring it and presenting as a cause of ineffectiveness of social rights in general and, obviously, the right to education. Lastly, this monograph aims at education as a mean of dissemination of constitutional culture, suggesting the implementation of a children's constitution as starting the embodiment of the proliferation of the constitutional feeling, yet, so shy in Brazil.

**Keywords:** Fundamental right to education; sufficient satisfaction; constitutional culture.

## LISTA DE ABREVIATURAS

atual.	Atualizado
CF	Constituição Federal
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
Ed.	Edição
EUA	Estados Unidos da América
FUNDEB	Fundo de manutenção da educação básica e da valorização dos profissionais da educação
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
LDB	Lei de diretrizes e bases
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto internacional de direitos econômicos civis e políticos
PIDESC	Pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais
PISA	Programa Internacional de Avaliação de Estudantes
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio
PNE	Plano Nacional de Educação
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
rev.	Revisado
SAEB	Sistema de Educação Básica

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	14
<b>2 O FENÔMENO DO CONSTITUCIONALISMO</b>	17
2.1 CONCEITO	17
2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA: DO CONSTITUCIONALISMO PRIMITIVO AO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL.	18
2.3 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (DA CONHECIDA À ADEQUADA)	25
<b>2.3.1 Conceito e evolução da conhecida teoria dos direitos fundamentais</b>	<b>25</b>
<b>2.3.2 A verdade sobre a configuração e evolução dos direitos sociais</b>	<b>30</b>
2.3.2.1 A evolução dos direitos sociais e a sua conseqüente (in)efetividade	31
2.3.2.2 A fundamentalidade dos direitos sociais	36
2.3.2.3 A teoria adequada dos direitos fundamentais	38
2.4 A DEMANDA PELO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO NO BRASIL	40
<b>3 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO</b>	42
3.1. CONCEITO	42
<b>3.1.1 Evolução do direito à educação no Brasil</b>	<b>44</b>
<b>3.1.2 Reflexões acerca do direito fundamental à educação</b>	<b>49</b>
3.1.2.1 A questão da acessibilidade às escolas e da qualidade do ensino	49
3.1.2.2 Permanência dos alunos e qualidade da educação nas instituições de ensino	52
3.2 (IN)EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO	57
<b>3.2.1 O grau máximo de efetividade da educação como direito social</b>	<b>57</b>
<b>3.2.2 A satisfação suficiente como referencial para a justiciabilidade</b>	<b>60</b>
3.3 REQUISITOS NECESSÁRIOS À EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO	63
<b>3.3.1 A extensão da liberdade de conformação pelo Poder Legislativo</b>	<b>63</b>
<b>3.3.2 Justiciabilidade do direito à educação</b>	<b>65</b>
<b>4 CULTURA CONSTITUCIONAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO</b>	69
4.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA	69
<b>4.1.1 Direito à cultura x Direito à educação</b>	<b>72</b>

<b>4.1.2 Cultura constitucional como espécie do gênero cultura</b>	74
<b>4.2 O FENÔMENO DO CONSTITUCIONALISMO TARDIO E A CULTURA CONSTITUCIONAL</b>	78
<b>4.2.1 Uma visão geral do fenômeno do constitucionalismo tardio</b>	78
<b>4.2.2 O desenvolvimento da ideia de cultura constitucional e a realidade brasileira</b>	82
<b>4.3 A BAIXA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO BRASIL E A AUSÊNCIA DE CULTURA CONSTITUCIONAL</b>	85
<b>4.3.1 O direito fundamental à educação como meio de disseminação da cultura constitucional</b>	85
<b>4.3.2 Sugestão de disseminação da cultura constitucional por meio da implantação de uma constituição infantil sobre direitos fundamentais</b>	87
<b>5 CONCLUSÃO</b>	89
<b>REFERÊNCIAS</b>	93

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar a (in) existência de cultura constitucional no Brasil e a sua relação com o direito fundamental à educação.

Assim, tendo em vista a relevância do constitucionalismo para o desenvolvimento de cada país e a importância do seu conceito para a compreensão de questões relativas à aplicabilidade e interpretação das normas constitucionais e da Constituição, o segundo capítulo desse trabalho dedica-se a conceituá-lo, assim como a tratar acerca da sua evolução histórica.

Desse modo, a abordagem será feita desde o constitucionalismo primitivo até o atual constitucionalismo multinível. Além disso, da análise do constitucionalismo, a ideia dos direitos fundamentais começa a ganhar destaque, de modo que compreendê-los é essencial para a progressão do presente estudo.

Tratar-se-á, portanto, das características da teoria dos direitos fundamentais existente, desenvolvida no século XVIII, sob a influência dos ideais liberais.

Far-se-á, entretanto, uma análise crítica dessa teoria, evidenciando a sua influência sobre a baixa efetividade conferida aos direitos sociais, propondo a sua substituição por uma nova teoria – a adequada - dos direitos fundamentais, capaz de superar as diferenças na forma de tratamento destinada aos direitos de primeira dimensão (os direitos de proteção) e os de segunda dimensão (os de proteção, denominados direitos sociais).

Nesse sentido, algumas questões serão desmistificadas no que se refere aos direitos sociais, assegurando as suas fundamentalidade e necessidade de aplicabilidade e efetividade para a evolução da sociedade em geral.

No terceiro capítulo, tratar-se-á de um dos objetos centrais da presente pesquisa, qual seja, o direito fundamental à educação, reconhecendo-o como direito social dotado de fundamentabilidade, bem como serão evidenciadas as falhas que repercutem na sua baixa efetividade.

Apresentar-se-á, então, a evolução histórica desses direitos no Brasil e, em seguida, desenvolver-se-á uma análise acerca de questões relacionadas ao tema. Serão apontados, dessa forma, alguns elementos que cooperam para a baixa efetividade

daquele direito e que, portanto, imprescindivelmente devem ser enfrentados por esse trabalho monográfico.

Para tanto, analisar-se-á a escassez de escolas públicas, bem como o problema de permanência dos alunos, a péssima qualidade do ensino e, conseqüentemente, do sistema educacional do país, destacando o que se considera uma educação de qualidade.

Ademais, defender-se-á a aplicação em grau máximo da educação enquanto direito social, afastando a ideia do mínimo existencial em detrimento do reconhecimento do direito fundamental ao máximo existencial e, portanto, apontar-se-á a satisfação suficiente como referencial para a justiciabilidade dos direitos sociais em geral.

Indicar-se-á, ao final do capítulo, como requisitos necessários à efetividade do direito abordado, a extensão de liberdade de conformação do Poder Legislativo e a justiciabilidade do direito à educação.

Explicitar-se-á, nessa linha, respectivamente, a importância do direcionamento adequado das questões sociais pelo Legislativo, sob pena de violação à vontade da Constituição; e a atual interferência do Poder Judiciário para assegurar demandas que versam sobre a educação, demonstrando as conseqüências positivas e negativas dessa intervenção.

No último capítulo de desenvolvimento, o quarto, apresentar-se-á o conceito de cultura e, em conseqüente, como se define a cultura constitucional, identificando-a com espécie do gênero cultura.

A partir de então, far-se-á a apresentação do conceito de constitucionalismo tardio, ao passo em que se demonstrará a inexistência de sua relação com a ausência de cultura constitucional.

E, ainda, serão apontadas as causas que configuram a ausência de cultura constitucional em um determinado país, bem como as conseqüências causadas pela ausência desse conhecimento e reconhecimento da Constituição pelo povo que tem o sistema jurídico orientado por ela.

Por fim, será analisada de que maneira a ausência ou baixo nível de cultura constitucional influencia o nível de desenvolvimento e educação de uma nação, de

forma a encontrar nesse direito – educação - a ferramenta para desenvolver a ideia de cultura constitucional e disseminá-la.

Ademais, será apresentado, como sugestão de fomento à disseminação da cultura constitucional, o projeto de criação de uma Constituição infantil, visando levar o conhecimento acerca da existência da Constituição e, mais do que isso, da existência de direitos e deveres por ela apontados, o que repercutirá na ampliação do desenvolvimento e do grau de discernimento dos cidadãos brasileiros.

## 2 O FENÔMENO DO CONSTITUCIONALISMO

### 2.1 CONCEITO

A compreensão do conceito de constitucionalismo é fundamental para o esclarecimento de questões relacionadas à aplicabilidade e interpretação das normas constitucionais, da própria importância da Constituição e do desenvolvimento dos direitos fundamentais. Isso porque é mediante a evolução desse fenômeno que os direitos fundamentais começam a se positivarem, conformidade com as demandas sociais existentes.

Inicialmente, deve-se registrar que o constitucionalismo não é, apenas, um movimento jurídico, mas também sociológico. Nesse sentido, André Ramos Tavares afirma que o aspecto jurídico se revela pela existência da Constituição como corpo normativo máximo, superior à vontade dos próprios governantes. Por outro lado, o aspecto sociológico é a limitação do poder dos governantes na condução estatal por meio da movimentação social<sup>1</sup>.

José Joaquim Gomes Canotilho, por sua vez, defende que o constitucionalismo é uma ideologia, sendo o governo das leis e não dos homens, de modo que a ideia constitucional deixa de ser apenas a limitação do poder e a garantia de direitos individuais, convertendo-se numa ideologia que abarca os vários domínios da vida política, econômica e social, qual seja, a liberal burguesa<sup>2</sup> do século XVIII.

Nesse sentido, entende-se como constitucionalismo o fenômeno de inserção da Constituição nas sociedades, o qual se deu de forma gradual e evolutiva, o que proporcionou a sua disseminação e alteração com o decorrer do tempo. Assim é que, atualmente, os países que adotam o sistema de *civil law* o sustentam pelo princípio da máxima efetividade constitucional, conferindo à Constituição o *status* de norma superior reguladora e orientadora de todo o sistema jurídico, não devendo ser

---

<sup>1</sup> TAVARES, André Ramos, *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

<sup>2</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 66.

contrariada, uma vez que revela os ideais daquela sociedade expressados pelo poder constituinte originário<sup>3</sup>.

Destaca-se, entretanto que isso não implica imutabilidade do sistema ou evolução das questões sociais, implica, tão somente, que as alterações necessárias não contrariem os valores defendidos pela Constituição daquele país.

Entretanto, não sendo tão somente um sistema jurídico, o constitucionalismo se fez e faz presente em países que aderem ao sistema de *common law*, disseminando os ideais desse fenômeno e exprimindo o seu caráter também sociológico.

## 2.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA: DO CONSTITUCIONALISMO PRIMITIVO AO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL

A história do Constitucionalismo, segundo Ricardo Maurício Freire Soares, pode ser considerada como o processo do embate entre a opressão e a liberdade humana, no âmbito das relações de poder social<sup>4</sup>. Nesse sentido, como todo processo, o constitucionalismo se desenvolveu e desenvolve ao longo do tempo.

Isso porque, conforme as sociedades foram evoluindo, tornou-se necessário o surgimento de regras reguladoras do comportamento humano, de modo a sustentar a vida em sociedade e proteger os interesses diversos das pessoas, Estado etc.

Nesse sentido, o constitucionalismo primitivo, primeira forma de manifestação desse fenômeno, apresentava-se por meio de organizações consuetudinárias, cujas normas que deveriam nortear a vida em sociedade e estabelecer a estrutura jurídica dos primeiros agrupamentos humanos jurídicos eram definidas pelos chefes de família, líderes ou clãs<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Classificação trazida pelo abade Emmanuel-Joseph Sieyès, na obra “*Que és el Tercer Estado?.*”, na qual se diferencia o poder constituinte dos poderes constituídos, entendo que aquele é o grupo responsável por expressar a vontade da maioria, sendo inalienável, permanente e incondicionado. Cf. Sieyès, Emmanuel. *Que és el tercer Estado?*. Madrid: Aguilar, 1973, p. 71-75.

<sup>4</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Direitos Fundamentais: Reflexões e Perspectivas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 28.

<sup>5</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Direitos Fundamentais: Reflexões e Perspectivas*. Cit., p. 28.

Esse período foi demarcado pela grande influência religiosa que legitimava a autoridade divina na terra, refletindo a inexistência de Constituições escritas e a reiteração dos costumes como regulamentador da vida em sociedade<sup>6</sup>.

Nesse contexto de desenvolvimento, as demandas pela limitação ao excesso do poder exercido pelos seus detentores começam a aparecer e, com elas, surgem os primeiros sinais da necessidade de mecanismos de proteção à individualidade do sujeito diante da atuação de um poder dirigente.

Nessa linha, Manoel Jorge e Silva Neto<sup>7</sup> esclarece que, embora tenham existido alguns sinais de proteção aos direitos individuais antes da Idade Média, na Revolução Francesa é que a proteção desses direitos passa a ser exercida de forma concreta<sup>8</sup>.

A partir desse período, então, maximizou-se que o avanço em relação à proteção de direitos fundamentais.

Não se pode descuidar do papel de destaque assumido pela Inglaterra, pioneira nas limitações ao poder monárquico e na consolidação do parlamentarismo como sistema de governo, cujo marco normativo inicial pode ser fixado ainda em 1215, com a promulgação da *magna charta libertatum*, evidenciando a existência do constitucionalismo clássico.

Por outro lado, Karl Lowenstein identifica a demanda pela proteção aos direitos fundamentais entre os hebreus, ainda no Estado teocrático, ao criarem limites ao poder político, por meio da imposição da “Lei do Senhor”, razão pela qual sustenta que os hebreus foram os responsáveis pela primeira aparição do constitucionalismo<sup>9</sup>.

Desse modo, é incontestável que a demanda por proteção individual e, especialmente, pela limitação do poder de intervenção do Estado na esfera íntima

---

<sup>6</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Direitos Fundamentais: Reflexões e Perspectivas*. Cit., p. 28.

<sup>7</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo Saraiva, 2013, p. 95.

<sup>8</sup> Nesse sentido, SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p.150.

<sup>9</sup> LOEWNSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução por Alfredo Gallego Anabiarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970, p. 154.

dos sujeitos existe há bastante tempo. Tanto assim que a sua fundamentação e ampliação se fortalece a cada dia, aproximando e atualizando a formatação do fenômeno do constitucionalismo aos contextos sociais, conforme se verá no tópico seguinte.

Embora, como visto anteriormente, tenha havido manifestações dos ideais propulsores do constitucionalismo, foi da Independência Americana de 1776 e da Revolução Francesa de 1789, que decorreu o constitucionalismo moderno, caracterizado pela proteção aos direitos individuais e pela divisão das funções estatais.

Ora, se inicialmente a burguesia se aliou à monarquia em prol da construção do Estado absolutista, suplantando a insegurança dos Estados medievais, depois ela passou a desejar o exercício do poder político e a deposição consequente dos monarcas<sup>10</sup>.

Assim, a declaração do Homem e do Cidadão, sendo símbolo maior do movimento francês burguês referido, contribuiu para a expressão universal do constitucionalismo<sup>11</sup>.

André Puccinelli Júnior sustenta que, embora não possua uma carta formal, a Inglaterra absorveu os ideais defendidos pelo constitucionalismo, o que resta evidenciado das lutas travadas e dos documentos históricos que objetivam conter o poder arbitrário em face da proteção aos direitos fundamentais<sup>12</sup>. Registre-se ser esse o entendimento aderido pelo presente trabalho, sem, entretanto, minimizar a importância das limitações do poder do monarca pela lei, que, como visto, aconteceu primeiro lá e depois na França.

Cumprido salientar que os ideais de liberdade, fraternidade e igualdade defendidos na Revolução Francesa pelos burgueses e, portanto, difundidos pelo constitucionalismo clássico, implicaram abstenção estatal. Assim, evidencia-se o pensamento defendido por Adam Smith de que a intervenção no domínio econômico

---

<sup>10</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire, *Direitos Fundamentais: Reflexões e Perspectivas*. Cit., p. 30.

<sup>11</sup> PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

<sup>12</sup> Nesse sentido, PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de Direito Constitucional*. Cit., p. 25.

representava verdadeiro despropósito, tendo em vista que a “a mão invisível” efetivaria o natural equilíbrio do sistema<sup>13</sup>.

A liberdade individual dos indivíduos, portanto, recebeu enorme importância, de modo que a intervenção estatal era inconcebível na relação entre particulares.

Ocorre que, muito longe de se manter o equilíbrio do sistema, o nível das desigualdades e insatisfações sociais se ampliou, evidenciando o fato de que o Estado Liberal já não atendia às demandas da coletividade, razão pela qual o constitucionalismo clássico começava a perder sua força.

Diante da constatação de que o sistema não intervencionista liberal estava gerando consequências danosas à sociedade, que se apresentava fragilizada, segregada, insatisfeita e revoltada, o constitucionalismo clássico deixa de ter legitimidade, abrindo espaço para o constitucionalismo social.

Ora, o contexto social caótico reclamava soluções imediatas para conter a sociedade revoltada com a desigualdade provocada pelo liberalismo burguês desenfreado. Assim, o constitucionalismo social surge com o escopo de minimizar os danos existentes, prezando pela intervenção estatal em prol da efetivação dos direitos sociais.

Registre-se que as mudanças ocorridas são fruto das necessidades de transformação e adequação da própria sociedade, que se altera constantemente. Afinal, como dito anteriormente, o constitucionalismo não é uma imposição jurídica, mas um resultado de demandas sociais, culturais e históricas, as quais, evidentemente, repercutem e ganham materialização na esfera jurídica.

O constitucionalismo social, então, influenciado pelas Revoluções Mexicana de 1917, e Russa de 1919, não atingia a esfera íntima e privada dos indivíduos, mas visava a efetivação dos direitos sociais, vistos a partir de então como direitos de cunho obrigacional e prestacional por parte do Estado.

Nada obstante, os direitos sociais visam a assegurar uma igualdade não apenas formal, mas também material, dando maior assistência a quem mais precisa dela, reafirmando o pensamento aristotélico de que se deve tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, na medida de suas desigualdades.

---

<sup>13</sup> SMITH, Adam, *A riqueza das nações*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1986, p. 48.

Entretanto, diante do crescimento populacional e da satisfação inadequada dos direitos sociais pelo Estado, o constitucionalismo social se torna insuficiente para sustentar a nova realidade que se perfazia, demonstrando que a prestação estatal dos direitos sociais não era satisfatória para atender aos anseios da sociedade. Assim, o neoconstitucionalismo começa a despontar.

Na tentativa de suprir as novas questões histórico-sociais e buscando adequar o direito à realidade política e social, desenvolveu-se o neoconstitucionalismo, também conhecido como constitucionalismo avançado ou constitucionalismo de direitos.

Trata-se, pois, de novo modelo jurídico político que representa o Estado Constitucional de Direito no mundo contemporâneo<sup>14</sup>, conferindo à Constituição máxima efetividade e trazendo a ideia dos princípios fundamentais e da aproximação, efetividade e aplicabilidade do direito à sociedade.

Nesse sentido, Miguel Carbonell entende o neoconstitucionalismo como o movimento surgido para explicar a existência das Constituições dotadas de substantividade e fixadoras de ordenações de fins objetivos, no final da Segunda Guerra, como reflexo do constitucionalismo social<sup>15</sup>.

Cumprir registrar, entretanto, que alguns autores, a exemplo de Humberto Ávila, embora indiquem as alterações trazidas pelo neoconstitucionalismo, criticam a adoção dessa nomenclatura, pois entendem haver diversos constitucionalismos, de modo que aquele seria simplesmente um movimento de “teorização e aplicação do Direito Constitucional”<sup>16</sup>.

Sem dúvidas, trata-se de tema bastante relevante, uma vez que acarreta diversas consequências não apenas para o Direito Constitucional, mas para a ordem jurídica, influenciando os fundamentos da Teoria Geral do Direito<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Cit., p. 102.

<sup>15</sup> CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madri: Trotta, 2007, p. 9-12.

<sup>16</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e “o direito da ciência”. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, número 17- janeiro/ fevereiro/ março de 2009, p.02. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>> Acesso em: 22 nov. 2015.

<sup>17</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Tese de Doutorado defendida na Universidade Federal da Bahia, Salvador-BA, 2009, p. 96.

Apesar disso, embora seja fenômeno de grande aceitação, especialmente na Itália, Espanha e América Latina, trata-se de assunto escassamente estudado<sup>18</sup>.

A falta de aprofundamento no tema, segundo Miguel Calmon Dantas<sup>19</sup>, justifica-se pela fase produtiva na qual se encontra, o que impede o afastamento histórico necessário para o reconhecimento exato dos seus contornos, características, interações e repercussões, embora tenha expandido o interesse em compreendê-lo.

Não se diga, entretanto, que o neoconstitucionalismo não traz alterações ao modelo anteriormente existente, pois “ele exprime a alteração na postura institucional, política e jurídica dos Estados a partir do pós guerra”<sup>20</sup>.

Nesse sentido, Humberto Ávila afirma que algumas mudanças foram trazidas por esse movimento de “teorização e aplicação do Direito Constitucional”, tais como: a valorização de princípio em vez de regras; a opção pela ponderação em face da subsunção; maior atenção à justiça particular - análise individual e concreta - do que à justiça geral-abstrata; maior destaque ao Poder Judiciário em detrimento dos Poderes Legislativo e Executivo; maior ou direta aplicação da Constituição.<sup>21-22</sup>

Independentemente da forma de denominar esse movimento, algumas das suas características são inquestionáveis e o surgimento e valorização dos princípios constitucionais é um deles.

---

<sup>18</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 96.

<sup>19</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 96.

<sup>20</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 96.

<sup>21</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e o “Direito da ciência”, in: revista eletrônica de Direito do Estado, número 17-janeiro/fevereiro/março de 2009, Cit., p. 02.

<sup>22</sup> No mesmo sentido, Daniel Sarmiento caracteriza o neoconstitucionalismo pela valorização da força normativa dos princípios e da preponderância destes no processo de aplicação do Direito; constitucionalização do Direito, de modo que todos os ramos jurídicos deveriam respeitar os valores constitucionais; utilização de técnicas “abertas” de interpretação, a exemplo da ponderação; e judicialização da política, dando maior importância ao poder judiciário; cf. SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos de Possibilidades. In: SARMENTO, Daniel: SARMENTO, Daniel: Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.113-14.

No que se refere aos princípios, Alexy os define como mandados de otimização que devem ser cumpridos com máxima efetividade, respeitando as questões fáticas e jurídicas<sup>23</sup>.

Dworkin, por sua vez, destaca a existência de uma dimensão de peso ou importância, de modo que, havendo uma colisão entre esse tipo de norma, o intérprete do Direito deve considerar a força relativa de cada um, utilizando, então, o critério da ponderação para solucionar o conflito<sup>24</sup>.

Na definição de Humberto Ávila os princípios seriam normas finalísticas com pretensão de complementariedade e parcialidade, cuja aplicação requer uma avaliação da relação entre o que será promovido e os efeitos decorrentes da conduta que gera essa promoção<sup>25</sup>.

Veja-se que para o referido autor, a aplicação dos princípios é condicionada às possibilidades existentes para a sua realização, de modo que os efeitos oriundos da conduta que os asseguram não devem trazer maior prejuízo do que os benefícios trazidos.

Nada obstante, a utilização dos princípios no processo de argumentação jurídica requer uma escolha valorativa que se baseie no potencial justificador de uma opção jurídica. Ou seja, a solução dos conflitos exige reflexão e retórica para a solução de cada caso<sup>26</sup>.

Desse modo, esclarece Ricardo Maurício Freire Soares que a “a teoria e a prática do Direito passam a enfatizar o estabelecimento das condições de decidibilidade dos conflitos, potencializando o uso de técnicas persuasivas<sup>27</sup>”. Assim sendo, as soluções jurídicas já não se pautam, apenas, na regra da subsunção, baseando-se em juízos de valor e, portanto, nos princípios.

---

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 204.

<sup>24</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira, Coleção Justiça e direito, São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

<sup>25</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 78-79.

<sup>26</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 59.

<sup>27</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. Cit., p.53.

Diante disso, é inegável que com o neoconstitucionalismo, o Direito constitucional “ganha uma nova dimensão reforçada pelo desenvolvimento de teorias que habilitam ao desenlace de questões capaz de dar máxima força normativa à Constituição, sobretudo pela implementação dos direitos fundamentais<sup>28</sup>”.

Cumprido destacar, entretanto, que a proteção da pessoa humana, nas condições complexas das sociedades atuais, não pode ser assegurada apenas pela ação e pelas políticas dos Estados em sua dimensão interna.

Isso porque essa proteção perpassa por problemas que não são, apenas, locais, mas também globais, intensificados com a globalização 150 que, reduzindo a relação espaço-tempo evidencia e amplia situações de risco, como a pobreza extrema, as medidas antiterroristas que lesionam direitos da pessoa humana, a fome endêmica e práticas genocidas<sup>29</sup>.

Nesse sentido, Miguel Calmon Dantas explica:

Passa-se a abordar a pressuposição de um constitucionalismo multinível, de caráter global e não exclusivamente estatal ou supranacional (porque também privado ou societal), com as interações relativas ao transconstitucionalismo – pelo diálogo entre os tribunais e órgãos não-estatais, reciprocamente e entre si –, à interconstitucionalidade e ao constitucionalismo cruzado.<sup>30</sup>

Desse modo, chega-se, pois, ao constitucionalismo multinível, oriundo da demanda multidisciplinar de estudo do Direito, diante do dinamismo da realidade social, superando teorias e ideais em curto espaço de tempo, o que exige dos juristas modificação da forma de pensar em prol de novos posicionamentos capazes de atender às demandas que passam a surgir.

Restando esclarecido o processo evolutivo do constitucionalismo, ressalva-se que a evolução dos direitos fundamentais ocorreu no mesmo período de forma reflexa, mesmo porque a relação é lógica: se o constitucionalismo evolui para atender às necessidades humanas, os direitos fundamentais seguem o mesmo caminho.

---

<sup>28</sup> SOUZA, Marcos Sampaio de. *O conteúdo essencial dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada na UFBA, 2011, p. 42. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8973/1/MARCOS%20SAMPAIO%20DE%20SOUZA%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>29</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit. p.112.

<sup>30</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p.113.

## 2.3 A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS (DA CONHECIDA À ADEQUADA)

### 2.3.1 Conceito e evolução da conhecida teoria dos direitos fundamentais

Com o decorrer do tempo, o leque dos direitos fundamentais foi se tornando mais amplo na tentativa de assegurar uma vida digna a cada indivíduo. É dessa maneira que surge a necessidade da adequação do Direito e, portanto, dos direitos fundamentais às novas demandas sociais.

Norberto Bobbio assinala que tal adequação é o caminho para a efetividade do Direito, salientando que sempre poderá surgir um direito fundamental, uma vez que o seu objetivo é garantir o bem estar da coletividade. Tanto é assim que o que é fundamental para determinado grupo social, pode passar a ter relevância para outro anos mais tarde ou simplesmente não passar a ter jamais<sup>31</sup>.

Antes, entretanto, de introduzir o estudo sobre os direitos fundamentais, torna-se necessário conceituá-los.

Entende-se por direitos fundamentais aqueles direitos materiais reputados como fundamentais pelo poder constituinte originário de determinado Estado. Nesse sentido, têm-se os direitos à vida, à propriedade, à intimidade, à privacidade, à imagem, à liberdade religiosa, à inviolabilidade do domicílio, entre outros tantos previstos no Texto Constitucional<sup>32</sup>.

Observa-se que o conceito mencionado adota a concepção material dos direitos fundamentais, visto que aponta seu conteúdo como caractere objetivo para a delimitação do que vem a ser um direito fundamental.

Nada obstante, os direitos fundamentais possuem perspectivas objetivas e subjetivas. E, embora a primeira não seja amplamente consolidada no Direito

---

<sup>31</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p.19.

<sup>32</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Cit., p. 639.

brasileiro, já vem sendo estudada e aplicada, “encontrando, por isso, tímida mas crescente (em termos quantitativos e qualitativos) aplicação”<sup>33</sup>.

Diante disso, optar-se-á por apresentar, apenas, as características básicas dessa perspectiva, em atenção à impossibilidade de esgotamento do tema, bem como à delimitação didática.

No que se refere, portanto, à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais<sup>34</sup>, aponta-se que a referida categoria de direitos deixa de representar tão somente garantias negativas dos direitos individuais, passando a se apresentar constitucionalmente como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos<sup>35</sup>.

Assim, dois aspectos devem ser destacados para compreensão dessa perspectiva. Primeiramente, destaca-se que as normas de direitos fundamentais consagradoras de direitos subjetivos e individuais, bem como as que impõem obrigações de cunho objetivo aos poderes públicos, podem possuir natureza de regras ou princípios<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 147.

<sup>34</sup> Sobre a referida perspectiva, esclarece Ingo Sarlet Wolfgang: “Apesar de encontrarmos já na doutrina do pós-guerra certos desenvolvimentos do que hoje se considera a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é com o advento da Lei Fundamental de 1949 que ocorreu o impulso decisivo nesse sentido. Nesse contexto, a doutrina e a jurisprudência continuam a evocar a paradigmática e multicitada decisão proferida em 1958 pela Corte Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) da Alemanha no caso Lüth, na qual, além de outros aspectos relevantes, foi dada continuidade a uma tendência já revelada em arestos anteriores, ficando consignado que os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Cit., p. 149.)

<sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Cit., p. 147.

<sup>36</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Cit., p.150.

Em seguida, deve-se reconhecer os efeitos autônomos da perspectiva objetiva para além da subjetiva, uma vez que ambos os aspectos são relevantes à teoria dos direitos fundamentais<sup>37</sup>.

Observa-se, então, que os direitos fundamentais, inclusive os de defesa, conforme se explicará, devem ter sua eficácia valorada não apenas no campo individual do sujeito, mas também em relação à sociedade, porquanto tratam de valores e fins que esta deve concretizar.

Assim, conclui-se que “o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado<sup>38</sup>”.

Já a perspectiva subjetiva está relacionada à proteção de determinado espaço individual ou esfera de autodeterminação, assim como pode exigir ou pretender determinados comportamentos ou, simplesmente, produzir automaticamente efeitos jurídicos<sup>39</sup>.

Nesse sentido, ressalta Ingo Wolfgang Sarlet que as variações inerentes ao objeto dos direitos fundamentais subjetivos possuem relação com o fato do espaço de liberdade da pessoa individual não ser garantido de maneira uniforme, com a existência de distinções evidentes no que diz respeito ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados e pelos direitos fundamentais constituírem posições jurídicas complexas, podendo se dirigir a diferentes destinatários, bem como conter direitos, liberdades, pretensões e poderes de naturezas diversas<sup>40</sup>.

Após apresentar as diversas concepções dos direitos fundamentais, destaca-se que os indivíduos que formam o conjunto constitucionalmente relevante – povo - integram o elemento pessoal constitutivo da sociedade política estatal, sendo, portanto, os destinatários dos direitos ora estudados.

---

<sup>37</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Cit., p. 151.

<sup>38</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Cit., p. 151.

<sup>39</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Livraria Almedina, 1987, p. 163

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Cit., p. 159.

Dessa maneira, se as pessoas se transformam ao longo do tempo, é inevitável que tais transformações sejam gradativamente incorporadas ao Estado, tendo em vista que o fenômeno estatal não é uma abstração jurídica. O Estado, registre-se, é ente concreto que determina cogentemente a submissão dos comportamentos individuais às prescrições dele emanadas.

Nesse sentido, destaca-se a relação inafastável existente entre o processo humano de transformação e a evolução dos direitos fundamentais.

Se é certo que o direito é objeto cultural, por ter sido criado pelo ser humano para atender às necessidades também humanas, não é menos correto concluir que o transcurso do tempo provoca a adequação do parâmetro normativo-constitucional às demandas dos indivíduos que são destinatários da norma e de sua interpretação. Nesse sentido, também evoluem os direitos fundamentais em dimensões que revelam as questões sociais em constante mutação.

Assim, os direitos fundamentais de primeira dimensão<sup>41</sup> são os direitos civis e políticos, elaborados a partir e com fundamento nos ideais da Independência Americana de 1776 e da Revolução Francesa de 1789<sup>42</sup>.

Efetivamente, os pressupostos do pensamento iluminista provocaram a necessidade de modificação das ideologias do Estado, implicando o surgimento de diversos movimentos destinados ao rompimento do sistema absolutista monárquico predominante.

Nesse contexto, revelam-se os direitos de primeira dimensão, que se caracterizam pela resistência à expansão do poder estatal no que concerne às relações entre os indivíduos. Desse modo, os direitos de primeira dimensão são marcados pelo comportamento negativo do Estado, o chamado Estado-Gendarme.

---

<sup>41</sup> O presente trabalho adota a expressão “dimensão dos direitos fundamentais”, porquanto coaduna com o entendimento de André Ramos Tavares no sentido de que “os autores têm preferido falar em gerações, querendo significar as gerações sucessivas de direitos humanos. A ideia de ‘gerações’, contudo, é equivocada, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui, naturalmente, à outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as ‘gerações’ ou ‘dimensões’ dos direitos humanos. Daí a razão da preferência pelo termo ‘dimensão’”. (TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 350.)

<sup>42</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Cit., p. 32.

Ocorre que o prestígio conferido à autonomia individual, como consequência da liberdade civil e política<sup>43</sup> não resultou a efetividade dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, acentuando as desigualdades entre as pessoas e a injustiça material existente naquele período.

Assim, revela-se um sistema político sucumbido pela desigualdade exacerbada resultante do sistema liberal burguês, que fora consagrado pelas Revoluções Francesa e Americana.

Ou seja, “a concepção estritamente liberal do Estado era insensível à questão social e as liberdades clássicas se tornaram conquistas meramente formais<sup>44</sup>”.

Observe-se que, como visto no tópico anterior, nesse contexto incide o constitucionalismo clássico, o que ratifica a ideia de que os direitos fundamentais perfazem a evolução do constitucionalismo.

Ademais, os direitos fundamentais de segunda dimensão, também conhecidos como direitos sociais<sup>45</sup>, destinados a recompor o cenário de desigualdade referido, influenciado pelo constitucionalismo social, começam a ganhar espaço.

Esses direitos decorreram das demandas existentes, inicialmente oriundas dos movimentos sociais trabalhistas na Europa no início do século XIX, especialmente a partir do Manifesto Comunista de Marx e Engels, considerados como contraponto às Revoluções burguesas do século XVIII<sup>46</sup> e da Segunda Guerra Mundial.

O marco para a modificação dos sistemas constitucionais, como visto, foi a Revolução Mexicana de 1917 e a Revolução Russa de 1919, tornando-se os respectivos Textos Constitucionais e Constituição de Weimar como sistemas pioneiros de consagração dos direitos sociais.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> Por isso os direitos civis e políticos são a marca desse período.

<sup>44</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa, *A eficácia dos direitos sociais os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 39.

<sup>45</sup> Em tópico específico, tratar-se-á sobre a configuração e evolução dos direitos sociais.

<sup>46</sup> MORAES, Alexandre, *Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 04.

<sup>47</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Cit., p. 53.

Desse modo, observa-se que enquanto o Estado liberal burguês pretendia consagrar a liberdade individual da forma mais absoluta, o Estado social, também chamado *Welfare State*, dirigiu-se ao propósito de diminuição das desigualdades sociais.

Nada obstante, cumpre registrar que com a Revolução Industrial e o aumento das relações de emprego, bem como da necessidade de produção em massa, surgem os direitos de terceira dimensão, denominados direitos ou interesses transindividuais<sup>48</sup>.

A demanda pela tutela coletiva de direitos decorreu naturalmente do advento da sociedade de massa, a qual produz conflitos repetitivos. Logo, transgressões ao meio ambiente e aos consumidores passaram a ser solucionadas a partir da proteção de direitos de cunho transindividuais, o que aconteceu, especialmente, a partir da segunda metade do século XX.<sup>49</sup>

Finalmente, no quadro constitucional da atualidade, cabe referir a existência de direitos fundamentais de quarta dimensão, os direitos das minorias, ou os direitos fundamentais à liberdade, ao pluralismo e ao desenvolvimento, como sustenta Paulo Bonavides<sup>50</sup>.

Feita essa breve abordagem sobre a evolução dos direitos fundamentais, passa-se a tratar dos direitos sociais, um dos pilares desse capítulo.

### **2.3.2 A verdade sobre a configuração e evolução dos direitos sociais**

O neoconstitucionalismo, aliado ao constitucionalismo multinível, defende a proteção dos direitos fundamentais, destacando-se a dignidade da pessoa humana, cuja efetivação requer o exercício de tantos outros direitos fundamentais.

Sem dúvidas, o exercício dos direitos sociais é essencial para a promoção da dignidade da pessoa humana e para a satisfação dos próprios valores constitucionais.

---

<sup>48</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. Cit., p. 53.

<sup>49</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Cit., p.355.

<sup>50</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*, Cit., p. 630.

Entretanto, é evidente que esses direitos, em que pesem assegurados constitucionalmente, não são propiciados de forma sequer razoável à sociedade brasileira, o que gera o questionamento sobre a causa da baixa efetividade dos direitos sociais, bem como sobre a sua fundamentalidade. É o que se analisará nos tópicos seguintes.

### 2.3.2.1 A evolução dos direitos sociais e a sua conseqüente (in)efetividade

Como visto, a teoria dos direitos fundamentais sustenta a ideia de que os direitos sociais surgem como meio de minimizar o caos instaurado pelo Estado Liberal. Desse modo, O Estado Social, ratificado pelas Constituições do México (1917) e de Weimar (1919), começa a se expandir e a ganhar força<sup>51</sup>.

Entretanto, embora a teoria dos direitos fundamentais existente defenda a inexistência de superioridade dos direitos de uma dimensão sobre a outra, a sua essência explicita o contrário.

A referida teoria se fundamentou na ideologia liberal, responsável pelo surgimento do constitucionalismo moderno. Desse fato originaram-se vários mitos e preconceitos arbitrários que dificultam a interpretação e reconhecimento de inovações constitucionais, de suas potencialidades e da própria ampliação do rol de direitos fundamentais<sup>52</sup>.

No que se refere aos direitos sociais - objeto do presente trabalho que, por esta razão, será detidamente analisado -, de acordo com a teoria existente, eles teriam surgido como freios à eficácia econômica e liberdade pessoal<sup>53</sup>, não sendo bem recebidos pelos neoliberalistas.

Por questões de delimitação didática, deter-se-á à evolução desses direitos, segundo a referida teoria, nos âmbitos nacional e internacional, demonstrando que,

---

<sup>51</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 41.

<sup>52</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 164.

<sup>53</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 13.

desde a sua formação, o poder vinculante das suas normas, bem como a atenção conferida a elas foi inferior àquela conferida aos direitos de defesa (direitos de primeira dimensão).

Seguindo as lições de Miguel Calmon Dantas, faz-se necessário rever a teoria dos direitos fundamentais, para afastar os mitos que segregam os direitos sociais e afetam a capacidade garantista e emancipatória dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal<sup>54</sup>.

Atualmente, os direitos sociais se apresentam como expectativas relacionadas à satisfação de necessidades básicas do ser humano referentes à saúde, moradia, trabalho, alimentação, educação etc.

Os referidos direitos são reconhecidos por meio das Constituições de cada país e Tratados Internacionais, recebendo o status de direitos fundamentais e humanos, respectivamente<sup>55</sup>.

Como exposto, a teoria dos direitos fundamentais apresenta uma percepção tradicional, destacando os direitos de primeira dimensão, o que gera idealizações errôneas acerca dos direitos sociais.

Nesse sentido, Gerardo Pisarello<sup>56</sup>, propõe que sejam enfrentados e superados quatro mitos sobre os referidos direitos propiciados pelo pensamento neoliberal, bem como pela crise do Estado Social, os quais deram origem a “uma desproteção ou proteção debilitada dos direitos sociais<sup>57</sup>”.

O primeiro se refere ao caráter secundário dos direitos sociais, por serem concebidos como direitos de segunda ou terceira dimensões. O segundo se relaciona com a fundamentalidade dos direitos sociais, uma vez que enquanto os

---

<sup>54</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p.164.

<sup>55</sup> Esclarece de Ingo Sarlet que o termo “direitos fundamentais” diz respeito aos direitos humanos reconhecidos ou positivados na ordem constitucional de determinado Estado; ao passo que a expressão “direitos humanos” indica os direitos humanos resguardados por documentos de direito internacional, aspirando validade universal. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Cit., p. xx.) Este é o entendimento adotado pelo presente trabalho.

<sup>56</sup> PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías elementos para una reconstrucción*. Cit., p. 13-16.

<sup>57</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 164.

direitos civis e políticos (direitos de defesa) expressam a proteção direta à dignidade humana, os sociais a expressariam de forma indireta<sup>58</sup>.

O terceiro diz respeito à distinção estrutural entre os direitos sociais e as liberdades, razão pela qual os mecanismos de tutela também são distintos. Finalmente, o quarto decorre dos já apontados, exprimindo-se pela ideologia programática dos direitos sociais, pela inexistência de vinculação e pela forma de positivação nas Constituições<sup>59-60</sup>.

Marcos Sampaio, por sua vez, critica a dicotomia existente entre os direitos sociais e os de defesa, no que diz respeito ao posicionamento estatal. Afirma o autor que em ambas as dimensões o Estado atua de maneira positiva e negativa<sup>61</sup>.

Para tanto, afirma que os direitos sociais só reclamam intervenção estatal, quando não foram supridos. Assim, ainda que a sua satisfação tenha se dado sem participação estatal (acesso à saúde por meio de convênio particular, por exemplo), não cabe ao Estado intervir, mantendo um comportamento negativo<sup>62</sup>.

De outro modo, os direitos de defesa também reclamam intervenção estatal, todas as vezes em que são desrespeitados, já que é também dever do Estado tutelá-los<sup>63</sup>.

Ademais, descontrói-se, ainda, a ideia de que os direitos sociais surgiram após os direitos civis e políticos, de forma tardia, na metade do século XX. Isso porque se

---

<sup>58</sup> PISARELLO. Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías elementos para una reconstrucción*. Cit., p.13 e 16.

<sup>59</sup> PISARELLO. Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías elementos para una reconstrucción*. Cit., p.13 e 16.

<sup>60</sup> Nesse sentido, confira também a tese de Doutouramento do professor Miguel Calmon Dantas, p. 164. (DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 164).

<sup>61</sup> SOUZA. Marcos Sampaio de. *O conteúdo essencial dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro*. Cit., p. 100-103.

<sup>62</sup> SOUZA. Marcos Sampaio de. *O conteúdo essencial dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro*. Cit., p. 100-103.

<sup>63</sup> SOUZA. Marcos Sampaio de. *O conteúdo essencial dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro*. Cit., p. 100-103.

tratam de direitos surgidos na segunda metade do século XIX, estendendo-se até o século XX, quando, depois do pós-guerra, veio a se solidificar<sup>64</sup>.

Observa-se, pois, que muito antes do surgimento do Estado moderno já era possível detectar algumas políticas institucionais com o objetivo de solucionar situações de pobreza e exclusão social<sup>65</sup>, bem como lutas pela subsistência e segurança material, as quais se aproximam das reivindicações contemporâneas acerca da garantia do que atualmente se chama de direitos sociais<sup>66</sup>.

Assim sendo, identificar o reconhecimento dos direitos sociais a um momento tardio e posterior aos direitos civis e políticos, ignora o processo de reivindicação pela sua satisfação ao longo da história, bem como justifica a implementação e concretização lentas desses direitos, passando a falsa ideia de que a sua eficácia social depende do processo de desenvolvimento ou conformação que ainda não foi feita pelo administrador<sup>67</sup>.

Deve, portanto, ser afastado o entendimento de que a existência dos direitos sociais se deu, apenas, posteriormente ao pós-guerra. Nessa fase, repita-se, os referidos direitos foram formalizados, entretanto, as demandas pela proteção da pessoa humana em face da pobreza, saúde e exploração já existiam.

---

<sup>64</sup> PISARELLO. Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías elementos para una reconstrucción*. Cit., p.19-20.

<sup>65</sup> A exemplo disso, Pisarello aponta a garantia, na polis ateniense, de banheiros públicos e de leis que asseguravam uma quantidade mínima de alimentos aos necessitados na Roma republicana; também pelos direitos de participação, de reforma agrária e de assistência aos mais necessitados, na Inglaterra, repercutindo na edição da *Poor Law* (Lei que retirou da assistência aos pobres o caráter de caridade, determinando ao Estado a obrigação jurídica de amparar os necessitados). (PISARELLO. Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías elementos para una reconstrucción*. Cit., p. 30.)

<sup>66</sup> “Junto a esta historia propriamente dicha es posible detectar, asimismo, una rica prehistoria, tanto de políticas institucionales dirigidas a resolver situaciones de pobreza y exclusión social como de luchas por la subsistencia y la seguridad material. Esta prehistoria se remonta a mucho antes del surgimiento del Estado moderno y guarda um certo aire de familia com algunas reivindicaciones contemporâneas em matéria de derechos sociales.” (PISARELLO. Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías elementos para una reconstrucción*. Cit., p. 20.)

<sup>67</sup> SOUZA. Marcos Sampaio de. *O conteúdo essencial dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro*. Cit., p. 105.

Por tal razão, destaca-se que “a demora em se implementarem os pressupostos de concretização dos direitos sociais decorre de fundamentos ideológicos e políticos e não de uma consequência natural do curso do tempo<sup>68</sup>.”

É importante destacar que os problemas acerca do posicionamento dos direitos sociais também se revelam no âmbito das normas do direito internacional, referentes aos direitos humanos sobre direitos econômicos, sociais e culturais.

Nesse sentido, Miguel Calmon Dantas aponta ter sido intenso o debate sobre a integração das liberdades e dos direitos sociais em textos únicos ou distintos tanto na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, quanto na positivação dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, cujo escopo era conferir caráter jurídico vinculante aos direitos consagrados na Declaração Universal<sup>69</sup>.

Tanto assim que dois tratados foram criados: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ambos de 1966.

Nesse sentido, observa-se que a suposta inexistência da indivisibilidade proclamada quanto aos direitos civis e políticos e os direitos sociais foi explicitada pela ONU, quando da consagração de dois instrumentos distintos voltados à institucionalização, com caráter vinculante, dos direitos econômicos, civis e políticos.

Não se deve esquecer que a decisão de dividir os pactos sofreu influência política dos efeitos da Guerra Fria, sobretudo dos EUA que tinha os direitos civis e políticos como referencial oposto aos direitos sociais.

Nesse período, destaque-se, o mundo se dividia entre socialistas e capitalistas e, ainda que de maneira equivocada, os direitos sociais foram diretamente associados ao primeiro modelo, o que fragmentava a proteção do indivíduo enquanto sujeito de direito. Isso decorre do fato de que “a Guerra Fria que dividiu o mundo cindiu também a indivisível proteção da pessoa humana<sup>70</sup>”.

---

<sup>68</sup> SOUZA, Marcos Sampaio de. *O conteúdo essencial dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro*. Cit., p. 106.

<sup>69</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 166.

<sup>70</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p.132.

Explica-se, entretanto, que a consagração em documentos internacionais diferentes não seria relevante, caso houvesse a mesma tutela internacional das categorias de direitos referidas. Isso, porém, não ocorreu, de modo que a tutela diferenciada persiste até os dias atuais<sup>71</sup>.

Percebendo-se que os direitos sociais já foram recebidos internacionalmente com importância inferior a conferida aos direitos políticos e civis, tem-se que a sua configuração no direito brasileiro não foi muito diferente.

Aqui, os direitos sociais só foram inseridos formalmente na Constituição de 1934, o que, embora tenha sido um grande avanço para o país, evidenciando a própria evolução do constitucionalismo, trouxe consigo também os já referidos mitos sobre essa categoria de direitos.

Acertada, portanto, a conclusão de Miguel Calmon Dantas ao afirmar que os direitos sociais “sofrem algo como uma *capitis diminutio* com relação às liberdades, haja vista o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais conforme o paradigma liberal-individualista que marca a reflexão teórica”.

É por conta da própria configuração e estruturação dos direitos sociais no Brasil e no mundo que a sua aplicação é defasada em relação aos direitos de proteção.

Nesse sentido, os direitos sociais no Brasil são aplicados em seu grau mínimo, não atendendo de forma satisfatória a maioria da população e não cumprindo, portanto, o seu objetivo estruturante de minimizar a desigualdade, assegurando a igualdade material.

Por fim, evidencia-se que a própria Constituição brasileira coloca em dispositivos distintos os direitos de primeira e segunda dimensões, indicando aqueles como “fundamentais” no artigo 5º e esses como “sociais” no artigo 6º.

Desse modo, destaque-se ter sido tarefa da doutrina e da jurisprudência - e não do poder constituinte originário - conferir aos direitos sociais *status* de fundamentais, porquanto os colocou na escala evolutiva das dimensões dessa categoria de direitos.

Assim sendo, não há dúvidas de que os direitos sociais ainda possuem efetividade limitada no Brasil e isso é fruto de uma construção política, influenciada pelo

---

<sup>71</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 168.

pensamento liberal e condizente com o ideal capitalista. Infelizmente, essa forma de pensar sustenta a ideia retrógrada de que os direitos sociais ainda são distintos dos direitos fundamentais, o que gera uma dúvida quanto a sua fundamentalidade.

#### 2.3.2.2 A fundamentalidade dos direitos sociais

Inicialmente, registre-se que a fundamentalidade de um direito está na identificação da existência de um conteúdo essencial de direitos indispensável à dignidade da pessoa humana.

Trata-se, pois, da materialidade dos direitos fundamentais, ou seja, da identificação do seu conteúdo.

No que se refere à fundamentalidade dos direitos sociais, a doutrina apresenta duas correntes. A primeira defende a limitação da fundamentalidade dos direitos sociais à satisfação do mínimo existencial; ao passo que a segunda identifica os direitos sociais como extensão dos direitos de defesa, possuindo, portanto, fundamentalidade.

A parte da doutrina que segue a primeira tese reduz a sua fundamentalidade ao mínimo existencial, defendendo a ideia de que a fundamentalidade desses direitos só estaria configurada no seu núcleo intangível, composto pelos “interesses justificadamente fundamentais”<sup>72</sup>.

Esclareça-se que se entende por mínimo existencial a quantidade mínima de direitos necessária para a sobrevivência do ser humano com o mínimo de dignidade. Abaixo dessa quantidade, portanto, o homem não conseguiria sobreviver<sup>73</sup>.

Essa teoria reduz o grau de fundamentalidade dos direitos sociais à realização mínima do seu conteúdo, deixando a sua eficácia vulnerável à questões financeiras, orçamentárias e ideológicas, o que reduz, evidentemente, a sua força normativa impositiva.

---

<sup>72</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial. São Paulo: Renovar, 2008, p. 41.

<sup>73</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial. Cit., p. 53.

A justificativa da fundamentalidade do mínimo existencial está no fato de que a preservação do mínimo gera direitos subjetivos aos respectivos titulares, porquanto lhes proporcionam a existência minimamente digna<sup>74</sup>.

Ocorre, entretanto, que o patamar mínimo fundamental para a existência de cada pessoa é relativo<sup>75</sup>, vide que as necessidades de uma pessoa idosa, doente, sem condições de trabalho são bem maiores do que as de uma pessoa jovem, saudável e apta ao trabalho.

Ademais, o grau de necessidade de cada pessoa só pode ser constatado mediante análise do contexto em que se encontra, sendo, portanto, um critério relativo e insubsistente para justificar a não configuração dos direitos sociais como fundamentais.

A segunda teoria, a que sustenta a fundamentalidade dos direitos sociais, apresenta esses direitos como extensão dos direitos de defesa, qualificando-os como direitos fundamentais.

Isso porque apenas com a efetivação dos direitos sociais, os direitos civis e políticos conseguem ser realizados de forma satisfatória<sup>76</sup>, sendo uma promessa para tantos e uma realidade para todos, tal como restou evidenciado na situação que tomou conta do mundo no pós-guerra.

Além disso, registre-se que no plano internacional, o Brasil foi signatário de diversos tratados que reconhecem os direitos sociais como direitos humanos fundamentais, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do Pacto de São José da Costa Rica, respaldados no art. 5º, § 2º da Constituição Federal que impõe a não exclusão de outros direitos oriundos do regime e dos princípios por ela adotados, ou os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte<sup>77</sup>.

Nada obstante, os direitos sociais ganham *status* de fundamentais formal e materialmente pela própria Constituição Federal. Primeiro, porque estão localizados

---

<sup>74</sup> MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008, p. 312.

<sup>75</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: Concretizando a Democracia e os Direitos Sociais. São Paulo: JusPodivm, 2008.

<sup>76</sup> MEIRELES, Ana Cristina Costa Meireles. A eficácia dos direitos sociais. Cit., p. 93.

<sup>77</sup> SOARES. Ricardo Maurício Freire. *Tópicos para uma teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://ricardomauriciosoares.jusbrasil.com.br/artigos/136228688/topicos-para-uma-nova-teoria-dos-direitos-fundamentais>> Acesso em: 22 abr. 2016.

no capítulo destinado a tratar “dos direitos e garantias fundamentais”; e segundo, porque o seu conteúdo diz respeito à preservação da dignidade da pessoa humana.

Assim, Ricardo Maurício Freire Soares afirma que não se sustenta qualquer tentativa “reducionista de afastar os direitos sociais da categoria dos direitos fundamentais, subtraindo sua plena aplicabilidade e prejudicando, assim, o efetivo exercício da cidadania<sup>78</sup>.” É, pois, esse o entendimento adotado nesse trabalho.

Superados, portanto, os mitos referentes aos direitos sociais, resta inequívoca a sua configuração enquanto direito fundamental no Brasil.

### 2.3.2.3 A teoria adequada dos direitos fundamentais

Ante o exposto, percebe-se que a atual teoria dos direitos fundamentais, criada sob a influência dos ideais liberais burgueses já não condiz com a realidade atual, porquanto não acompanha os interesses provenientes do neoconstitucionalismo e do constitucionalismo multinível, os quais têm como foco a concretização da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, alguns autores já começam a pensar em um formato para uma nova teoria dos direitos fundamentais, que seja mais condizente com as demandas sociais, buscando a efetivação dos direitos e princípios fundamentais, aqui inclusos os sociais, obviamente.

Nesse sentido, ao traçar alguns tópicos para uma nova teoria dos direitos fundamentais, Ricardo Maurício Freire Soares destacou os seguintes pontos a serem observados: a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais - de todos eles, portanto -; o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais de cunho prestacional; a inadequação do argumento da "reserva do possível" no constitucionalismo brasileiro; a aceitação da ideia de vedação ao retrocesso no campo dos direitos fundamentais; e a recusa à hipertrofia da função simbólica dos Direitos Fundamentais<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> SOARES. Ricardo Maurício Freire. *Tópicos para uma teoria dos direitos fundamentais*. Cit.

<sup>79</sup> SOARES. Ricardo Maurício Freire. *Tópicos para uma teoria dos direitos fundamentais*. Cit.

Em que pese cada ponto apontado possua grande relevância e possa ser profundamente estudado, para não fugir ao tema do presente trabalho, destaca-se que, em síntese, a nova teoria deverá buscar a efetividade de todos os direitos fundamentais em prol da dignidade da pessoa humana, reconhecendo-se, portanto, a fundamentalidade dos direitos sociais e a aplicabilidade direta dos seus conteúdos essenciais, a qual não pode se submeter a restrições abusivas do Legislativo<sup>80-81</sup>.

Ademais, deverá defender a vedação ao retrocesso dos direitos fundamentais; afastar a ideia de Constituição ideal, aproximando os princípios da realidade social, conferindo-lhes máxima efetividade de fato e afastando a visão simbólica dos direitos fundamentais, porquanto a sua aplicação deverá ser exigida e direcionada pela Lei maior.

Miguel Calmon Dantas, por sua vez, acrescenta às características apontadas a necessidade de efetivação do direito fundamental ao máximo existencial, o que perpassa pela negação da teoria dos direitos fundamentais existente e de seus paradigmas, culminando na busca pela satisfação suficiente<sup>82</sup>, como será melhor tratado no próximo capítulo.

Assim, a teoria adequada será aquela capaz de reformular e recontextualizar a concepção dos direitos sociais e dos das demais dimensões, conferindo-lhes a mesma importância, e, portanto, a mesma efetividade assegurada aos de primeira dimensão, mas também aquela que busca a real efetivação da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, de todos os direitos necessários para a sua realização.

## 2.4 A DEMANDA PELO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO NO BRASIL

Diante do quanto estudado até aqui, o presente trabalho adota o entendimento de que os direitos sociais possuem fundamentalidade, motivo pelo qual merecem ser assegurados em seu grau máximo ou, pelo menos, essa deve ser a busca do

---

<sup>80</sup> SAMPAIO, Marcos, *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 245.

<sup>81</sup> DANTAS, Miguel Calmon, *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 392.

<sup>82</sup> DANTAS, Miguel Calmon, *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 26.

Estado e exigência da sociedade, já que são essenciais à promoção efetiva da dignidade da pessoa humana.

Se assim é, todos os direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal devem possuir efetividade, bem como ser reconhecidos como dever prestacional do Estado e Direito de todo cidadão. Entretanto, como se observa de uma análise simplória da realidade brasileira atual, não é o que ocorre.

A partir de então, e especialmente no próximo capítulo, analisar-se-á o direito social à educação no Brasil, as suas implicações e grau de efetividade.

Inicialmente, destaca-se que a realidade atual é resultado de um processo histórico cultural, que perpassa desde a forma de colonização do Brasil, norteadas pela segregação, pelo etnocentrismo e eurocentrismo, que resultaram em uma sociedade dotada de privilégios, de desigualdades e de ignorância, porque, por muitos anos, o conhecimento era direito apenas da elite.

Não há dúvidas, portanto, de que o Brasil é um país de contrastes. Nesse sentido, João Batista Araújo e Oliveira explica que o Brasil, apesar de apresentar um sistema de ensino particular comparável ao dos países industrializados, possui um ensino público de baixo desempenho, que atende a noventa por cento da população<sup>83</sup>. Ou seja, o ensino de qualidade continua atingindo, apenas, uma pequena parcela dos brasileiros.

A razão é a seguinte: em que pese o índice de acesso às escolas públicas tenha aumentado, como se verá no próximo capítulo, a permanência dos alunos é baixa e, mais do que isso, a qualidade do ensino, por diversos motivos, os quais não serão aqui analisados por não ser o recorte desse trabalho, ainda é insatisfatória e deficiente<sup>84</sup>.

Isso é evidenciado pelo fato de que, em uma população adulta de cem milhões, existem vinte milhões de analfabetos e sessenta e cinco por cento de analfabetos

---

<sup>83</sup> OLIVEIRA, Batista de Araújo e. Desigualdade e políticas compensatórias. In: BROCK, Colin e SCHWARTZMAN, Simon. *Os desafios da educação no Brasil*. Trad. De Ricardo Silveira. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2005, p. 53.

<sup>84</sup> SCHWARTZMAN, Simon. Os desafios da educação no Brasil. In: BROCK, Colin e SCHWARTZMAN, Simon. *Os desafios da educação no Brasil*. Trad. De Ricardo Silveira. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2005, p. 09.

funcionais<sup>85</sup>, o que demonstra a deficiência na efetividade do direito à educação no Brasil.

Sem dúvidas, a situação dos brasileiros repercute em diversos fatores do país, a exemplo do desenvolvimento e capital social. E a justificativa é que “só os povos que dispõem de educação de qualidade democraticamente distribuída entre todos os cidadãos, podem aspirar à prosperidade e à liberdade”<sup>86</sup>, preservando o dever de igualdade e viabilizando a manutenção da dignidade da pessoa humana.

Assim é que se torna difícil e, talvez, ineficaz pensar em um projeto de desenvolvimento a longo prazo para o Brasil, enquanto o sistema educacional do país não assegurar à população uma escolaridade quantitativa (o que tem melhorado), mas também qualitativa e pertinente às necessidades nacionais, o que ainda não ocorre<sup>87</sup>.

Diante disso, resta evidente que o Direito à educação no Brasil, enquanto direito social, necessita de maior atenção, uma vez que a ausência ou baixo grau de sua efetividade impede a evolução dos brasileiros e do próprio país, repercutindo, como se verá no quarto capítulo, na falta de disseminação da cultura constitucional, um dos pilares desse trabalho.

### **3 O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO**

#### **3.1 CONCEITO**

A educação, em sentido estrito, diz respeito ao processo educacional organizado e sistematizado; e, em sentido amplo, representa um processo permanente, cujo desenvolvimento se dá durante toda a vida do ser humano<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> OLIVEIRA, Batista de Araújo e. Desigualdade e políticas compensatórias. Cit., p. 53.

<sup>86</sup> SOUZA, Paulo Nathanael Pereira de. *Educação e Desenvolvimento no Brasil*. São Paulo: Itegrare Editora, 2008, p.19.

<sup>87</sup> SOUZA, Paulo Nathanael Pereira de. *Educação e Desenvolvimento no Brasil*. Cit., p.19.

<sup>88</sup> EPPLE, Cristiane. *Direito de autor no século xxi: direito fundamental à cultura, educação e informação versus direito de autor*. Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em

Trata-se de direito humano, fundamental e social, porque além de ser prerrogativa essencial à qualidade humana e, conseqüentemente, à dignidade da pessoa humana, é reconhecido como tal pela Constituição Federal e por diversos instrumentos internacionais<sup>89-90</sup>.

O Direito à educação, então, significa primariamente “o direito de (igual) acesso à educação, que deve ser concedido a todos, especialmente para os níveis mais basilares do ensino<sup>91</sup>”. Nessa linha, o direito em questão possui como conteúdo mínimo os acessos ao conhecimento básico e às capacitações, que devem ser ofertadas pelo Estado de forma organizada, regular e contínua<sup>92</sup>.

Por esse motivo, a realidade do nível de ensino de uma nação é um dos fatores decisivamente responsáveis pelo regime jurídico constitucional ali instituído<sup>93</sup>.

Apesar de ser possível identificar e conceituar o direito à educação atualmente, deve-se registrar que o seu conteúdo e estrutura foram se firmando e se modificando com o tempo.

Nesse sentido Cristiane Epple esclarece que nas sociedades primitivas, a educação era uma forma de garantir a sobrevivência do grupo social, sendo transmitida de um indivíduo para outro<sup>94</sup>.

---

Direito - Mestrado – Área de concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas da linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, p. 22. Disponível em:

<[http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2010/cristiane\\_epple.pdf](http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2010/cristiane_epple.pdf)>

Acesso em: 05 jun. 2016.

<sup>89</sup> A exemplo do: Pacto Internacional de direitos econômicos, sociais e culturais; Convenção relativa à luta contra as discriminações na esfera do ensino; Pacto São José da Costa Rica; Declaração Universal de Direitos Humanos; Declaração mundial sobre educação para todos, entre outros.

<sup>90</sup> CAGGIANO, Monica Herman S. A educação. Direito Fundamental. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (coord.); RIGHETTI, Sabine (org.). *Direito à educação- Aspectos constitucionais*. São Paulo: Editora da Universidade São Paulo, 2009, p. 19-37, p.22.

<sup>91</sup> TAVARES. André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Cit., p. 746.

<sup>92</sup> TAVARES. André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Cit., p. 746.

<sup>93</sup> TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais - Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 771-788, p. 775.

<sup>94</sup> EPPLE, Cristiane. *Direito de autor no século XXI: direito fundamental à cultura, educação e informação versus direito de autor*. Cit., p. 22.

Explica, então, que as instituições de ensino, da forma como são conhecidas contemporaneamente, tiveram sua origem com a divisão social do trabalho, quando as relações de hierarquia e subordinação começaram a se perfazer, gerando em decorrência da apropriação do excedente de produção, o processo de especialização de cada membro/trabalhador, originando a educação sistemática<sup>95</sup>.

Assim sendo, apenas no século XVII, as camadas populares passaram a buscar o acesso à escola, influenciadas pelos pensadores e ideais iluministas. Nesse contexto, “a classe trabalhadora, em formação, podia e devia ter um papel na mudança social”, o que tornou o acesso ao conhecimento técnico essencial à articulação de seus interesses e à afirmação de sua cultura de resistência<sup>96</sup>.

Desse modo, o reconhecimento da educação como um direito se deu com o nascimento do Estado de Direito, como resultado das revoluções burguesas do século XVIII, momento em que o processo de positivação surge como limitação ao poder dos governantes, visando o exercício da liberdade pelos cidadãos<sup>97</sup>.

Essa forma de pensar, entretanto, modificou-se com a ascensão do socialismo e a propagação das ideias marxistas, porquanto se passou a defender a ideia de educação igual para todos como mecanismo de transformação social. Desde então, passou-se a discutir o direito à educação, o qual, no século XX, recebeu o *status* de direito fundamental do homem, passando a integrar as legislações de diversas nações<sup>98-99</sup>.

---

<sup>95</sup> EPPLE, Cristiane. *Direito de autor no século XXI: direito fundamental à cultura, educação e informação versus direito de autor*. Cit., p. 22.

<sup>96</sup> EPPLE, Cristiane. *Direito de autor no século XXI: direito fundamental à cultura, educação e informação versus direito de autor*. Cit., p. 23.

<sup>97</sup> BASÍLIO. Ribeiro. *Direito à educação: um direito essencial ao exercício da cidadania. Sua proteção à luz da Teoria dos Direitos fundamentais e da Constituição brasileira de 1988*. Dissertação apresentada ao departamento de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 33. Disponível em: <[<sup>98</sup> BASÍLIO. Ribeiro. \*Direito à educação: um direito essencial ao exercício da cidadania. Sua proteção à luz da Teoria dos Direitos fundamentais e da Constituição brasileira de 1988\*. Cit., p. 33.](http://www.google.com.br/url?url=http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02122009-152046/publico/Dione_Ribeiro_Basilio_Dissertacao.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwigqLjZi5LNAhUC9R4KHwKwCpEQFggUMAA&usg=AFQjCNGX9qhokFmVNplGEGLIIMjyDLY8Q>, acesso em: 30 mai. 2016.</p></div><div data-bbox=)

<sup>99</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 195,

Atualmente, portanto, não há dúvidas acerca da inclusão da educação como direito humano fundamental, amparado jurídica e constitucionalmente, devendo ser assegurado a todos<sup>100</sup>.

Diante disso, registra-se que a evolução do direito à educação e, portanto, do sistema educacional, deu-se de forma distinta em cada país. Entretanto, tendo em vista o recorte desse trabalho, dar-se-á enfoque a sua evolução no Brasil.

### **3.1.1 Evolução do direito à educação no Brasil**

O fato de o direito à educação ter sofrido alterações significativas ao longo do tempo, justifica o presente tópico, que busca trazer um breve histórico da configuração desse direito nas Constituições brasileiras.

A Constituição de 1824, primeira Constituição do Brasil, regulamentou a educação em apenas um artigo, o qual previa gratuidade da instrução primária a todos os brasileiros. Ocorre, entretanto, que o referido artigo não foi aplicado materialmente, não tendo sido efetivado enquanto obrigação estatal.

A Constituição de 1891, primeira Constituição republicana, tratou a educação gratuita como dever dos Estados e não da União<sup>101</sup>.

A Emenda Constitucional de 1926, por sua vez, conferiu à União a responsabilidade de intervir na educação brasileira, baseando-se na ideia de que a centralização possibilitaria a coesão territorial e a construção de uma identidade própria por meio do caráter nacional da educação<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> CAGGIANO, Monica Herman S. A educação. Direito Fundamental. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (coord.); RIGHETTI, Sabine (org.). *Direito à educação- Aspectos constitucionais*. São Paulo: Editora da Universidade São Paulo, 2009, p. 19-37, p. 23.

<sup>101</sup> MASCARENHAS. Ana Carolina Fernandes. *Análise do Prouni nas dimensões acadêmica e econômico-administrativa: estudo de caso de uma instituição de ensino no município de Salvador/Bahia*. Tese apresentada no Programa de Pós Graduação *stricto sensu* em educação da Universidade Federal da Bahia, 2015, p. 24.

<sup>102</sup> MASCARENHAS. Ana Carolina Fernandes. *Análise do Prouni nas dimensões acadêmica e econômico-administrativa: estudo de caso de uma instituição de ensino no município de Salvador/Bahia*. Cit., p. 24.

Em seguida, a Constituição de 1934, Constituição do Estado Novo, trouxe alguns ideais libertários, concebendo a educação como um direito universal e obrigação estatal. Assim, a Lei maior reconheceu a gratuidade e integralidade do ensino primário, estabelecendo uma dotação orçamentária voltada à educação, oriunda tanto dos Estados e Distrito Federal, quanto dos municípios<sup>103</sup>.

Nesse contexto, dispôs que caberia à União e aos municípios, para a manutenção e desenvolvimento dos sistemas educacionais, a aplicação de valor nunca inferior a dez por cento de sua renda e aos Estados e Distrito Federal, valor sempre igual ou superior a vinte por cento da renda oriunda dos impostos<sup>104</sup>.

Em sentido oposto, a Constituição de 1937, outorgada após o golpe de Estado de Getúlio Vargas, desobrigou o Estado da oferta da educação. Para tanto, afastou o financiamento da educação pelo governo, com a suposta intenção de estabelecer uma relação solidária entre os ricos e os pobres, de modo que aqueles colaborassem com estes mais necessitados<sup>105</sup>.

As Constituições seguintes, como se verá, acabaram por seguir as diretrizes da de 1934, de modo que segundo Edivaldo Boaventura, a Constituição de 1946 não trouxe inovações ao texto de 1934, servindo, apenas, como meio para o ingresso na vida democrática<sup>106</sup>.

Já a Constituição de 1967 trouxe, no seu anteprojeto, apenas quatro modificações em relação à anterior, quais sejam: a extensão da gratuidade oficial para o ensino secundário; a gratuidade do ensino superior seria condicionada à insuficiência de recursos dos estudantes e ao seu merecimento; a existência de permissão ao Estado para remunerar os professores de religião; e a exclusão da vinculação de

---

<sup>103</sup> BASÍLIO. Dione Ribeiro. *Direito à educação: um direito essencial ao exercício da cidadania. Sua proteção à luz da Teoria dos Direitos fundamentais e da Constituição brasileira de 1988*. Cit.

<sup>104</sup> BASÍLIO. Dione Ribeiro. *Direito à educação: um direito essencial ao exercício da cidadania. Sua proteção à luz da Teoria dos Direitos fundamentais e da Constituição brasileira de 1988*. Cit., p. 43.

<sup>105</sup> MASCARENHAS. Ana Carolina Fernandes. *Análise do Prouni nas dimensões acadêmica e econômico-administrativa: estudo de caso de uma instituição de ensino no município de Salvador/Bahia*. Cit., p. 25.

<sup>106</sup> BOAVENTURA, Edivaldo M. A educação na Constituinte de 1946: comentários. In: FÁVERO, Osmar (org.). *A educação nas constituições brasileiras (1923-1988)*. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2005, p.191-199.

receitas previstas na Constituição de 1934, apesar dos debates existentes na seara jurídica<sup>107</sup>.

Nesse sentido, destaque-se que se tratou de Constituição outorgada no período do golpe militar, motivo pelo qual o Congresso Constituinte foi obrigado a aprovar texto constitucional que atendesse aos interesses do período vivenciado, relegando os ideais jurídicos a segundo plano<sup>108</sup>.

Finalmente, a Constituição de 1988, responsável por retomar o processo democrático, trouxe significativa mudança ao cenário brasileiro até então existente. Isso porque deu maior relevância aos direitos e princípios fundamentais, individuais e sociais. Além disso, conferiu ao Estado a obrigação de fornecer os meios para efetivação desses direitos, visando à diminuição das desigualdades e a ratificação da solidariedade e dos ideais de um Estado Democrático de Direito, voltando, inclusive, a vincular as receitas ao desenvolvimento e manutenção do sistema educacional<sup>109</sup>.

A mesma Constituição também incluiu a gratuidade do ensino nas escolas públicas e a oferta de bolsas de estudos para as escolas privadas, quando houvesse falta de vagas na escola pública na localidade de residência do aluno.

Sobre o texto Constitucional de 1988, Maria Francisca Pinheiro<sup>110</sup> esclarece terem sido três as definições dadas ao conceito de educação pública: A primeira a entendia como o público mantido pelo Estado, defendida pelo fórum de educação, apontando o ensino como atribuição do Estado; a segunda seria o público não-estatal, defendido pelas escolas confessionais e comunitárias, diferentes das particulares, ou seja, todas as instituições estatais, bem como as que não possuíssem fins lucrativos.

---

<sup>107</sup> HORTA, José Silvério Baía. A educação no Congresso Constituinte de 1966-67. In: FÁVERO, Osmar (org.). *A educação nas constituições brasileiras (1923-1988)*. 3.ed. Campinas: Autores Associados, 2005, p. 201-239, p. 217.

<sup>108</sup> MASCARENHAS. Ana Carolina Fernandes. *Análise do Prouni nas dimensões acadêmica e econômico-administrativa: estudo de caso de uma instituição de ensino no município de Salvador/Bahia*. Cit., p. 25.

<sup>109</sup> MASCARENHAS. Ana Carolina Fernandes. *Análise do Prouni nas dimensões acadêmica e econômico-administrativa: estudo de caso de uma instituição de ensino no município de Salvador/Bahia*. Cit., p. 25.

<sup>110</sup> PINHEIRO, Maria Francisca. O público e o privado na educação: um conflito fora de moda?. In: FÁVERO, Osmar (org.). *A educação nas constituições brasileiras (1923-1988)*. 3.ed. Campinas: Autores Associados, 2005, p.255-291, p. 284.

A terceira, por fim, entendia que educação pública tinha a ver com a sua prestação pelo serviço público e, para esse conceito, toda a educação necessária ao desenvolvimento do país e do cidadão seria pública.

Cumpra esclarecer que, embora a referida Constituição tenha atribuído ao Estado o dever de assegurar o direito à educação, a sua priorização na esfera pública não ocorreu no Estado brasileiro, dando margem ao crescimento do setor privado desde 1930, que foi fortalecido pela Constituição de 1967<sup>111</sup>.

Feito um breve esboço histórico do direito à educação nas Constituições brasileiras e esclarecidas essas premissas acerca da atual Constituição, cumpre demonstrar como o Direito à educação é tutelado por ela.

O Direito à educação é previsto pelos artigos 205 a 214 da Constituição Federal de 1988 como “um direito de todos e dever do Estado<sup>112</sup> e, também, da família”.

Nesse sentido, José Afonso da Silva esclarece que o art. 205 da CF c/c o art.6º do mesmo diploma, eleva “a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem. Aí se afirma que a educação é direito de todos, com o que esse direito é informado pelo princípio da universalidade<sup>113</sup>”.

Na mesma linha, Alexandre de Moraes, destaca ser o direito à educação um direito social, porquanto previsto no artigo 6º da Constituição, como indispensável à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da sua personalidade, sendo dever do Estado<sup>114</sup>.

Explica-se, então, que segundo o princípio da gratuidade, é vedado ao Poder Público cobrar pelo oferecimento da educação em estabelecimentos próprios, sendo este um direito de todo cidadão e não um favorecimento concedido pelo Estado<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> MASCARENHAS. Ana Carolina Fernandes. *Análise do Prouni nas dimensões acadêmica e econômico-administrativa: estudo de caso de uma instituição de ensino no município de Salvador/Bahia*. Cit., p. 25.

<sup>112</sup> SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Cit., p. 857.

<sup>113</sup> SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Cit., p. 316.

<sup>114</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. Cit., p. 195.

<sup>115</sup> TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais- Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.771-788, p. 780.

Ocorre, porém, que a educação só é gratuita no que diz respeito ao ensino fundamental obrigatório<sup>116</sup>, podendo atingir aqueles que não tiveram acesso a esses níveis na idade adequada, conforme se extrai do inciso I, do art. 208, da Constituição Federal de 1988<sup>117</sup>.

Já no que se refere ao ensino médio gratuito, a Constituição, em seu inciso II, art. 208, exige somente a sua universalização progressiva, não sendo visto, portanto, como obrigação universal do Estado.

Diante disso, compreende-se o direito à educação como direito social, dotado de fundamentalidade, previsto constitucionalmente como dever do Estado e da família.

Ademais, merece destaque um dos principais avanços trazidos pela Constituição de 1988 para o setor da educação, o Plano Nacional de Educação (PNE), previsto no art. 214 do referido diploma<sup>118</sup>, bem como a Lei n. 9394/1996, de Diretrizes e bases da Educação Nacional – LDB, responsável por detalhar os direitos e organizar os aspectos gerais do ensino.

Atente-se, pois, à necessidade de que os objetivos gerais do plano em questão sejam, aos poucos, efetivados, merecendo destaque: a elevação global do nível de escolaridade da população; a melhoria da qualidade do ensino em todos os níveis; a redução das desigualdades sociais e regionais no tocante ao acesso e à permanência, com sucesso, na educação pública; e a democratização da gestão do ensino público, nos estabelecimentos oficiais, obedecendo aos princípios da participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola e a participação das comunidades escolares e locais em conselhos escolares ou equivalentes<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> Conceito que, em seguida, será apresentado.

<sup>117</sup> TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. Cit., p. 780.

<sup>118</sup> Observa-se que a primeira versão desse instrumento foi instituída pela Lei n. 10.172/2001.

<sup>119</sup> CASTRO, Marcelo Lúcio Ottoni de. *A constituição de 1988 e a educação brasileira após 20 anos*, p.12. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/educacao-e-cultura-a-constituicao-de-1988-e-a-educacao-brasileira-apos-vinte-anos>>. Acesso em: 20.05.2016.

Sobre o tema, registre-se que a garantia de ensino fundamental obrigatório de nove anos deve ser conferida a todas as crianças de 6 a 14 anos<sup>120</sup>, devendo assegurar, segundo Marcelo Lúcio Ottoni de Castro, o ingresso, a permanência na escola e a conclusão desse ensino<sup>121</sup>.

Além disso, deve também ser assegurado o ensino fundamental a todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria ou que não o concluíram e ainda encontram dificuldades sérias para a sua efetivação. No que diz respeito aos demais objetivos, embora amplos, têm sido objetos de avanços.

Destaca ainda o autor que, mesmo que se perceba alguma falta de realismo no PNE, a sua importância precisa ser considerada e destacada. Isso porque, em primeiro lugar, suscitou discussão acerca da problemática em torno da educação no país, envolvendo diversos segmentos educacionais, o que foi importante para assegurar a sua legitimidade.

Em segundo lugar, o plano, por ser abrangente, não deixou de tratar ou conferiu pouca atenção a qualquer tema relevante à seara educacional, servindo, também como parâmetro às ações dos atores sociais e, obviamente, do poder público<sup>122</sup>.

Nada obstante, registre-se que as políticas e os mecanismos utilizados para investir os recursos em educação geram consequências importantes “na quantidade, qualidade e equidade dos serviços educacionais<sup>123</sup>”, o que, por sua vez, afeta “o crescimento econômico, a distribuição de renda e o nível de pobreza<sup>124</sup>”.

Ocorre, entretanto, que, como acontece com a maioria dos direitos sociais, esse direito também não vem sendo efetivado de forma satisfatória, o que, como se verá,

---

<sup>120</sup> O prazo de nove anos foi estabelecido pela Lei 11. 274/96 que alterou a redação dos arts. 29,30. 32 e 87 da Lei n. 9394/2006 (LDB), dispondo sobre a duração de nove anos para o ensino fundamental, com matrícula obrigatória a partir dos seis anos de idade.

<sup>121</sup> CASTRO, Marcelo Lúcio Ottoni de. *A constituição de 1988 e a educação brasileira após 20 anos*. Cit., p. 12.

<sup>122</sup> CASTRO, Marcelo Lúcio Ottoni de. *A constituição de 1988 e a educação brasileira após 20 anos*. Cit., p.12.

<sup>123</sup> WINKLER, Donald. Financiamento da educação na América Latina. In: COX, Cristián; SCHWARTZMAN, Simon (editores). *Políticas Educacionais e coesão social Uma agenda latino-americana*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 25-4, p. 25.

<sup>124</sup> WINKLER, Donald. Financiamento da educação na América Latina. Cit., p. 25.

atrapalha a evolução pessoal e profissional dos indivíduos brasileiros, bem como o desenvolvimento do país.

Assim, far-se-á uma reflexão acerca de algumas questões atreladas ao direito à educação no Brasil, buscando uma maior compreensão do tema.

### **3.1.2 Reflexões acerca do direito fundamental à educação**

#### **3.1.2.1 A questão da acessibilidade às escolas e da qualidade do ensino**

Por muito tempo acreditou-se que os problemas principais da educação estavam na falta de escola, na quantidade de crianças fora do ambiente escolar e na carência de verbas destinadas à educação. Entretanto, os principais problemas referentes a esse direito são a má qualidade das escolas, do ensino disponibilizado e a repetência disseminada amplamente no país<sup>125</sup>.

Nesse sentido, informa-se que, segundo pesquisa disponibilizada pelo Ministério da Educação e Cultura, houve significativas mudanças na última década em relação à educação Brasileira. Nesse contexto, cumpre registrar alguns marcos legislativos que colaboraram para isso.

Desse modo, tem-se o fortalecimento do financiamento da educação básica, por meio do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb, trazidos pela EC n. 53/06 e pela Lei n. 11.494/07, responsável pela ampliação do volume de recursos destinados a este nível da escolaridade.

---

<sup>125</sup> SCHWARTZMAN, Simon. Os desafios da educação no Brasil. In: BROCK, Colin e SCHWARTZMAN, Simon. *Os desafios da educação no Brasil*. Trad. De Ricardo Silveira. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2005, p. 09.

Ademais, destaca-se a importância de EC n. 59/2009, responsável pela ampliação da escolaridade obrigatória de 7 a 14 anos para 4 a 17 anos, alteração que deverá ser implantada gradativamente até o ano de 2016<sup>126</sup>.

Merece também relevância o programa Bolsa Família, criado pelo Governo Federal, instituído em 2003, destinado exclusivamente para famílias em estado de pobreza ou extrema pobreza. O programa busca garantir a essas famílias o direito à alimentação e o acesso à educação e à saúde, atendendo mais de 13,9 milhões de famílias em todo o país, ampliando o acesso das crianças à escola<sup>127</sup>.

Desse modo, os dados apresentados pelo censo 2013<sup>128</sup> explicitam que o acesso à escola já não é um problema para a população brasileira ou, pelo menos, é um problema cada vez menor.

Isso porque, segundo a referida pesquisa, dos 2.730.119 alunos matriculados nas creches, 1.730.870 (63,4%) estão matriculados na rede Pública; dos 4.860.481 matriculados na pré-escola, 3.643.231 (75,0%) estão matriculados na rede pública; e no ensino fundamental, dos 29.069.811, 24.694.440, (85,0%), pertencem à rede pública<sup>129</sup>.

Assim, infere-se que na etapa da Educação Básica a frequência à escola/creche cresceu de 55,0% (2001) para 78,2% (2012) na população de 4 a 5 anos e de 10,6% (2001) para 21,2% (2012) na população de 0 a 3 anos. Já no que tange à Educação

---

<sup>126</sup> Informações disponíveis em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=15774-ept-relatorio-06062014&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=15774-ept-relatorio-06062014&Itemid=30192)>. Acesso em: 06 jun. 2016.

<sup>127</sup> Informações disponíveis em: <<http://www.caixa.gov.br/programas-sociais/bolsa-familia/Paginas/default.aspx>>, Cit.

<sup>128</sup> Informações disponíveis em: <[http://download.inep.gov.br/educacao\\_basica/censo\\_escolar/resumos\\_tecnicos/resumo\\_tecnico\\_censo\\_educacao\\_basica\\_2013.pdf](http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/resumos_tecnicos/resumo_tecnico_censo_educacao_basica_2013.pdf)>

<sup>129</sup> Informações disponíveis em: <[http://download.inep.gov.br/educacao\\_basica/censo\\_escolar/resumos\\_tecnicos/resumo\\_tecnico\\_censo\\_educacao\\_basica\\_2013.pdf](http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/resumos_tecnicos/resumo_tecnico_censo_educacao_basica_2013.pdf)>

Primária Universal, correspondente ao Ensino Fundamental, (6 a 14 anos) a taxa de frequência passou de 95,3% (2001) para 98,2% (2012)<sup>130</sup>.

Finalmente, considerando-se a população de 15 a 17 anos, a taxa de frequência à escola manteve-se estável, tendo ligeira melhoria de 81,1% (2001) para 84,2% (2012)<sup>131</sup>.

Outro fator que merece relevância no aumento de acessibilidade às escolas é a vigência do Estatuto da criança e do adolescente (ECA), por se tratar de lei destinada à proteção da criança e do adolescente, tendo, nos últimos 25 anos, criado bases sólidas para assegurar a sua efetivação<sup>132</sup>.

Destaca-se, assim, que o seu reflexo na área de educação do país garantiu acesso a 93% das crianças e adolescentes brasileiros no ensino fundamental. Ademais, no período entre 1990 e 2013, o número de crianças fora da escola em idade obrigatória caiu 64%, passando de 19,6% para 7% (Pnad)<sup>133</sup>.

Esclarecido o fato de que a falta de acesso à escola já não é um grande problema no Brasil, deve-se observar o investimento feito pelo país no setor de educação.

Simon Schwartzman adverte que, em 2005, os gastos brasileiros em educação eram de 5%, a 5,5% do Produto Interno Bruto, maiores do que os do Chile e Argentina, e semelhantes aos do Japão e Itália<sup>134</sup>. Acrescenta ainda que “outros países, com recursos semelhantes, conseguem resultados bem melhores<sup>135</sup>”.

Diante disso, observa-se que, embora o acesso à escola tenha melhorado, bem como tenha sido ampliado o valor dispensado à educação no Brasil, outros

---

<sup>130</sup> Informações disponíveis em: <<[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=15774-ept-relatorio-06062014&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=15774-ept-relatorio-06062014&Itemid=30192)>>. Acesso em: 17.05.2016.>

<sup>131</sup> Informações disponíveis em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=15774-ept-relatorio-06062014&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=15774-ept-relatorio-06062014&Itemid=30192)>. Acesso em: 17.05. 2016.

<sup>132</sup> Dados disponíveis em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/ECA25anosUNICEF.pdf>. Acesso em: 17.05.2015.

<sup>133</sup> Dados disponíveis em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/ECA25anosUNICEF.pdf>. Acesso em: 17.05.2015.

<sup>134</sup> SCHWARTZMAN, Simon. Os desafios da educação no Brasil. Cit., p.10.

<sup>135</sup> SCHWARTZMAN, Simon. Os desafios da educação no Brasil. Cit., p.10.

problemas continuam existindo, sendo, inclusive, mais complexos e de soluções mais difíceis.

Nesse sentido, oportuna a ponderação de Schwartzman:

Agora que as crianças estão na escola, que os gastos públicos em educação são significativos, e os ministérios e secretarias de Educação são geridos, cada vez mais, por intelectuais e educadores, os problemas mudaram de patamar, e as dificuldades são muito maiores. É mais fácil construir um prédio escolar do que administrar uma escola; é mais fácil trazer uma criança para escola do que ensiná-la a ler e escrever; é mais fácil contratar professores em dedicação exclusiva do que transformá-los em pesquisadores<sup>136</sup>.

Como se observa, o problema da não efetivação em grau máximo do direito à educação, que nem chega a alcançar o patamar mínimo de eficácia capaz de assegurar uma vida digna a muitos cidadãos brasileiros, está para além da inexistência de escolas públicas espalhadas pelo país.

Embora esse tenha sido um problema há algum tempo, já não é essa a realidade atual. Há, portanto, que se questionar quais os fatores que dificultam o processo educacional no Brasil.

Nesse sentido, o ponto de partida dessa busca deverá ser a convicção de que não basta assegurar o acesso ao ensino por meio da frequência às escolas. Necessário se faz assegurar o direito à educação de qualidade. Apenas assim haverá efetivação satisfatória desse direito, podendo repercutir positivamente no desenvolvimento do indivíduo e preservação da sua dignidade, bem como do país.

### 3.1.2.2 Permanência dos alunos e qualidade da educação nas instituições de ensino

Como se viu no tópico anterior, o Brasil possui número de escolas suficientes para garantir o acesso à educação para a maioria da população. Entretanto, apesar de certo grau de facilidade em relação ao ingresso nas escolas, é difícil assegurar aos estudantes uma educação satisfatória, tendo em vista alguns dados como a permanência nas instituições e qualidade da educação fornecida.

---

<sup>136</sup> SCHWARTZMAN, Simon. Os desafios da educação no Brasil. Cit., p.43.

Nesse sentido, observa-se que, atualmente, a maior parte das crianças que possuem entre sete e dez anos de idade estão matriculados na escola. Apesar disso, a maioria delas não está no nível adequado para a idade que possui, além de haver muitos adultos ocupando os bancos escolares<sup>137</sup>.

Ademais, registre-se que muitos jovens entre 15 e 17 anos, embora deveriam estar no ensino médio, permanecem no ensino fundamental, o que ratifica a inadequação acima referida<sup>138</sup>.

Nada obstante, com base na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), há mais de 3.3 milhões de crianças, de 4 a 17 anos sem estudar, valor superior à população de Alagoas ou do Piauí<sup>139</sup>.

Diante dessa realidade, Daniel Cara, coordenador da Campanha Nacional pelo Direito à Educação, foi claro ao destacar que: “O problema maior do Brasil hoje tem sido a manutenção. Para manter uma matrícula é preciso investir no professor - ou seja, pagar um salário adequado e garantir um plano de carreira, assim como as condições necessárias para a relação de ensino e aprendizagem<sup>140</sup>”.

A preocupação do Coordenador se justifica pelo fato de que, em 2012, o relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), indicou que o Brasil possui a terceira maior taxa de evasão escolar (24,3%) entre os cem países com maior IDH (Índice de Desenvolvimento Humano). Destaca, ainda, que no referido ano o Censo Escolar apontou o abandono de 1,6 milhões de crianças e adolescentes da escola durante o ano letivo<sup>141</sup>.

---

<sup>137</sup> SCHWARTZMAN, Simon. Os desafios da educação no Brasil. Cit., p.11.

<sup>138</sup> SCHWARTZMAN, Simon. Os desafios da educação no Brasil. Cit., p.11.

<sup>139</sup> Dados disponíveis em: <<http://educarparacrescer.abril.com.br/indicadores/educacao-brasileira-numeros-850741.shtml>> Acesso em: 16 mai. 2016.

<sup>140</sup> Dados disponíveis em: <<http://educarparacrescer.abril.com.br/indicadores/educacao-brasileira-numeros-850741.shtml>> Acesso em: 16.mai. 2016.

<sup>141</sup> Dados disponíveis em: <<http://educarparacrescer.abril.com.br/indicadores/educacao-brasileira-numeros-850741.shtml>> Acesso em: 16 mai. 2016.

Observa-se, pois, como uma das causas da evasão escolar o trabalho infantil, atingindo 3, 15 milhões de estudantes com menos de 13 anos, conforme a Pesquisa Nacional de Saúde Escolar 2012, do IBGE<sup>142</sup>.

Nesse sentido, tem-se como consequência do atraso e abandono o fato de que pouco menos da metade da população do país (45,5%) com 25 anos ou mais não tem o ensino fundamental completo<sup>143</sup>.

Ademais, no que se refere à América Latina, o Brasil tem a menor média de anos de escolaridade, mantendo 7,2 anos de estudo. Em contraponto, observa-se que na Bolívia, os alunos passam em média mais dois anos na escola do que no Brasil<sup>144</sup>.

Destaque-se, nesse sentido, que os resultados do PISA (Programa internacional de Avaliação de Estudantes) mostram que o Brasil, apesar dos avanços, ainda continua com uma população deficiente em educação, sendo os piores resultados referentes às disciplinas português e matemática<sup>145</sup>.

É preciso, entretanto, registrar que o Brasil tem melhorado também na busca pela qualidade da educação. Isso se comprova pela queda havida na taxa média de analfabetismo de 10 a 18 anos. Registre-se que a redução foi bastante significativa, uma vez que passou de 12,5%, em 1990, para 1,4%, em 2013, totalizando 88,8% de diminuição no índice de jovens analfabetos do país<sup>146</sup>.

Apesar disso, o problema da desigualdade social faz com que os referidos resultados não alcancem alguns grupos. Assim, muitas crianças e adolescentes

---

<sup>142</sup> Dados disponíveis em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/pense/2012/>> Acesso em: 17 mai. 2016.

<sup>143</sup> Segundo dados da Pnad 2012. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2012/default\\_sintese.shtml](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2012/default_sintese.shtml)> Acesso em: 17 mai. 2016.

<sup>144</sup> Informações extraídas do relatório de Desenvolvimento Humano do PNUD. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>> Acesso em: 17 mai. 2016.

<sup>145</sup> Informações disponíveis em: <<http://www.ebc.com.br/educacao/2016/02/brasil-esta-entre-os-piores-no-ranking-de-conhecimentos-basicos-da-ocde>> Acesso em: 09 jun. 2016; e <<http://portal.inep.gov.br/internacional-novo-pisa-resultados>> Acesso em: 09 jun. 2016.

<sup>146</sup> Dados disponíveis em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/media\\_30280.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/media_30280.htm)> Acesso em: 01 jun. 2016.

estão sendo deixados para trás em razão de sua raça ou etnia, condição física, social, gênero ou local de moradia<sup>147</sup>.

Ademais, registra-se que, historicamente, o sistema educacional brasileiro deixou muito a desejar no que diz respeito à produção de aprovados e concluintes na idade correta. Ocorre que, atualmente, tem-se observado aumento no número dos alunos que ultrapassam os anos iniciais do ensino fundamental. Entretanto, não é o que acontece com as etapas finais dessa fase de ensino, de modo que aumento do número de concluintes do ensino fundamental é bastante discreto<sup>148</sup>.

Os referidos dados ratificam o entendimento de que a atual dificuldade da educação brasileira já não é o ingresso dos alunos nas escolas, mas a saída deles de lá com o desempenho adequado à idade que possuem.

Há que se falar, ainda, da exclusão escolar, ocorrida quando as crianças e jovens têm a chance de se matricular na escola e acabam por abandoná-la. Segundo a Pnad de 2013, mais de 3 milhões de crianças e adolescentes estão fora da escola e esse percentual, em sua maioria, é composto exatamente pelas populações marginalizadas do país, quais sejam: indígenas, negros, pobres e quilombolas<sup>149</sup>.

Observa-se, nesse sentido, que dentre os excluídos da educação, muitos deixam de estudar para trabalhar, dada a necessidade de contribuir com a renda familiar. Desse grupo, “uma parcela tem algum tipo de deficiência. E grande parte vive nas periferias dos grandes centros urbanos, no Semiárido, na Amazônia e na zona rural”<sup>150</sup>.

Deve-se registrar, também, que além da evasão escolar, a má qualidade de ensino é um dos fatores que contribuem imensamente para a situação crítica da educação brasileira.

---

<sup>147</sup> Dados disponíveis em: <<http://educarparacrescer.abril.com.br/indicadores/educacao-brasileira-numeros-850741.shtml>> Acesso em: 16 mai. 2016.

<sup>148</sup> Informações extraídas do censo 2013. Disponível em: <[http://download.inep.gov.br/educacao\\_basica/censo\\_escolar/resumos\\_tecnicos/resumo\\_tecnico\\_censo\\_educacao\\_basica\\_2013.pdf](http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/resumos_tecnicos/resumo_tecnico_censo_educacao_basica_2013.pdf)> Acesso em: 18 mai. 2016.

<sup>149</sup> Dados disponíveis em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/media\\_30280.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/media_30280.htm)> Acesso em: 17 mai. 2016.

<sup>150</sup> Dados disponíveis em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/media\\_30280.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/media_30280.htm)> Acesso em: 17 mai. 2016.

Na verdade, uma questão está relacionada à outra, porquanto “o aumento da permanência de estudantes na escola depende da realização do direito ao saber, sob um padrão de qualidade possível de ser incrementado<sup>151</sup>”.

Nesse sentido, embora o Brasil possua ensino particular que pode ser comparado ao dos países mais desenvolvidos, ele alcança, apenas, pouco mais de 10% da população, restando à maioria um sistema de ensino público de baixíssimo desempenho<sup>152</sup>.

Por essa razão, João Batista de Araújo Oliveira, ao analisar alguns dados disponibilizados pelo Sistema de avaliação básica - SAEB, observa que: a maioria dos alunos de escola pública não atinge os padrões mínimos; não há diferença significativa entre o desempenho das escolas estaduais e municipais, havendo, entretanto em relação às escolas particulares, cujo desempenho é sempre muito superior ao das escolas públicas; há distinção no nível de desempenho da educação entre as regiões, de modo que um aluno da oitava série (atual nono ano) nos estados do Nordeste possui desempenho de um aluno da 4ª série nos estados do Sul<sup>153</sup>.

Além disso, é preciso compreender que as políticas sociais existentes não têm promovido mobilidade social ou diminuição da desigualdade. Isso porque o único meio de alterar o atual quadro da educação do país é entendendo que a expansão ilimitada no ensino não minimiza a desigualdade<sup>154</sup>, o que só ocorrerá pela efetivação da capacidade de crescimento individual e coletivo por meio da educação de qualidade.

Mas o que seria educação de qualidade?

---

<sup>151</sup> CURY. Carlos Jamil. A educação básica no Brasil, p. 02. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v23n80/12929.pdf>> Acesso em: 18 mai. 2016.

<sup>152</sup> OLIVEIRA, João Batista de Araújo e. Desigualdade e políticas compensatórias. Cit., p.53-89, p. 53.

<sup>153</sup> OLIVEIRA, João Batista de Araújo e. Desigualdade e políticas compensatórias. Cit., p.61.

<sup>154</sup> OLIVEIRA, João Batista de Araújo e. Desigualdade e políticas compensatórias. Cit., p.86.

Nessa direção, registra-se, primeiramente, tratar-se de conceito histórico que se altera no tempo e no espaço, devendo ser avaliado sempre de acordo com a realidade do local e da sociedade em que é aplicado<sup>155</sup>.

Desse modo, Oliveira, Dourado e Santos explicam que a qualidade da educação perpassa por dimensões extra e intra-escolares. A primeira envolve dois níveis, quais sejam, a dimensão socioeconômica e cultural dos entes envolvidos (trata das influências econômica, cultural e social das famílias e estudantes no processo de aprendizagem, da necessidade de estabelecer políticas públicas em face de questões como drogas, fome, etc) e a dimensão dos direitos dos cidadãos (diz respeito à ampliação da educação básica obrigatória e as definição e garantia de padrões de qualidade, tais como condições iguais de acesso e permanência na escola, efetivação e definição de diretrizes nacionais em cada nível da educação)<sup>156</sup>.

Já a segunda dimensão, a intra-escolar, influencia diretamente nos processos de gestão e organização nos processos formativos e práticas curriculares, sendo apresentadas em quatro níveis. O primeiro é o que os autores denominam de nível do sistema, referindo-se às condições de oferta de ensino (adequação das instalações gerais, conforme sistema nacional de educação e avaliação positiva dos usuários); o segundo é o nível da escola, tendo relação com a organização e gestão dos trabalhos escolares.

O terceiro nível, o do professor, refere-se à ação pedagógica, formação e profissionalização. Busca assegurar a qualidade técnica do docente, relacionando-a as condições e formas de ingresso ao trabalho. O quarto nível, então, é o nível do aluno, que trata do acesso, desempenho escolar e permanência na escola, visando assegurar a diversidade socioeconômica e cultural, bem como garantir resultados satisfatórios.

Diante do exposto, observa-se que o atual problema da educação brasileira se encontra na manutenção dos alunos na escola pelo tempo determinado, ou seja,

---

<sup>155</sup> OLIVEIRA, João Ferreira de; DOURADO, Luiz Fernandes. A QUALIDADE DA EDUCAÇÃO: PERSPECTIVAS E DESAFIOS, disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v29n78/v29n78a04.pdf>>. Acesso em: 18.05.2016.

<sup>156</sup> SANTOS, Catarina de Almeida; OLIVEIRA, João Ferreira de; DOURADO, Luiz Fernandes. *Qualidade da Educação: conceitos e definições*. Disponível em: <<http://www2.unifap.br/gpcem/files/2011/09/A-Qualidade-na-educacao-DISCUSS%C3%83O-N%C2%BA-24.pdf>> Acesso em: 19 mai. 2016.

adequado para o aprendizado. Entretanto, o que tem ocorrido, como visto, é um número excessivo de repetentes e de estudantes que não possuem o conhecimento que deveriam, de acordo com a idade que apresentam.

Assim, o foco do Brasil já não deve ser no acesso, mas na permanência dos alunos na escola, bem como a manutenção de um ensino de qualidade capaz de promover mudanças significativas na vida pessoal do estudante e, conseqüentemente, no próprio país.

## 3.2 (IN)EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

### 3.2.1 O grau máximo de efetividade da educação como direito social

Atualmente os direitos sociais têm sido limitados pela teoria do mínimo existencial. Segundo a referida teoria, cabe ao Estado promover o mínimo necessário para a manutenção da dignidade da pessoa humana<sup>157</sup>. O que vier, portanto, para além do mínimo, o Estado pode fazer, se e quando, tiver condições para tanto.

Ocorre, entretanto, que como visto no capítulo anterior, o conceito de mínimo existencial é relativo, tendo em vista que as necessidades básicas individuais de cada pessoa são distintas<sup>158</sup>.

Ademais, destaca-se que defender a existência do mínimo existencial é contrariar a própria essência dos direitos e princípios fundamentais, que implica as suas preservação e realização da maneira mais ampla possível, conferindo-lhes alto grau de efetividade.

Nesse sentido, destaca-se mais uma vez que o presente trabalho entende pela fundamentalidade dos direitos sociais, devendo ser conferido a eles o mesmo tratamento dispensado aos direitos de primeira dimensão.

---

<sup>157</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial. Cit., p.41.

<sup>158</sup> Mais uma vez, observe-se a diferença entre as necessidades básicas de uma pessoa idosa e doente de uma pessoa jovem e saudável. Do mesmo modo, há necessidades distintas entre duas pessoas idosas, sendo uma saudável e outra não; ou entre duas pessoas jovens, uma empregada e outra desempregada. Isso serve para ratificar a ideia de que o mínimo existencial não pode ser aplicado uniformemente a todas as pessoas, devendo ser observado o caso concreto.

Nessa linha, Miguel Calmon Dantas defende em sua tese de Doutorado a existência do direito fundamental ao máximo existencial como superação da teoria do mínimo existencial, haja vista a adequação daquela ao contexto atual de não efetivação dos direitos sociais, bem como a própria evolução do constitucionalismo.

Segundo o autor, o direito fundamental ao máximo existencial se origina da função de promover a efetividade dos direitos sociais para assegurar a desmercantilização das condições existenciais<sup>159</sup>.

Assim, busca-se evitar a sujeição da pessoa humana aos mecanismos de mercado para a satisfação das suas necessidades mínimas, uma vez que a distribuição da riqueza advinda pelas leis de mercado não é norteadada pela necessidade ou pelo mérito<sup>160</sup>.

Nas palavras do autor:

O direito fundamental ao máximo existencial remete ao máximo entendido como o suficientemente satisfatório. Associa-se o pensamento do possível, desenvolvido a partir da tríade do real, do necessário e do possível. Esses três âmbitos interagem e informam a compreensão hermenêutica do direito ora defendido, destacando a sua dimensão utópica<sup>161</sup>.

Finalmente, o direito fundamental ao máximo existencial possui em seu valor moral a função de “evitar os danos decorrentes da não-supressão das necessidades existenciais pela ampliação progressiva dos níveis de prestação até a sua satisfação suficiente<sup>162</sup>.”

Nesse sentido, observa-se que proteger a dignidade da pessoa humana é muito mais do que evitar danos a ela, mas, principalmente, proporcionar a efetivação do exercício das liberdades e direitos, promovendo-os em sentido material e formal.

---

<sup>159</sup> DANTAS, Miguel Calmon, *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 457.

<sup>160</sup> DANTAS, Miguel Calmon, *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 457.

<sup>161</sup> DANTAS, Miguel Calmon, *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 08.

<sup>162</sup> DANTAS, Miguel Calmon, *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 458.

Dessa forma, esclarece Alexy que o valor da liberdade está em agregar medidas capazes de garantir a liberdade real, havendo a efetiva possibilidade fática de escolher entre as condutas permitidas pelo ordenamento jurídico pátrio<sup>163</sup>.

Cumprir registrar, desse modo, que os direitos sociais visam suprir as necessidades dos indivíduos, devendo eliminar as dificuldades para a sua realização<sup>164</sup>. Isso porque para o ser humano “a eliminação de sua situação de necessidade é mais importante que as liberdades jurídicas, que a ele de nada servem, em razão dessa situação de necessidade<sup>165</sup>”.

Sendo, portanto, o direito à educação um direito social dotado de fundamentalidade, a sua efetivação em grau máximo é um pressuposto da dignidade da pessoa humana. Isso porque, como se percebeu no tópico anterior, não adianta ter o acesso à escola assegurado se o ensino não for de qualidade ou se os alunos não concluírem os estudos.

Assim, não basta a realização mínima de um direito para que a sua efetivação se concretize, mas a sua realização em um nível satisfatório para provocar alterações pessoais e sociais significativas.

Desse modo, apenas quando assegurado de maneira satisfatória - e não mínima - um direito fundamental consegue efetivar a dignidade da pessoa humana. Do contrário, apenas gera a expectativa da sua promoção, a qual, na maioria das vezes, acaba sendo frustrada.

A dignidade humana, portanto, tem força expressiva, servindo como fundamento da existência dos direitos fundamentais. Logo, o objetivo precípua dos direitos fundamentais é assegurar a promoção e preservação da dignidade de cada indivíduo<sup>166</sup>.

No que se refere à alteração no desenvolvimento do país, destaca-se a teoria do capital humano. Explica, então, Schultz que os gastos diretos com educação, saúde, migração interna em prol de melhores empregos, treinamento dos trabalhadores no

---

<sup>163</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Cit., p. 503-506.

<sup>164</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Cit., p. 503-506.

<sup>165</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Cit., p. 503-506.

<sup>166</sup> BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Temas Atuais de Direitos Fundamentais*. 2. ed. Ilhéus: UESC, 2007, p. 29-30

local de trabalho são investimentos em capital humano, porquanto são responsáveis pelo crescimento dos rendimentos pessoais do trabalhador e econômico do país<sup>167</sup>.

Segundo o autor, a característica do capital humano é tanto ser parte do ser humano, porque se configura no homem, quanto ser de capital, por ser fonte de renda futura, podendo ser ambas as coisas<sup>168</sup>.

Explica Ana Carolina Mascarenhas que a teoria, inicialmente desenvolvida por Schultz, conseguiu solucionar problemas não explicados pelos economistas clássicos, uma vez que explica como o investimento em capital humano propicia o desenvolvimento de habilidades e competências que serão recompensadas pelo mercado de trabalho no futuro “(tanto para o indivíduo, considerado isoladamente, quanto para o país, por meio do desenvolvimento econômico e tecnológico)”<sup>169</sup>.

Ante o exposto, percebe-se que a efetivação do direito à educação apenas ocorrerá quando a sua prestação for satisfatória e, portanto, capaz de repercutir no desenvolvimento do sujeito e do país.

### **3.2.2 A satisfação suficiente como referencial para a justiciabilidade**

Para a compreensão desse tópico dois conceitos precisam, de logo, ser esclarecidos. O primeiro diz respeito à satisfação suficiente e o segundo se refere à justiciabilidade.

O presente trabalho adota o entendimento de justiciabilidade apresentado por Liana Cirne Lins, para quem justiciabilidade seria espécie da qual a exigibilidade é gênero. Assim, a justiciabilidade é caracterizada como uma forma específica de exigibilidade em juízo, uma vez que é essencial à fundamentalidade dos direitos “a possibilidade

---

<sup>167</sup> SCHULTZ, Theodore W. *O capital humano: investimentos em educação e pesquisa*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973, p. 53.

<sup>168</sup> SCHULTZ, Theodore W. *O capital humano: investimentos em educação e pesquisa*. Cit., p. 53.

<sup>169</sup> MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. *Análise do Prouni nas dimensões acadêmica e econômico-administrativa: estudo de caso de uma instituição de ensino no município de Salvador/Bahia*. Cit., p. 44.

de que sua lesão seja conhecida pelos tribunais”, devendo, necessariamente, fazer-se referência à sua justiciabilidade<sup>170</sup>.

Não se deve, portanto, confundir justiciabilidade com judicialização. Enquanto a primeira, como demonstrado, diz respeito ao reconhecimento de um direito pelo Poder Judiciário (independente da procedência ou não da demanda), a segunda é a possibilidade de ter acesso ao Poder judiciário e de busca por uma prestação judicial favorável<sup>171</sup>.

Destaque-se, então, que a justiciabilidade de um direito é o seu reconhecimento perante os tribunais. Assim, quando o Poder Judiciário decide sobre uma questão relacionada à inefetividade do direito à educação, ocorre a justiciabilidade porque se concretiza a existência desse direito que, embora seja fundamental, por alguma falha legislativa ou da administração pública deixou de ser prestado àquele cidadão.

Por sua vez, a satisfação suficiente é a aproximação entre o direito definitivo real e o direito definitivo possível, proporcionando o atendimento do conteúdo essencial ótimo<sup>172</sup>. Trata-se, pois, do reconhecimento de que, embora qualquer direito esteja sujeito a limites de toda espécie, esses limites devem ser ponderados para que a decisão seja a mais satisfatória naquela determinada circunstância.

Assim, a satisfação suficiente se configura quando há conformidade entre o grau de implementação de um direito fundamental e o “nível essencial de prestação exigido pelas necessidades envolvidas pela sua satisfação<sup>173</sup>”.

Registre-se, portanto, que aqui não se faz alusão ao já referido mínimo existencial, para o qual determinado direito deve ser satisfeito em um grau mínimo para assegurar a dignidade da pessoa humana. Aqui, ao contrário, busca-se a satisfação

---

<sup>170</sup> LINS, Liana Cirne. *A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais – uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva*. Revista de informação legislativa: Brasília, v.46, n.182, p.51-74, abr/jun. 2009, p. 52. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194915/000865479.pdf?sequence=3>>, acesso em: 05.06.2016.

<sup>171</sup> CUNHA JR., Dirley. *Ativismo Judicial e concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior>> , Acesso em: 05 jun. 2016.

<sup>172</sup> DANTAS, Miguel Calmon, *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 500.

<sup>173</sup> DANTAS, Miguel Calmon, *Direito fundamental ao máximo existencial*, 2009. Cit., p. 500.

suficiente (em seu grau ótimo) no caso concreto, tendo em vista as distinções de cada situação fática.

Em verdade, o que se busca é a efetivação em grau ótimo dos direitos dotados de fundamentalidade em todos os casos, propondo uma mudança no padrão de pensamento existente.

Ao invés de ter a satisfação do mínimo como referencial para a efetivação de determinado direito, passa-se a ter a satisfação do suficiente.

Nesse sentido, Miguel Calmon Dantas explica que a satisfação do suficiente busca assegurar que a implementação de determinado direito seja razoável, proporcional e demonstre a possibilidade de confiança no Poder Público<sup>174</sup>.

Esclarece, então, que a razoabilidade está relacionada à congruência histórica e concreta para a compreensão do nível essencial e satisfatório de prestação. Já a proporcionalidade impõe que os investimentos para a efetivação do direito sejam viáveis e valiosos, bem como que os meios para alcançá-lo sejam legítimos e condizentes com a realidade concreta. E, finalmente, a confiança no Poder Público tem a ver com a certeza de que a satisfação se deu da melhor forma possível<sup>175</sup>, o que, infelizmente, não ocorre atualmente no Brasil.

Diante disso, ao se propor a satisfação do suficiente como referencial à justiciabilidade, busca-se assegurar que o reconhecimento dos direitos fundamentais pelos tribunais leve a sua satisfação no maior grau possível e não no mínimo, como tem ocorrido.

Mais do que isso, busca-se a imposição da efetivação desses direitos de forma satisfatória pelo Poder Judiciário, sempre que o os Poderes Executivos e Legislativo deixarem de fazê-lo.

---

<sup>174</sup> DANTAS, Miguel Calmon, *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 500.

<sup>175</sup> DANTAS, Miguel Calmon, *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 502-505.

### 3.3 REQUISITOS NECESSÁRIOS À EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

#### 3.3.1 A extensão da liberdade de conformação pelo Poder Legislativo

O Poder Legislativo brasileiro é exercido pelo Congresso Nacional, que é bicameral, composto pelo Senado e pela Câmara de Deputados, conforme disposição do art. 44 da Constituição Federal. Essa esfera de poder garante a materialização do Estado Democrático de Direito, vez que é a representação da soberania popular, porquanto os membros são escolhidos por meio de eleição, revelando os anseios e as expectativas nacionais.

O legislador, portanto, tem o papel de manifestar a vontade da população por meio do mecanismo legal adequado, conformando o ordenamento jurídico. É também da atribuição desse Poder, embora de iniciativa do Poder Executivo, na forma do art. 165 da CF/88, a disposição sobre o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, que servem para orientar os objetivos, as metas e as prioridades da administração pública, assim como tem a função de reduzir as desigualdades inter-regionais.

Como já amplamente tratado, sabe-se que o constituinte originário previu como fundamentais os direitos sociais, dentre eles, portanto, o direito à educação. E, diante do panorama anteriormente apresentado, uma atuação conjunta dessas esferas de poder são essenciais para a efetivação daqueles direitos.

Desse modo, ao compreender-se o Poder Legislativo como elemento nuclear dos aspectos orçamentários na República brasileira, confere-lhe também a responsabilidade de, além do seu âmbito criativo, fazer previsões que sejam conformadoras dos direitos promulgados pelo constituinte originário, tendo em vista que é a partir do orçamento que se concretiza direitos.

É preciso, portanto, que os Poderes Legislativo e Executivo tenham um comportamento harmônico. A ausência desse equilíbrio tende a gerar a atuação do Poder Judiciário sob o argumento de se garantir a materialização das políticas públicas que não são garantidas pela administração pública de forma satisfatória.

Por isso, Gustavo Amaral compreende que “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macro justiça<sup>176</sup>”.

Desse modo, até para evitar que o ativismo se perpetue como forma de atender aos desejos e necessidades de uma sociedade que, insatisfeita com a realidade que a cerca, recorre ao Judiciário na tentativa de ter os seus direitos garantidos e preservados, é que o trabalho do Poder Legislativo, no sentido de previsão de normas jurídicas, deve estar em consonância com o do Poder Executivo para alcançar políticas públicas mais efetivas.

Nesse sentido, Miguel Calmon Dantas afirma que “a função precípua do legislativo é o desenvolvimento dos direitos fundamentais, atuando discricionariamente quanto à definição dos meios e da extensão e sentidos dos direitos fundamentais<sup>177</sup>”.

E mais. A força normativa da Constituição fortalece a possibilidade de sua exigibilidade perante o judiciário, o que enfatiza a discussão quanto aos limites do ativismo judicial. Tema, aliás, que embora apresente bastante tensão doutrinária<sup>178</sup>, não será delineado no presente texto por extrapolar o seu recorte metodológico.

Registre-se que o poder conformador do legislador está diretamente vinculado às normas constitucionais, de modo que o seu comportamento comissivo é orientado por tais disposições. O aplicador do Direito, porém, depara-se com outra limitação, ao reverso da primeira, surgida em decorrência da evolução dos direitos fundamentais, visualizada em sua omissão: “a efetivação de uma ampla gama de direitos fundamentais depende, em graus diversos, de acordo com o direito de que se trata, de prestações normativas cuja competência é deixada ao legislador<sup>179</sup>”.

---

<sup>176</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha* - em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. São Paulo: Renovar, 2001, p. 39.

<sup>177</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 510.

<sup>178</sup> SILVA, Diego Bacha e Silva. *Os contornos do ativismo judicial no Brasil : o fetiche do judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes*. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/502923>> Acesso em: 20 mai. 2016.

<sup>179</sup> GOMES, Felipe Lima; TALEIRES, Janaína Sena. *A liberdade de conformação do legislador no âmbito*

Desse modo, imperiosa é a atuação do Poder Legislativo, sob pena de frustração dos comandos da própria Constituição Federal, que tem como pontos cruciais os direitos fundamentais, incluindo o direito à educação, básico ao desenvolvimento social, revelando-se um dos mais importantes mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais.

### **3.3.2 Justiciabilidade do direito à educação**

Como visto, a justiciabilidade se dá pelo reconhecimento de determinado direito pelo Poder Judiciário e, conseqüentemente, pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Superiores.

Nesse sentido, no que se refere ao Direito à educação, observa-se que muitas demandas têm sido levadas ao judiciário, de modo que tem cabido a ele decidir sobre a aplicabilidade e, tantas vezes, garantir a efetividade desse direito no caso concreto.

Como visto, entretanto, assegurar a efetividade dos direitos é função precípua do poder Executivo, cabendo ao Legislativo criar leis que impulsionem e direcionem a atuação do Executivo em prol da satisfação das previsões constitucionais, o que, obviamente, inclui os direitos fundamentais.

Ocorre, todavia, que na insuficiência do desenvolvimento legislativo do direito em questão, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, proferir decisão que assegure ao cidadão a efetivação do direito pleiteado que, embora devesse ter sido satisfeito pelo Estado, não foi.

Ou seja, há, nesses casos, a ampliação, por via jurisdicional, do nível de prestação respectivo em detrimento da “omissão inconstitucional parcial superveniente<sup>180</sup>”. A superveniência, explica Miguel Calmon Dantas, se dá “pela não atualização dos níveis de prestação necessários à satisfação suficiente das necessidades

---

dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d3696cfb815ab692>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

<sup>180</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 505.

existenciais destinadas à garantia do conteúdo ótimo”<sup>181</sup>, já previstas pelo constituinte originário em 1988.

Nesse sentido, cumpre registrar que não se defende no presente trabalho a separação total dos poderes, mesmo porque, em pleno século XXI, é comum perceber a existência e os reflexos diretos da interferência e harmonização das funções estatais.

Essa realidade é ratificada por meio das obrigações típicas e atípicas de cada órgão e, também, pela necessidade de concretização dos princípios e direitos fundamentais, bem como pela manutenção das garantias individuais consagradas no decorrer do desenvolvimento humano<sup>182</sup>.

Evidencia-se, pois, já não ser cabível a conclusão de independência total entre os poderes, devendo prevalecer a harmonização entre eles em busca de um liame entre a Constituição e a realidade social, ou seja, da efetivação da vontade constitucional.

Entretanto, harmonização não implica usurpação de competência e nem deve ter o condão de transferir as funções típicas de um poder para o outro. Apesar disso, muitas vezes, tem cabido ao judiciário intervir em prol da satisfação dos Direitos sociais pelo Estado, o que inclui o direito à educação.

Nesse sentido, Carolina Martins, após realizar pesquisa vasta acerca de julgados referentes ao direito à educação, evidencia alguns prejuízos causados pela justiciabilidade do referido direito. Esses prejuízos decorrem do fato de que o referido direito passa a ter a sua efetividade, em determinadas situações, regulada pelo Poder Judiciário que não tem o conhecimento Legislativo necessário sobre os recursos e planos destinados à satisfação do processo educacional brasileiro<sup>183</sup>.

Assim, destaca-se que o Judiciário acaba tratando a educação como um direito individual, porque diz respeito a uma demanda individualizada, sendo tendente a concedê-lo no caso concreto quando aparece na forma de interesse protegido

---

<sup>181</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 505.

<sup>182</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Cit., p. 863.

<sup>183</sup> MARINHO, Carolina Martins. *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise dos julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*. Dissertação de mestrado apresentada no programa de pós graduação da Universidade de São Paulo, 2009, p. 13.

juridicamente, como nas hipóteses de demandas por acesso ao ensino infantil, solicitação de números de alunos em sala de aula, etc<sup>184</sup>.

Por outro lado, quando os direitos sociais surgem de forma mais dispersa, revelando uma demanda coletiva, o Judiciário apresenta maior dificuldade, justamente porque se trata de demanda que exige além do conhecimento técnico, vez que necessita de conhecimento mais amplo da política educacional como um todo e não apenas do conflito fragmentado ali apresentado. É o que ocorre, portanto, nas demandas que versam sobre construção de escolas, realização de ensino educacional, organização do ensino público, entre outros<sup>185</sup>.

Diante disso, é preferível evidentemente que os direitos fundamentais sejam devidamente desenvolvidos e executados pelo poder público, sem a incidência das pressões provenientes de decisões judiciais que exijam prestações relativas a determinado direito<sup>186</sup>.

Isso, porém, exige um compromisso sério de mudança na atuação dos Poderes Executivo e Legislativo capaz de inibir a necessidade de intervenção jurisdicional para a garantia dos direitos sociais e, evidentemente, do direito à educação.

Desse modo, se efetivada a referida mudança, será possível admitir uma postura de auto-contenção pelo judiciário, visando respeitar o exercício das respectivas funções típicas dos outros dois poderes<sup>187</sup>.

Entretanto, destaca Miguel Calmon Dantas, “se não for o caso e se a via democrática falhar, distanciando-se a vontade dos representantes quanto à dos representados pelo déficit de promoção dos direitos fundamentais, não resta alternativa senão a tutela jurisdicional<sup>188</sup>”.

E, na hipótese de necessidade de intervenção do Poder Judiciário, a justiciabilidade,

---

<sup>184</sup> MARINHO. Carolina Martins. *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise dos julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*. Cit., p. 13.

<sup>185</sup> MARINHO. Carolina Martins. *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise dos julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*. Cit., p. 13.

<sup>186</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 505.

<sup>187</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 505.

<sup>188</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 505.

ou seja, o reconhecimento do direito à educação deve se dá de forma satisfatória e não mínima.

Assim, caberá ao judiciário fazer a análise em torno da razoabilidade, proporcionalidade, e confiança no poder público, para, então, decidir a ideal maneira de garantir a satisfação suficiente desse direito.

Nesse sentido, observa-se que a justiciabilidade de todos os direitos, destacando os direitos fundamentais sociais, deve ser afirmada com base nos referenciais advindos da ideia de máximo existencial em contraponto à necessidade de controle das condutas comissivas e omissivas do Estado, afastando-se a categoria do mínimo existencial em prol da realização do conteúdo essencial ótimo<sup>189</sup>.

Diante do exposto, propõe-se a minimização da justiciabilidade do direito à educação e, conseqüentemente, o sério comprometimento dos Poderes Legislativo e Executivo em exercerem as suas funções típicas em busca do alcance da efetivação do direito à educação no maior grau possível.

Outrossim, em havendo a necessidade de atuação do Poder Judiciário para garantir a prestação do direito em questão, dever-se-á buscar a sua realização tendo como referencial a satisfação possível para o real alcance do conteúdo essencial ótimo.

---

<sup>189</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Cit., p. 08.

## 4 CULTURA CONSTITUCIONAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

### 4.1 O DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA

Antes de tratar sobre o direito fundamental à cultura, necessário se faz explicitar alguns dos diversos significados conferidos à palavra cultura, bem como aquele adotado no presente trabalho.

Segundo Milton Santos, o conceito de cultura está diretamente atrelado às manifestações da autenticidade, liberdade e integridade. Trata-se, assim, de manifestação coletiva que une as manifestações do passado, as formas do presente e as aspirações sobre o futuro<sup>190</sup>.

Tem, portanto, de resultar das relações íntimas dos seres humanos com o seu meio, vindo a ser “o grande cimento que defende as sociedades locais, regionais e nacionais contra as ameaças de formação ou dissolução de quem podem ser vítimas<sup>191</sup>”.

Para Marilena Chaui, por sua vez, a cultura apresenta três significados iniciais. O primeiro diz respeito ao aprimoramento da natureza humana pela educação em sentido amplo, o que inclui a formação das crianças por meio da alfabetização, mas também pela iniciação à vida em sociedade, por meio de atividades como dança, exercícios mentais, físicos, aprendizado de gramática, história, poesia, ou seja, desenvolvimento de formas de conhecimento<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> SANTOS. Milton. *Da cultura à indústria cultural*. Disponível em: <<https://culturareligare.wordpress.com/2007/10/26/da-cultura-a-industria-cultural-milton-santos/>>, 2007. Acesso em: 06 mai. 2016.

<sup>191</sup> SANTOS. Milton. *Da cultura à indústria cultural*. Cit.

<sup>192</sup> CHAUI. Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Editora Ática. 2003, p. 246.

Nesse sentido, explica a autora que “a cultura é uma segunda natureza que a educação e os costumes acrescentam à natureza de cada um, isto é, uma natureza adquirida, que melhora, aperfeiçoa e desenvolve a natureza inata de cada um<sup>193</sup>”.

Já o segundo significado, surgido a partir do século XVIII, entende a cultura como campo instituído pela ação dos seres humanos, que escolhem livremente seus atos, conferindo-lhes sentidos, finalidades e valores, porquanto compreendem a diferença entre bom e mau, falso e verdadeiro, nocivo e útil<sup>194</sup> etc.

Finalmente, com o fortalecimento desse segundo sentido, surge a terceira interpretação dada à cultura, qual seja, aquela oriunda da relação com os seres humanos organizados socialmente, o tempo, o espaço e a natureza, que se transforma com o tempo e com as condições ambientais apresentadas. A cultura, dessa forma, passa a ser sinônimo de história<sup>195</sup>.

Observa-se, portanto, que em todas as concepções, a cultura é tida como elemento criado pelo ser humano na busca de atender as suas próprias necessidades. Embora inicialmente não se opusesse à ideia de natureza humana<sup>196</sup>, posteriormente, diferenciou-se e se caracterizou, justamente, por não ser fruto da causalidade, mas da ação humana.

O presente trabalho, por sua vez, adotará a terceira aceção de cultura apresentada pela autora, qual seja, a de cultura como sinônimo da história de um determinado povo, o que perpassa pela concepção de instituto proveniente da ação humana, pela inclusão e observação das relações entre as pessoas, entre estas e a natureza, bem como as alterações ocorridas na forma de pensar daquele grupo (povo) ao longo do tempo.

Evidenciado, portanto, o conceito de cultura aqui adotado, passa-se a tratar do Direito fundamental à Cultura.

---

<sup>193</sup> CHAUI. Marilena. *Convite à Filosofia*. Cit., p. 246.

<sup>194</sup> CHAUI. Marilena. *Convite à Filosofia*. Cit., p. 246.

<sup>195</sup> CHAUI. Marilena. *Convite à Filosofia*. Cit., p. 247.

<sup>196</sup> Aquilo que existe sem interferências, o indivíduo já nasce possuindo, sendo quase que algo instintivo.

A Constituição Federal, em seu artigo 215, assegura a todos o pleno exercício dos direitos culturais.

Inicialmente, registre-se que, embora não tenha sido tratado no art. 6º da CF, trata-se também de um direito social, porquanto depende de uma ação positiva do Estado, bem como é dotado de universalidade, devendo ser garantido a todos<sup>197</sup>.

Segundo José Afonso da Silva, o direito à cultura é fundamental constitucional e exige a prestação estatal para a realização de uma política cultural oficial<sup>198</sup>.

O referido autor indica os direitos que integram o conjunto normativo de cultura como os de liberdade de expressão da atividade intelectual, artística e científica; direito de criação cultural; direito de acesso às fontes da cultura nacional; direito de difusão das manifestações culturais, livres de discriminação e censura; direito de proteção às manifestações das culturas populares indígenas e afro-brasileiras e de outros grupos da nação brasileira; e o direito-dever do Estado de formar e manter o patrimônio cultural brasileiro<sup>199</sup>. Observa-se, pois, tratar-se de um direito extremamente amplo.

Cumprir registrar, nesse sentido, que o direito à cultura vem sofrendo algumas alterações com o passar tempo, já que como criação humana que visa atender às necessidades humanas, precisa condizer com ou mesmo representar a realidade existente.

Desse modo, em 2005, foi promulgada a EC 48, a qual incluiu o § 3º ao art. 215, estabelecendo o Plano Nacional de Cultura<sup>200</sup>. Em 2012, foi aprovada a EC n. 71, estabelecendo um sistema nacional de cultura, fundamentado no processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura entre os entes federativos, acrescentando, portanto, o art. 216-A.

---

<sup>197</sup> SILVA. José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Cit., p. 317.

<sup>198</sup> SILVA. José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*, São Paulo: Malheiros, 2001, p.15.

<sup>199</sup> SILVA. José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. Cit., p. 48.

<sup>200</sup> O referido plano “de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do país, uma lacuna, de fato, irrefutável, e à integração das ações do Poder Público que conduzam a (i) defesa e valorização do patrimônio Cultural brasileiro; (ii) produção, promoção e difusão de bens culturais; (iii) formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; (iv) democratização do acesso aos bens de cultura; e (v) valorização da diversidade étnica regional”. (TAVARES. André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Cit., 2015, p. 759.)

E, em 2013, a EC n. 75 acrescentou nova hipótese de imunidade tributária incidente sobre fonogramas e videogramas musicais produzidos no Brasil ou contendo obras musicais ou literomusicais produzidas por brasileiros<sup>201</sup>.

Nesse sentido, observa-se a valorização da cultura brasileira, ou melhor, o incentivo ao desenvolvimento e à preservação do direito à cultura no Brasil.

Cumprir observar, entretanto, que é comum a existência de confusão entre o conceito de cultura e educação, o que se observa da dificuldade existente de empregar as expressões “nível cultural” e “grau de escolaridade”.

Ocorre que, embora se aproximem em alguns pontos ou mesmo um faça parte do outro, tratam-se de institutos distintos e, portanto, de direitos distintos, os quais devem ser conhecidos e respeitados em suas particularidades.

Para tanto, o tópico seguinte esclarecerá a distinção entre os direitos supramencionados.

#### **4.1.1 Direito à cultura x direito à educação**

Como visto nos capítulos anteriores, os direitos fundamentais à educação e cultura possuem objetos distintos, embora possuam os mesmos destinatários e pertençam à mesma categoria, qual seja, a dos direitos sociais. Assim, deve-se afastar qualquer confusão que possa levar à errônea conclusão de que o direito à educação e à cultura são expressões sinônimas.

Desse modo, buscar-se-á desenvolver nesse capítulo algumas comparações entre os referidos direitos, evidenciando as diferenças, semelhanças e conexão existentes entre eles.

Primeiramente, destaque-se que se trata de direitos com objetos distintos. Isso porque, enquanto o objeto do direito à educação é assegurar o direito à instrução, bem como o direito a uma política nacional, entendida como um conjunto de “intervenções juridicamente organizadas e executadas em termos de um processo de formação da sociedade, visando oferecer aos integrantes da comunidade social

---

<sup>201</sup> TAVARES. André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Cit., p. 760.

instrumentos a alcançar os seus fins<sup>202</sup>; o objeto do direito à cultura, como visto, consiste na observação, valorização e preservação da história, costumes e forma de ser de determinado povo, o que é feito por meio das formas apontadas nos tópicos anteriores.

Assim, enquanto o direito à educação, por meio do ensino, visa assegurar o processo de conhecimento do indivíduo, preparando-o para a vida em sociedade, o direito à cultura busca a valorização e a disseminação das manifestações culturais populares, além de fixar as datas comemorativas de relevante importância para os distintos segmentos étnicos nacionais<sup>203</sup>.

Apesar das diferenças existentes, é necessário lembrar o fato de que ambos os direitos são direitos sociais dotados de fundamentalidade, tendo em vista o entendimento ora adotado de que todos os direitos sociais são, também, fundamentais, porquanto possuidores das características essenciais conformadoras e enformadoras dos direitos fundamentais, quais sejam, a universalidade, a preferência e fundamentalidade do interesse ou carência protegida<sup>204</sup>.

Além disso, são direitos direcionados a todos os seres humanos, porquanto perfazem a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante do exposto, se, por um lado, não há que se confundir o direito à educação com o direito à cultura, por outro, também não se pode – nem deve – ignorar a existência de significativa relação entre eles.

Embora não se trate de uma relação sustentada de forma tão explícita pela Doutrina, defende-se nesse trabalho a ideia de que o ensino e, portanto, a educação são meios de disseminação dos aspectos culturais de cada nação.

Assim, é dever das escolas e do sistema educacional de cada país transmitir conhecimentos acerca da cultura e questões de identidade nacional e cultural. Não

---

<sup>202</sup> CAGGIANO. Monica Herman S. A educação. Direito Fundamental. In: *Direito à Educação. Aspectos Constitucionais*. Coord. Nina Beatriz Stocco Ranieri e org. Sabine Righetti. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009. p. 23.

<sup>203</sup> MORAES. Alexandre de. *Direito Constitucional*. Cit., p. 820.

<sup>204</sup> CAGGIANO. Monica Herman S. A educação. Direito Fundamental. In: *Direito à Educação. Aspectos Constitucionais*. Coord. Nina Beatriz Stocco Ranieri e org. Sabine Righetti. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009. p. 22-23.

se diz, entretanto, que essa é a única forma de disseminação cultural, mesmo porque, como se sabe, a cultura é também evidenciada por meio dos costumes e hábitos que perpassam gerações e vão se formando, organizando e reajustando com o decurso do tempo.

Nesse sentido, Raquel Moreira afirma que à educação escolar cabe a reprodução de determinadas características “como saberes, saber fazer e sensibilidade<sup>205</sup>”, mas cabe também a apresentação e o desenvolvimento de uma visão reflexiva sobre a cultura<sup>206</sup>, o que ratifica a ideia de que a educação é meio de e para a disseminação cultural de um determinado povo.

Dessa maneira, em que pese a educação não seja o único meio de disseminação cultural, a sua importância para tanto é inquestionável. E, se assim é, há relação incontestável entre os direitos apresentados, tendo em vista que um é meio de comunicação e disseminação do outro.

Estabelecidos os conceitos de direito à cultura e à educação, questiona-se sobre o que seria uma cultura constitucional, a sua importância e características. Embora tratem-se de questionamentos de difíceis respostas, o tópico seguinte buscará esclarecê-los.

#### **4.1.2 Cultura constitucional como espécie do gênero cultura**

Se, como visto, conceituar a palavra cultura não é tarefa fácil, menos ainda é fazê-lo em relação à expressão cultura constitucional. Isso porque se trata de conceito ainda pouco explorado, embora de relevantíssima importância para a caracterização

---

<sup>205</sup> MOREIRA, Raquel. *Diversidade Cultural e educação escolar: perspectiva comunicativa dialógica para o trabalho pedagógico*. Dissertação de mestrado, apresentada na UFSCAR, 2010, p. 17. disponível em: <[http://www.bdt.d.ufscar.br/htdocs/tedeSimplificado/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=3250](http://www.bdt.d.ufscar.br/htdocs/tedeSimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3250)> Acesso em: 26 abr. 2016.

<sup>206</sup> MOREIRA, Raquel. *Diversidade Cultural e educação escolar: perspectiva comunicativa dialógica para o trabalho pedagógico*. Dissertação de mestrado, apresentada na UFSCAR, 2010, p. 17. disponível em: <[http://www.bdt.d.ufscar.br/htdocs/tedeSimplificado/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=3250](http://www.bdt.d.ufscar.br/htdocs/tedeSimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3250)>, acesso em: 26 abr. 2016.

e efetivação da cidadania de indivíduos ou povos, um dos motivos pelos quais foi objeto escolhido para ser tratado no presente trabalho<sup>207</sup>.

Conforme Paulo Ferreira da Cunha, cultura constitucional é um conceito ausente em parte significativa da doutrina, sendo para outra indiferente, de modo que, embora muitas pessoas usem a expressão “cultura constitucional”, não sabem exatamente do que se trata<sup>208</sup>.

Nesse sentido, o autor explica que o conceito pode ter, em rigor, várias acepções e as aponta. A primeira diz respeito ao plano da sociologia jurídica e da sociologia constitucional, vista como o nível de conhecimento que o povo tem da sua Constituição. Não se trata aqui do conhecimento do conteúdo formal da Constituição, mas de seu conteúdo material, destacando-se para tanto, o conhecimento dos direitos fundamentais<sup>209</sup>.

A segunda diz respeito à opinião que cada indivíduo tem sobre a Constituição, pertencendo, portanto, ao domínio opinativo, dotado de concepção ideológica<sup>210</sup>.

Mas não é só. O autor, finalmente, reconhece a necessidade e existência de um conceito que supera os dois anteriormente apontados, porque os une e vai além. Para esse conceito, a cultura constitucional é um patrimônio ético republicano, devendo ser considerada a importância da Constituição, com base nas virtudes e valores republicanos<sup>211</sup>.

---

<sup>207</sup> O presente trabalho entende que a cultura constitucional é instituto relevantíssimo para uma sociedade e, mais do que isso, para o seu desenvolvimento, bem como do próprio país. Diante disso, e da baixíssima exploração e disseminação do seu conceito e da sua essência, optou-se por destacá-lo, visando explicitar a sua importância e essencialidade para a evolução da sociedade brasileira.

<sup>208</sup> CUNHA. Paulo Ferreira. *Cultura constitucional & revisões constitucionais*. Disponível em: <<http://hottopos.com/isle8/05-16PFC.pdf>> Acesso em: 06 mai. 2016, p. 08.

<sup>209</sup> Esclarece Paulo Ferreira da Cunha que: “O conhecimento dos direitos fundamentais também entra em linha de conta; mas já não, por exemplo, quão rigorosamente se sabe dos poderes do presidente da República... Importa bem mais que se saiba que há liberdade de reunião ou de expressão que conhecer em pormenor aqueles poderes, ou quaisquer outros (no detalhe). Embora continue a ser fundamental saber-se quem pode fazer leis, quem governa, quem julga. E quais os equilíbrios entre os poderes. Como parece óbvio. Mas é também muito importante saber-se que a Constituição abre para grandes avenidas de sonho, para grandes projectos, para os valores políticos fundamentais”. (CUNHA. Paulo Ferreira. *Cultura constitucional & revisões constitucionais*. Disponível em: <<http://hottopos.com/isle8/05-16PFC.pdf>> Acesso em: 06 mai. 2016, p. 8)

<sup>210</sup> CUNHA, Paulo Ferreira. *Cultura constitucional & revisões constitucionais*. Cit., p. 8.

<sup>211</sup> CUNHA, Paulo Ferreira. *Cultura constitucional & revisões constitucionais*. Cit., p. 8.

Pablo Lucas Verdú, ao tratar sobre o sentimento constitucional (expressão sinônima de cultura constitucional), destaca que “o sentimento jurídico supõe a implicação com o ordenamento jurídico e com a idéia da justiça que o inspira e ilumina. Sentir juridicamente é implicar-se com o Direito vigente, com o todo ou em parte dele, dando-lhe apoio<sup>212</sup>”.

Na mesma linha, Manoel Jorge e Silva Neto explica que Cultura Constitucional pode ser definida como as condutas e comportamentos privados ou públicos que buscam preservar a “vontade da Constituição”, efetivar os princípios e normas constitucionais no maior grau possível, bem como disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional<sup>213</sup>.

Ou seja, diante disso, o adequado conceito de cultura constitucional deve perpassar pelo conhecimento da existência de uma Constituição pelo povo; pelo reconhecimento dos direitos que ela traz; e, mais do que isso, pela sua aproximação com a realidade, impondo os valores da República a qual pertence, de modo a ser efetiva e ter a sua legitimidade reconhecida pelos cidadãos.

Ora, diante disso, o texto constitucional não deve ser interessante, apenas, aos juristas, mas texto capaz de ser compreendido como um meio de autorrepresentação de todo o povo, porquanto deve refletir os ideias e necessidades da sociedade, servindo como “fundamento de suas esperanças e desejos<sup>214</sup>”, sendo, portanto, uma “constituição de letra viva”<sup>215</sup>, capaz de representar os interesses, bem como de direcionar os cidadãos de um país.

---

<sup>212</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução e prefácio Agassiz Almeida Filho, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 53.

<sup>213</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Notas essenciais sobre possíveis causas do constitucionalismo brasileiro tardio*. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor.

<sup>214</sup> TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Constituição, cultura e direitos: o direito constitucional como fio condutor da hermenêutica da dignidade*. Disponível em: < [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-255-Artigo\\_Carlos\\_Alberto\\_Simoes\\_de\\_Tomaz\\_%28Constituicao\\_Cultura\\_e\\_Direitos%29.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-255-Artigo_Carlos_Alberto_Simoes_de_Tomaz_%28Constituicao_Cultura_e_Direitos%29.pdf)> Acesso em: 06 mai. 2016.

<sup>215</sup> TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Constituição, cultura e direitos: o direito constitucional como fio condutor da hermenêutica da dignidade*. Cit.

Não sem razão, portanto, Gabriel Marques explica que “o pressuposto para que seja efetivamente possível falar em cidadania residiria no conhecimento dos direitos por parte de todos<sup>216</sup>”. Ou seja, a cultura Constitucional é essencial para a conformação de uma cidadania efetiva, bem como de diversos direitos, destacando-se os fundamentais.

Diante disso, explica-se que a cultura constitucional da atualidade precisa se basear em três princípios mínimos, quais sejam: estabilidade da Constituição; prevalência da Constituição sobre os demais Direitos; e constitucionalidade das Leis<sup>217</sup>.

O primeiro princípio apontado tem relação direta com o da segurança jurídica. Isso porque é evidente que se a Constituição, instrumento que prevê a forma de aplicação de outras normas, bem como de condução da sociedade, não for dotada de estabilidade, a sociedade ficará insegura de seguir as previsões constitucionais que, a qualquer momento, podem ser alteradas, desrespeitando o direito assegurado a todo aquele que vive em sociedade: a segurança jurídica.

Assim, esclarece-se que o princípio da segurança jurídica é princípio fundamental e essencial ao homem em sociedade. Nada obstante, observa Eduardo Luiz Penariol ser princípio essencial ao Estado Democrático de Direito, uma vez que viabiliza o desenvolvimento de uma sociedade organizada<sup>218</sup>.

Explica o autor que se o Estado Democrático de Direito visa o alcance do bem estar do cidadão e do seu desenvolvimento social, imprescindíveis se fazem as consequências da aplicação do instituto da segurança jurídica, com o objetivo de assegurar a estabilidade, bem como o sentimento de “confiança na sociedade<sup>219</sup>”.

Logo, a estabilidade constitucional é essencial para a manutenção da confiança da sociedade naquilo que está previsto no texto da Constituição, o que se relaciona

---

<sup>216</sup> MARQUES. Gabriel. Direito a ter Direitos: Hannah Arendt e a Constituição Brasileira. Disponível em: <<http://gabrielmarques.jusbrasil.com.br/artigos/111819333/direito-a-ter-direitos-hannah-arendt-e-a-constituicao-brasileira>> Acesso em: 30 abr. 2016.

<sup>217</sup> CUNHA. Paulo Ferreira. *Cultura constitucional & revisões constitucionais*. Cit., p.8.

<sup>218</sup> PENARIOL. Eduardo Luiz. *A importância da aplicação do instituto da segurança jurídica, no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, frente as frequente alterações legislativas*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11901](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11901)> Acesso em: 07 mai. 2016, p. 8.

<sup>219</sup> PENARIOL. Eduardo Luiz. *A importância da aplicação do instituto da segurança jurídica, no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, frente as frequente alterações legislativas*. Cit., p. 8.

com o reconhecimento da constituição e, conseqüentemente, com o desenvolvimento e manutenção da cultura constitucional.

O segundo princípio diz respeito à supremacia da Constituição, que significa percebê-la como último patamar de um dado sistema positivo, de modo que o seu cumprimento deve ser exigido com maior intensidade do que aquele exigido em relação aos demais textos normativos<sup>220</sup>.

Desse modo, as normas constitucionais possuem caráter imperativo, atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância impõe a utilização de mecanismos próprios de coação para a sua efetivação, ainda que por meio do cumprimento forçado<sup>221</sup>.

O texto constitucional, portanto, deve imperar de forma cogente sobre a sociedade, pois tudo o que venha a contrariá-la, será sujeito ao crivo da nulidade, porque será tido como inconstitucional.

Daí, inclusive, origina-se o terceiro princípio, o da constitucionalidade das leis, referente ao fato de que qualquer lei ou ato normativo que seja contrário à Constituição ou aos princípios constitucionais, não poderá prosperar, porque contraria a vontade do Poder Constituinte Originário e, portanto, vai de encontro às necessidades da sociedade<sup>222</sup>.

Oportuno, ainda, o esclarecimento de Pablo Lucas Verdú sobre uma nação “ter” ou “estar” em Constituição, explicando que estar em constituição significa aplicar os direitos e deveres socioeconômicos inscritos no Código Fundamental Sistemático, ao passo que ter uma Constituição seria possuir um Código Fundamental Sistemático<sup>223</sup>.

---

<sup>220</sup> TAVARES. André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Cit., p. 61.

<sup>221</sup> BARROSO, Luis Roberto, Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. Disponível em: <<http://www.constitutionnet.org/files/Barroso,%20Luis%20R.%20%20Doze%20Anos%20da%20Constituticao%20Brasileira%20de%201988.pdf>> Acesso em 30 abr. 2016.

<sup>222</sup> Nesse ponto, considera-se que a Constituição esteja em conformidade com as demandas e interesses sociais. É, pois, o que se espera de uma Constituição democrática.

<sup>223</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*. Cit., p. 44.

Nesse sentido, resgata o exemplo da Gran Bretanha, que não *tem* uma Constituição no sentido de Código Fundamental Sistemático, mas que *está* em Constituição, uma vez que realiza os seus preceitos fundamentais<sup>224</sup>.

Diante disso, percebe-se que a cultura constitucional é espécie do gênero cultura, porque deve integrar a vida dos cidadãos, não só a título de modelar as condutas sociais, mas de reconhecer a Constituição como instrumento essencial àquele povo e, portanto, conhecido por ele e reconhecido como parte da sua cultura.

Ademais, ratifica-se o entendimento de que a cultura Constitucional é um meio de efetivação dos direitos constitucionais, porquanto é diretamente proporcional o crescimento entre a sua existência e a evolução do país e da concretização das suas normas constitucionais.

## 4.2 O FENÔMENO DO CONSTITUCIONALISMO TARDIO E A CULTURA CONSTITUCIONAL

### 4.2.1 Uma visão geral do fenômeno do constitucionalismo tardio no Brasil

O fenômeno do Constitucionalismo tardio não ocorre somente no Brasil. Aliás, trata-se de fenômeno inerente à maioria dos sistemas constitucionais estrangeiros<sup>225</sup>. Entretanto, em atendimento ao recorte do presente trabalho e em respeito à delimitação temática, far-se-á uma breve análise da sua configuração no Brasil.

Fundamental registrar, também, que a ideia de Constitucionalismo tardio não se resume à adoção tardia de uma Constituição<sup>226</sup>. Isso porque é possível que um país adote tardiamente a sua Constituição, sem necessariamente sofrer consequências negativas no modo de as instituições e sociedade interpretarem a sua Constituição.

---

<sup>224</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural*. Cit., p. 43.

<sup>225</sup> SILVA NETO. Manoel Jorge e. *Notas essenciais sobre possíveis causas do constitucionalismo brasileiro tardio*. Cit.

<sup>226</sup> SILVA NETO. Manoel Jorge e. *Notas essenciais sobre possíveis causas do constitucionalismo brasileiro tardio*. Cit.

É exatamente o que ocorre, por exemplo, com os Estados Unidos da América que, embora tenham tido a sua primeira Constituição em 1787 (Constituição da Filadélfia), não sofrem com o fenômeno ora abordado<sup>227</sup>.

Nesse sentido, Manoel Jorge e Silva Neto conceitua constitucionalismo tardio como fenômeno decorrente de causas históricas, tais como, ausência de cultura constitucional nos estados pós-modernos, organizados por meio de uma constituição, levando à limitação expressiva da efetividade constitucional nas sociedades<sup>228</sup>.

Assim, para tratar de constitucionalismo tardio no Brasil, será essencial esclarecer alguns aspectos acerca da constitucionalização do Direito no Brasil, ou na falta dela.

Em que pese a expressão constitucionalização do Direito possa ter diversas acepções, o presente trabalho ao se referir a ela, estará tratando de “um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico<sup>229</sup>.”

Nesse sentido, esclarece Luis Roberto Barroso que a constitucionalização teria repercutido em todos os ramos do Direito, influenciando as normas infraconstitucionais, na atuação dos três e, inclusive, na relação entre os particulares, como se observa nos estudos referentes à evolução do Direito Civil Brasileiro<sup>230\_231</sup>.

Acrescenta, ainda, que a partir da Constituição de 1988, tendo maior relevância os últimos dez anos, o texto constitucional passou a ter supremacia material e axiológica, demonstrando nova força normativa, tornando-se essencial ao

---

<sup>227</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Notas essenciais sobre possíveis causas do constitucionalismo brasileiro tardio*. Cit.

<sup>228</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Notas essenciais sobre possíveis causas do constitucionalismo brasileiro tardio*. Cit.

<sup>229</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso*. Cit.

<sup>230</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso*. Cit.

<sup>231</sup> SOARES, Lara Rafaelle Pinho. *A vulnerabilidade na negociação processual atípica*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia: Salvador, 2016, p. 30.

atendimento dos interesses jurídicos do país e fazendo parte dos discursos daqueles que operacionalizam o Direito<sup>232</sup>.

Em que pese grande parte da Doutrina defenda a ocorrência de constitucionalização do Direito no Brasil, questiona-se, entretanto, a sua abrangência material, tendo em vista a inefetividade de tantos direitos, destacando-se os sociais por sua relevância para o presente trabalho.

Assim, em opinião divergente à do autor supramencionado, Manoel Jorge e Silva Neto, embora admita a supremacia Constitucional oriunda do neoconstitucionalismo e presente no Brasil desde a Constituição de 1988, afirma que este país ainda não se constitucionalizou efetivamente, havendo um árduo caminho a ser percorrido para que isso ocorra<sup>233</sup>.

Explica o autor que a propagação da falsa ideia de que a dogmática jurídica se constitucionalizou é uma forma de conter a tentativa de consolidar a cultura constitucional no país. “É dizer: instala-se o discurso para inibir a ação”<sup>234</sup>.

E acrescenta que o cientista do Direito, ao invocar a constitucionalização do Direito, afirmando os valores constitucionais, acaba atribuindo a frustração de sua iniciativa aos Poderes e órgãos estatais<sup>235</sup>, quando, em verdade, trata-se da impossibilidade de reprodução daquele ideal jurídico, porquanto ele, embora divulgado, ainda não se firmou no Brasil.

Na mesma linha, Diêgo Argôlo explica que o "Constitucionalismo aparente" - ou seja, a ideia de constitucionalização - implica representação ilusória no que se refere à realidade constitucional, servindo como meio de proteger o sistema político de

---

<sup>232</sup> BARROSO, Luis Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. Cit.

<sup>233</sup> SILVA NETO. Manoel Jorge e. *Notas essenciais sobre possíveis causas do constitucionalismo brasileiro tardio*. Cit.

<sup>234</sup> SILVA NETO. Manoel Jorge e. *Notas essenciais sobre possíveis causas do constitucionalismo brasileiro tardio*. Cit.

<sup>235</sup> SILVA NETO. Manoel Jorge e. *Notas essenciais sobre possíveis causas do constitucionalismo brasileiro tardio*. Cit.

alternativas que possam demonstrar suas falhas<sup>236</sup>. Isso, entretanto, reflete na persistência dos problemas e relações que seriam solucionados, caso as normas constitucionais se efetivassem, bem como impede a ocorrência de diversas alterações sociais.

Veja-se que, de certo modo, é também proposital a ausência de conhecimento e/ou reconhecimento da cultura constitucional pelos brasileiros, uma vez que isso os afasta da compreensão acerca dos seus próprios direitos, ampliando a ignorância populacional e diminuindo a capacidade crítica, de resistência, de questionamento e imposição da sociedade em geral.

Nesse contexto, destaca-se a ideia de Constituição simbólica defendida por Marcelo Neves, porquanto esta, no plano da fundamentação político-ideológica, acabaria por encobrir problemas sociais, impedindo a realização de mudanças efetivas na sociedade<sup>237</sup>.

Explica-se, então, que Constituição simbólica é ordenamento jurídico cujos textos se aproximam da realidade pelo seu caráter normativo jurídico, mas que é utilizado primariamente e exageradamente para atender finalidades políticas, tantas vezes sem qualquer caráter jurídico normativo<sup>238</sup>.

Nesse sentido, observa-se que tanto a constitucionalização simbólica quanto a falsa ideia de constitucionalização do Direito brasileiro buscam, ante a inquietude da população em relação a determinado fato, em textos elaborados às pressas pelo legislador, respostas à aparente demanda social, objetivando esquivar-se de suas reais atribuições<sup>239</sup>.

Assim, revela-se que a inexistência de constitucionalização efetiva é um óbice ao desenvolvimento da cultura Constitucional, sendo essa uma das consequências negativas do constitucionalismo tardio brasileiro.

---

<sup>236</sup> ARGÔLO. Diêgo Edington. *A Constituição simbólica no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-constituicao-simbolica-no-ordenamento-juridico-brasileiro,43520.html>> Acesso em: 07 mai. 2016.

<sup>237</sup> NEVES. Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 164.

<sup>238</sup> NEVES. Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. Cit..

<sup>239</sup> ARGÔLO. Diêgo Edington. *A Constituição simbólica no ordenamento jurídico brasileiro*. Cit.

#### 4.2.2 O desenvolvimento da ideia de cultura constitucional e a realidade brasileira

Como visto, é impossível falar de cultura constitucional sem associá-la ao processo de constitucionalismo tardio do país, tendo em vista que este é um dos fatores impeditivos do desenvolvimento e concretização do sentimento constitucional.

Nesse sentido, cumpre observar a existência de concausas históricas, políticas e jurídicas que afastaram - e ainda afastam - a sociedade da Constituição que a rege, o que inviabiliza a promoção e concretização da cultura constitucional.

Como exemplo de causa histórica, entre outros, deve-se destacar a ausência de pertencimento do povo brasileiro, cuja origem se extrai da forma de colonização sofrida pelo país, colônia de exploração, por meio da qual a cultura lusitana foi imposta aos índios que já habitavam essa terra, bem como aos povos africanos que para ela vieram na condição de escravos.

Nesse contexto, a colonização operacionalizada pelos portugueses levou à formação de grupos coloniais que, norteados pelo mercantilismo e pela influência religiosa, determinou a subordinação política, sociocultural e econômica dos colonizados, o que repercute até os dias de hoje na realidade brasileira<sup>240</sup>.

Assim, oportuna a observação de Milton Santos, no seguinte sentido:

Deformar uma cultura é uma maneira de abrir a porta para o enraizamento de novas necessidades e criação de novos gostos e hábitos, suprepticamente instalados na alma dos povos com o resultado final de corrompê-los, isto é, de fazer com que reneguem a sua autenticidade, deixando de ser eles próprios<sup>241</sup>.

É evidente que essa imposição cultural gerou repulsa aos dominados, “estendendo-se o sentimento para o modelo de sistema jurídico imposto pelo português e

---

<sup>240</sup> SOUSA. Mari Guimarães. *Re-visitando a história: colonização portuguesa e subordinação cultural*. iv enecult - Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura 28 a 30 de maio de 2008 Faculdade de Comunicação/UFBA, Salvador-Bahia-Brasil. Disponível em: <<http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14492.pdf>>. Acesso em: 09 mai. 2016.

<sup>241</sup> SANTOS. Milton. *Da cultura à indústria cultural*. Disponível em: <<https://culturareligare.wordpress.com/2007/10/26/da-cultura-a-industria-cultural-milton-santos/>>, 2007, Acesso em: 06 mai. 2016.

culminando com a presente resistência nacional à efetivação da *vontade da constituição*<sup>242</sup>”.

No que se refere às causas políticas, ganha destaque a ausência de democracia, tendo em vista que a sociedade brasileira possui uma rasa cultura democrática, como se depreende da análise da quantidade de constituições outorgadas e promulgadas no país, sendo apenas cinco promulgadas, razão por que o Brasil viveu 422 anos de tirania e, apenas, 94 de democracia<sup>243</sup>, dos quais apenas 28 de democracia recente e contínua.

Desse modo, se pouco se conhece sobre democracia, pouco também se conhecerá sobre a Constituição existente, uma vez que pautada no sistema democrático e reveladora do Estado Democrático de Direito.

Finalmente, como causa jurídica, indica-se o individualismo jurídico, tendo em vista que, sob influência da doutrina francesa, a visão desenvolvida do Direito foi de um sistema individualista, o qual acabava por desprezar os valores constitucionais relacionados aos interesses da coletividade<sup>244</sup>.

Assim, verifica-se que o individualismo defendido pelos ideais liberais franceses, pautado nos princípios de livre competição e ilimitada autonomia da vontade apenas favoreceu a desigualdade entre ricos e pobres, a exploração dos fracos pelos fortes, o desequilíbrio econômico e a criação de “um direito sem justiça<sup>245</sup>”, o que, sem dúvidas, muito influenciou no mundo contemporâneo e, obviamente, na atualidade brasileira<sup>246</sup>, que ainda tarda em compreender os valores do Estado democrático de Direito e da proteção à coletividade.

---

<sup>242</sup> SILVA NETO. Manoel Jorge e . *O constitucionalismo brasileiro tardio - investigação dogmática e zetética de algumas possíveis causas e efeitos da falta de consciência constitucional no Brasil*. Texto não publicado, mas cedido pelo autor, 2012, p. 29.

<sup>243</sup> SILVA NETO. Manoel Jorge e . *O constitucionalismo brasileiro tardio - investigação dogmática e zetética de algumas possíveis causas e efeitos da falta de consciência constitucional no Brasil*. Cit., p.34.

<sup>244</sup> SILVA NETO. Manoel Jorge e . *O constitucionalismo brasileiro tardio - investigação dogmática e zetética de algumas possíveis causas e efeitos da falta de consciência constitucional no Brasil*. Cit., p.39.

<sup>245</sup> HUNGRIA. Nelson. *O individualismo e o Direito*. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/7x9877.pdf>>. Acesso em: 09 mai. 2016.

<sup>246</sup> HUNGRIA. Nelson. *O individualismo e o Direito*. Cit.

Além disso, observa-se que a questão da constitucionalização simbólica também afasta a ideia de cultura constitucional no Brasil ou, pelo menos, dificulta o seu aprofundamento. Isso porque, embora a Constituição de 1988 seja extremamente eficaz ao se referir à existência dos direitos e princípios fundamentais voltados ao bem estar da sociedade, infelizmente não se pode dizer o mesmo de sua concretização<sup>247</sup>.

A justificativa para essa conclusão, conforme esclarece Marcelo Neves, está no fato de tanto a prática política quanto o contexto social favorecerem uma excludente e restrita concretização das normas constitucionais, o que se revela pela “falta de identificação de sentido das determinações constitucionais”<sup>248</sup> por aqueles que delas necessitam.

Mas não é só. No que diz respeito à estabilidade, enquanto um dos princípios inerentes à cultura constitucional, como visto no capítulo anterior, observa-se não se tratar de característica do sistema jurídico brasileiro.

Observe-se que apesar de a Constituição brasileira possua 28 anos, o seu texto já sofreu quase uma centena de emendas constitucionais, mais especificamente 91, sendo que dessas, 46 foram introduzidas nos últimos 10 anos<sup>249</sup>.

Ora, 91 emendas ao texto constitucional não é alteração irrelevante e, obviamente, gera dificuldade na compreensão do ordenamento jurídico pátrio pelos cidadãos que a ele se submetem, já que há amplas alterações em curto espaço de tempo.

Resta evidente, portanto, a mitigação ao princípio da estabilidade da Constituição, o que, mais uma vez, afasta a concretização do sentimento constitucional do povo brasileiro.

Diante do tanto quanto estudado até aqui, não se pode concluir pela inexistência de cultura constitucional no Brasil, porquanto há um grupo da população - ainda que

---

<sup>247</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 184.

<sup>248</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. *Cit.*

<sup>249</sup> Dados obtidos por meio da análise das seguintes páginas: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc91.htm)> e <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc47.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc47.htm)> Acesso em: 09 mai. 2016.

pequeno - que possui o conhecimento dos seus direitos e deveres e que reclamam do Estado a efetivação dos direitos sociais e das suas garantias fundamentais.

Entretanto, é inquestionável que a abrangência desse sentimento constitucional é baixíssima, o que se justifica por fatores sociais, históricos, políticos e jurídicos e por todas as outras questões apontadas, mas que reflete uma situação que precisa ser urgentemente alterada.

A população brasileira, em sua maioria, desconhece os seus direitos fundamentais, mesmo os básicos para a efetivação da dignidade humana, de modo que convive com a ausência de sua efetivação ou se satisfaz com ações políticas mínimas, sem compreender que não passam do cumprimento de obrigação do Estado.

Assim, embora não se negue no presente trabalho a existência de cultura constitucional no Brasil, afirma-se tratar de instituto carecedor de maior dedicação doutrinária e de disseminação social, porque a sua existência ainda é extremamente restrita e rasteira. Desse modo, a cultura constitucional precisa ser amadurecida e disseminada para que o sentimento constitucional seja parte da nação, podendo trazer significativos avanços ao desenvolvimento do país interna e externamente.

#### 4.3 A BAIXA EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO BRASIL E A AUSÊNCIA DE CULTURA CONSTITUCIONAL

##### **4.3.1 O direito fundamental à educação como meio de disseminação da cultura constitucional**

Diante do que foi estudado no presente trabalho, não há dúvidas quanto à existência dos direitos fundamentais à cultura e à educação. Entretanto, também é inquestionável que a efetividade desses direitos deixa muito a desejar, sobretudo em um Estado Democrático de Direito, nemo qual os direitos sociais são dotados de fundamentalidade, devendo, assim, ser aplicados em seu grau máximo, atendendo às limitações fáticas e jurídicas.

O mesmo, portanto, aplica-se à cultura constitucional, uma vez que, como defendido no tópico anterior, trata-se de espécie do gênero cultura, devendo ser

desenvolvida e disseminada na sociedade e, especialmente, assegurada pelo Estado.

Nada obstante, entendeu-se que a educação é um meio de disseminação de cultura constitucional, o que revela uma situação aparentemente paradoxal. Isso porque, enquanto a ausência ou baixo grau de cultura constitucional dificulta e limita a efetividade dos direitos sociais, na realidade existente, a educação é também um dos meios de disseminar esse sentimento constitucional.

E, tendo restado evidente quanto o baixo grau de cultura constitucional reflete na efetividade direitos fundamentais, defende-se a ideia de que a educação, diante da realidade do país, é um dos meios mais eficientes para a realização da disseminação do sentimento constitucional aqui estudado.

Isso porque se percebe que a maioria dos cidadãos brasileiros, chega à fase adulta sem conhecimento sobre os seus direitos e, mesmo, sobre o significado da Constituição brasileira.

Inclusive, o cenário político atual, no que se refere à discussão acerca da possibilidade de impedimento da Presidente da República, Dilma Rousseff, pelo cometimento ou não de crime de responsabilidade<sup>250</sup>, tem provocado nos discursos políticos uma menção à Constituição Federal, que tem sido propagada pela mídia em geral e, repetida pela sociedade, sem que haja efetivo conhecimento do que seja uma Constituição Federal.

Nesse sentido, uma emissora de grande repercussão nacional, Rede Globo de televisão, veiculou reportagem, no programa Fantástico, que fora ao ar no dia 08 de maio de 2016, tratando acerca da ignorância populacional em relação à Constituição Federal, ratificando a ideia de que a maior parte da população desconhece o significado da Constituição, bem como a sua importância<sup>251</sup>.

---

<sup>250</sup> O art. 89 da Constituição Federal de 1988 indica quais são os crimes de responsabilidade cometidos pelo Presidente da República.

<sup>251</sup> REDE GLOBO DE TELEVISÃO. Reportagem veiculada no programa Fantástico, no dia 08.05.2016, disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/videos/t/edicoes/v/voce-sabe-o-que-e-a-constituicao-fantastico-foi-as-ruas-perguntar/5010146/>>, Acesso em: 12 mai. 2016.

Reconhecendo a necessidade de conhecimento da Constituição pelos cidadãos, o Senador Romário criou o Projeto de Lei n. 70/2015<sup>252</sup> - aprovado pelo Senado - que incorpora o ensino da Constituição ao currículo da educação básica, com o objetivo de ampliar a noção cívica dos estudantes brasileiros, visando explicitar a importância do exercício da cidadania.

Percebe-se, mais uma vez, que a educação é meio eficaz de disseminação de cultura constitucional, devendo ser valorizada e efetivada, enquanto direito social por viabilizar a existência do sentimento constitucional.

#### **4.3.2. Sugestão de disseminação da cultura constitucional por meio da implantação de uma constituição infantil sobre direitos fundamentais**

Por tudo o que foi abordado, importa trazer mecanismos aptos a alterar a realidade encontrada de baixíssimo grau de cultura constitucional existente no Brasil. Para tanto, o presente trabalho apresenta a proposta de implantação de uma Constituição infantil, em forma de texto literário, como contribuição ao desenvolvimento do sentimento constitucional pelos brasileiros.

Assim, a ideia de implantação de uma constituição infantil que verse sobre os direitos fundamentais surgiu da identificação do baixo grau de conhecimento e reconhecimento da cultura constitucional pelos brasileiros.

Desse modo, encontrando na educação meio eficaz de disseminação desse sentimento constitucional, pensou-se em um livro capaz de apresentar às crianças a existência da Constituição Federal, bem como muitos dos seus direitos fundamentais, obviamente em linguagem adequada à faixa etária a qual a proposta se destina.

A escolha pelo público infantil se deve ao fato da busca pela formação de cidadãos engajados e conscientes do seu papel, dos direitos e deveres, desde a infância, para que possam efetivá-los na fase adulta. Nesse sentido, oportuno o entendimento de Pitágoras de que ao educar as crianças, evita-se a necessidade de punir os adultos.

---

<sup>252</sup> Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119869>>, Acesso em: 12 mai. 2016.

Em que pese essa ideia tenha sido pensada antes mesmo da apresentação do PL 70/2015, o momento atual se mostra extremamente oportuno para a sua execução, tendo em vista a aprovação do projeto que, como visto, incorpora o ensino da Constituição ao currículo da educação básica.

Desse modo, o projeto de implantação de uma constituição será anexado ao presente trabalho, como incentivo à disseminação da cultura constitucional brasileira, considerando a relevância desse sentimento constitucional para o desenvolvimento da sociedade e do país.

## 5 CONCLUSÃO

1. A compreensão do conceito de constitucionalismo é fundamental para o esclarecimento de questões relacionadas à aplicabilidade e interpretação das normas constitucionais, da própria importância da Constituição e do desenvolvimento dos direitos fundamentais.
2. Nesse sentido, entende-se como constitucionalismo o fenômeno de inserção da Constituição nas sociedades, o qual se deu de forma gradual e evolutiva, atingindo tanto os países que adotam o sistema de civil law, quanto os que seguem o civil law.
3. O constitucionalismo se desenvolveu e desenvolve ao longo do tempo, perpassando pelo constitucionalismo primitivo, clássico, social, moderno ou neoconstitucionalismo, até chegar ao atual constitucionalismo multinível.
4. Com o decorrer do tempo, o leque dos direitos fundamentais foi se tornando mais amplo na tentativa de assegurar uma vida digna a cada indivíduo, surgindo a necessidade da adequação do Direito e, portanto, dos direitos fundamentais às novas demandas sociais.
5. Direitos fundamentais são aqueles direitos materiais reputados como fundamentais pelo poder constituinte originário de determinado Estado.
6. As normas de direitos fundamentais consagradoras de direitos subjetivos e individuais, bem como as que impõem obrigações de cunho objetivo aos poderes públicos, podem possuir natureza de regras ou princípios.
7. A teoria dos direitos fundamentais, pautada nos ideais liberais do século XVIII, existente defende a inexistência de superioridade dos direitos de uma dimensão sobre a outra, mas a sua essência explicita o contrário.
8. Os direitos sociais, em que pesem assegurados constitucionalmente, não são propiciados de forma sequer razoável à sociedade brasileira, o que gera o

questionamento sobre a causa da sua baixa efetividade, bem como sobre a sua fundamentalidade.

9. Os direitos sociais, de acordo com a teoria existente, teriam surgido como freios à eficácia econômica e liberdade pessoal, não sendo bem recebidos pelos neoliberalistas.

10. Atualmente, os direitos sociais se apresentam como expectativas relacionadas à satisfação de necessidades básicas do ser humano referentes à saúde, moradia, trabalho, alimentação, educação etc. São reconhecidos por meio das Constituições de cada país e Tratados Internacionais, recebendo o status de direitos fundamentais e humanos, respectivamente.

11. Deve ser afastada a ideia de que os direitos sociais surgiram após os direitos civis e políticos, de forma tardia, na metade do século XX. Isso porque se tratam de direitos surgidos na segunda metade do século XIX, estendendo-se até o século XX, quando, depois do pós-guerra, veio a se solidificar.

12. Os problemas acerca do posicionamento dos direitos sociais também se revelam no âmbito das normas do direito internacional, que evidenciam a distinção ao tratamento conferido aos direitos sociais e os de primeira dimensão, localizá-los em tratados distintos (PIDCP e PIDESC), ambos de 1966, conferindo-lhes importâncias distintas.

13. A própria configuração e estruturação dos direitos sociais no Brasil e no mundo repercute na sua aplicação defasada em relação aos direitos de proteção.

14. Os direitos sociais no Brasil são aplicados em seu grau mínimo, não atendendo de forma satisfatória a maioria da população e não cumprindo, portanto, o seu objetivo estruturante de minimizar a desigualdade, assegurando a igualdade material.

15. O presente trabalho sustenta a fundamentalidade dos direitos sociais, apresentando esses direitos como extensão dos direitos de defesa, qualificando-os como direitos fundamentais, já que apenas com a efetivação dos direitos sociais, os direitos civis e políticos conseguem ser realizados de forma satisfatória.

16. A teoria existente dos direitos fundamentais se mostra ultrapassada, porquanto não consegue assegurar a eficácia dos seus direitos em grau máximo, sobretudo no

que se refere aos direitos sociais, porque sustenta um ideal neoliberalista já não condizente com o contexto social atual.

17. A teoria adequada dos direitos fundamentais será aquela capaz de reformular e recontextualizar a concepção dos direitos sociais e das demais dimensões, conferindo-lhes a mesma importância, e, portanto, a mesma efetividade assegurada aos de primeira dimensão, mas também aquela que busca a real efetivação da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, de todos os direitos necessários para a sua realização.

18. Entende-se por educação, em sentido estrito, o processo educacional organizado e sistematizado; e, em sentido amplo, representa um processo permanente, cujo desenvolvimento se dá durante toda a vida do ser humano.

19. A educação é direito humano, fundamental e social, porque além de ser prerrogativa essencial à qualidade humana e, conseqüentemente, à dignidade da pessoa humana, é reconhecido como tal pela Constituição Federal e por diversos instrumentos internacionais.

20. Os principais problemas relacionados à educação atualmente são a má qualidade da educação nas instituições de ensino, a exclusão escolar e a conseqüente permanência dos alunos.

21. Embora o Brasil tenha melhorado na busca pela qualidade da educação, o problema da desigualdade social faz com que os referidos resultados não alcancem alguns grupos. Assim, muitas crianças e adolescentes são excluídos em razão de sua raça ou etnia, condição física, social, gênero ou local de moradia.

22. Educação de qualidade é conceito histórico que se altera no tempo e no espaço, de acordo com a realidade do local e da sociedade em que é aplicado, devendo ser construída em duas dimensões, quais sejam, a intra e a extraescolar.

23. O foco do Brasil, atualmente, não deve ser somente no acesso, mas na permanência dos alunos na escola, bem como a manutenção de um ensino de qualidade capaz de promover mudanças significativas na vida pessoal do estudante e, conseqüentemente, no próprio país.

24. O direito à educação, direito social dotado de fundamentalidade, deve ter a sua efetivação em grau máximo como um pressuposto da dignidade da pessoa humana,

o que implica afastamento da ideia do mínimo existencial e aplicação do direito fundamental ao máximo existencial.

25. A efetivação do direito à educação apenas ocorrerá quando a sua prestação for satisfatória e, portanto, capaz de repercutir no desenvolvimento do sujeito e do país.

26. A satisfação suficiente como referencial à justiciabilidade visa assegurar que o reconhecimento dos direitos fundamentais pelos tribunais garanta a realização desses direitos no maior grau possível e não no mínimo, modificando a sistemática atual pautada no mínimo existencial.

27. É essencial a atuação do Poder Legislativo na garantia do direito fundamental à educação, sob pena de frustração dos comandos da própria Constituição Federal.

28. O conceito de cultura constitucional perpassa pelo conhecimento da existência de uma Constituição pelo povo; pelo reconhecimento dos direitos que ela traz; e, para além disso, pela sua aproximação com a realidade, impondo os valores da República a qual pertence, de modo a ser efetiva e ter a sua legitimidade reconhecida pelos cidadãos.

29. A cultura constitucional precisa se basear em três princípios mínimos, quais sejam: estabilidade da Constituição; prevalência da Constituição sobre os demais Direitos; e constitucionalidade das Leis.

30. A inexistência de constitucionalização efetiva é um óbice ao desenvolvimento da cultura Constitucional, sendo essa uma das consequências negativas do constitucionalismo tardio brasileiro.

31. A cultura constitucional existe no Brasil, entretanto em nível baixíssimo, precisando ser amadurecida e disseminada para que o sentimento constitucional seja parte da nação, podendo trazer significativos avanços ao desenvolvimento do país interna e externamente.

32. A educação é um meio de disseminação de cultura constitucional, o que revela uma situação aparentemente paradoxal, uma vez que enquanto a ausência ou baixo grau de cultura constitucional dificulta e limita a efetividade dos direitos sociais, na realidade existente, a educação é também um dos meios de disseminar esse sentimento constitucional.

33. O presente trabalho sugere a implantação de uma constituição infantil como incentivo à disseminação da cultura constitucional brasileira, considerando a relevância desse sentimento constitucional para o desenvolvimento da sociedade e do país.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha - em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. São Paulo: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

ARGÔLO. Diêgo Edington. *A Constituição simbólica no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-constituicao-simbolica-no-ordenamento-juridico-brasileiro,43520.html>> Acesso em: 07 mai. 2016.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do Direito” e “o direito da ciência”. In: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, número 17- janeiro/ fevereiro/ março de 2009, p.02. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>> Acesso em: 22 nov. 2015.

BARROSO, Luis Roberto, Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. Disponível em: <<http://www.constitutionnet.org/files/Barroso,%20Luis%20R.%20%20Doze%20Anos%20da%20Constituticao%20Brasileira%20de%201988.pdf>> Acesso em 30 abr. 2016.

BASÍLIO, Ribeiro. *Direito à educação: um direito essencial ao exercício da cidadania. Sua proteção à luz da Teoria dos Direitos fundamentais e da Constituição brasileira de 1988*. Dissertação apresentada ao departamento de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 33. Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?url=http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02122009-152046/publico/Dione\\_Ribeiro\\_Basilio\\_Dissertacao.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwigqLjZi5LNAhUC9R4KHWKwCpEQFggUMAA&usg=AFQjCNGX9qhokFmVNplGEGLIYMjyDLY8Q](http://www.google.com.br/url?url=http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02122009-152046/publico/Dione_Ribeiro_Basilio_Dissertacao.pdf&rct=j&frm=1&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwigqLjZi5LNAhUC9R4KHWKwCpEQFggUMAA&usg=AFQjCNGX9qhokFmVNplGEGLIYMjyDLY8Q)>, acesso em: 30 mai. 2016.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Temas Atuais de Direitos Fundamentais*. 2. ed. Ilhéus: UESC, 2007.

BOAVENTURA, Edivaldo M. A educação na Constituinte de 1946: comentários. In: FÁVERO, Osmar (org.). *A educação nas constituições brasileiras (1923-1988)*. 3. ed. Campinas: Autores Associados, 2005, p.191-199.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BRASIL. Unicef. Dados disponíveis em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/media\\_30280.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/media_30280.htm)> Acesso em: 17 mai. 2016.

BRASIL. Caixa Econômica Federal. Informações disponíveis em: <<http://www.caixa.gov.br/programas-sociais/bolsa-familia/Paginas/default.aspx>>, Acesso em: 17 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Dados disponíveis em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/pense/2012/>>. Acesso em: 17 mai. 2016.

\_\_\_\_\_. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. Informações disponíveis em: <[http://download.inep.gov.br/educacao\\_basica/censo\\_escolar/resumos\\_tecnicos/resumo\\_tecnico\\_censo\\_educacao\\_basica\\_2013.pdf](http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/resumos_tecnicos/resumo_tecnico_censo_educacao_basica_2013.pdf)>

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação e da Cultura. Informações disponíveis em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=15774-ept-relatorio-06062014&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=15774-ept-relatorio-06062014&Itemid=30192)>. Acesso em: 17.05. 2016.

\_\_\_\_\_. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Informações extraídas do relatório de Desenvolvimento Humano do PNUD. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/arquivos/rdh-2013.pdf>> Acesso em: 17 mai. 2016.

CAGGIANO, Monica Herman S. A educação. Direito Fundamental. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (coord.); RIGHETTI, Sabine (org.). *Direito à educação- Aspectos constitucionais*. São Paulo: Editora da Universidade São Paulo, 2009, p. 19-37.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARBONELL, Miguel. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madri: Trotta, 2007.

CASTRO, Marcelo Lúcio Ottoni de. *A constituição de 1988 e a educação brasileira após 20 anos*, p.12. Disponível em:<<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/educacao-e-cultura-a-constituicao-de-1988-e-a-educacao-brasileira-apos-vinte-anos>>. Acesso em: 20.05.2016.

CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Editora Ática. 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA JR., Dirley. Ativismo Judicial e concretização dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior>> , Acesso em: 05 jun. 2016.

CUNHA. Paulo Ferreira. *Cultura constitucional & revisões constitucionais*. Disponível em: <<http://hottopos.com/isle8/05-16PFC.pdf>> Acesso em: 06 mai. 2016.

CURY. Carlos Jamil. A educação básica no Brasil, p. 02. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v23n80/12929.pdf>> Acesso em: 18 mai. 2016.

DANTAS, Miguel Calmon. *Direito fundamental ao máximo existencial*. Tese de Doutorado defendida na Universidade Federal da Bahia, Salvador-BA, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira, Coleção Justiça e direito, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EPPLÉ, Cristiane. *Direito de autor no século xxi: direito fundamental à cultura, educação e informação versus direito de autor*. Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado – Área de concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas da linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, p. 22. Disponível em: <[http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2010/cristiane\\_epple.pdf](http://www.unisc.br/portal/images/stories/mestrado/direito/dissertacoes/2010/cristiane_epple.pdf)> Acesso em: 05 jun. 2016.

GOMES, Felipe Lima; TALEIRES, Janaína Sena. A liberdade de conformação do legislador no âmbito

dos direitos fundamentais. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d3696cfb815ab692>>. Acesso em: 20 mai. 2016.

GRUPO ABRIL. Dados disponíveis em:

<<http://educarparacrescer.abril.com.br/indicadores/educacao-brasileira-numeros-850741.shtml>> Acesso em: 16 mai. 2016.

HORTA, José Silvério Baía. A educação no Congresso Constituinte de 1966-67. In: FÁVERO, Osmar (org.). *A educação nas constituições brasileiras (1923-1988)*. 3.ed. Campinas: Autores Associados, 2005, p. 201-239.

HUNGRIA, Nelson. *O individualismo e o Direito*. Disponível em:

<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/7x9877.pdf>>. Acesso em: 09 mai. 2016.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: Concretizando a Democracia e os Direitos Sociais*. São Paulo: JusPodivm, 2008.

LINS, Liana Cirne. *A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais – uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva*. Revista de informação legislativa: Brasília, v.46, n.182, p.51-74, abr/jun. 2009, p. 52. Disponível em: <

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194915/000865479.pdf?sequence=3>, acesso em: 05 jun. 2016.

LOEWNSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Tradução por Alfredo Gallego Anabiarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1970.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Tradução e prefácio Agassiz Almeida Filho, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARINHO, Carolina Martins. *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise dos julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*. Dissertação de mestrado apresentada no programa de pós graduação da Universidade de São Paulo, 2009.

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

MARQUES, Gabriel. Direito a ter Direitos: Hannah Arendt e a Constituição Brasileira. Disponível em:  
<<http://gabrielmarques.jusbrasil.com.br/artigos/111819333/direito-a-ter-direitos-hannah-arendt-e-a-constituicao-brasileira>> Acesso em: 30 abr. 2016.

MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. *Análise do Prouni nas dimensões acadêmica e econômico-administrativa: estudo de caso de uma instituição de ensino no município de Salvador/ Bahia*. Tese apresentada no Programa de Pós Graduação *stricto sensu* em educação da Universidade Federal da Bahia, 2015.

MEIRELES, Ana Cristina Costa, *A eficácia dos direitos sociais os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais*. Salvador: JusPodivm, 2008.

MORAES, Alexandre, *Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA, Raquel. *Diversidade Cultural e educação escolar: perspectiva comunicativa dialógica para o trabalho pedagógico*. Dissertação de mestrado,

apresentada na UFSCAR, 2010, p. 17. disponível em:

<[http://www.btdt.ufscar.br/htdocs/tedeSimplificado/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=3250](http://www.btdt.ufscar.br/htdocs/tedeSimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=3250)> Acesso em: 26 abr. 2016.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

OLIVEIRA, Batista de Araújo e. Desigualdade e políticas compensatórias. In: BROCK, Colin e SCHWARTZMAN, Simon. *Os desafios da educação no Brasil*. Trad. De Ricardo Silveira. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2005.

OLIVEIRA, João Ferreira de; DOURADO, Luiz Fernandes. A QUALIDADE DA EDUCAÇÃO: PERSPECTIVAS E DESAFIOS, disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v29n78/v29n78a04.pdf> >. Acesso em: 18 mai. 2016.

PENARIOL, Eduardo Luiz. *A importância da aplicação do instituto da segurança jurídica, no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro, frente as frequente alterações legislativas*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11901](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11901)> Acesso em: 07 mai. 2016.

PINHEIRO, Maria Francisca. O público e o privado na educação: um conflito fora de moda?. In: FÁVERO, Osmar (org.). *A educação nas constituições brasileiras (1923-1988)*. 3.ed. Campinas: Autores Associados, 2005, p.255-291.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

REDE GLOBO DE TELEVISÃO. Reportagem veiculada no programa Fantástico, no dia 08.05.2016, disponível em:

<<http://g1.globo.com/fantastico/videos/t/edicoes/v/voce-sabe-o-que-e-a-constituicao-fantastico-foi-as-ruas-perguntar/5010146/>>, Acesso em: 12 mai. 2016.

SAMPAIO, Marcos, *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Catarina de Almeida; OLIVEIRA, João Ferreira de; DOURADO, Luiz Fernandes. *A Qualidade da Educação: conceitos e definições*. Disponível em: <<http://www2.unifap.br/gpcem/files/2011/09/A-Qualidade-na-educacao-DISCUSS%C3%83O-N%C2%BA-24.pdf>> Acesso em: 19 mai. 2016.

SANTOS, Milton. *Da cultura à indústria cultural*. Disponível em: <<https://culturareligare.wordpress.com/2007/10/26/da-cultura-a-industria-cultural-milton-santos>>, 2007. Acesso em: 06 mai. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos de Possibilidades. In: SARMENTO, Daniel: SARMENTO, Daniel: *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHULTZ, Theodore W. *O capital humano: investimentos em educação e pesquisa*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1973.

SCHWARTZMAN, Simon. Os desafios da educação no Brasil. In: BROCK, Colin e SCHWARTZMAN, Simon. *Os desafios da educação no Brasil*. Trad. De Ricardo Silveira. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Notas essenciais sobre possíveis causas do constitucionalismo brasileiro tardio*. Texto inédito, gentilmente cedido pelo autor.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. *O constitucionalismo brasileiro tardio - investigação dogmática e zetética de algumas possíveis causas e efeitos da falta de consciência constitucional no Brasil*. Texto não publicado, mas cedido pelo autor, 2012.

SILVA, Diego Bacha e Silva. *Os contornos do ativismo judicial no Brasil : o fetiche do judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes*. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/502923>> Acesso em: 20 mai. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

\_\_\_\_\_. *Ordenação Constitucional da Cultura*, São Paulo: Malheiros, 2001.

SMITH, Adam, *A riqueza das nações*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1986.

SOARES, Lara Rafaelle Pinho. *A vulnerabilidade na negociação processual atípica*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia: Salvador, 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Direitos Fundamentais: Reflexões e Perspectivas*. Salvador: JusPodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Tópicos para uma teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://ricardomauciosoares.jusbrasil.com.br/artigos/136228688/topicos-para-uma-nova-teoria-dos-direitos-fundamentais>> Acesso em: 22 abr. 2016.

SOUSA, Mari Guimarães. *Re-visitando a história: colonização portuguesa e subordinação cultural*. iv enecult - Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura 28 a 30 de maio de 2008 Faculdade de Comunicação/UFBA, Salvador-Bahia-Brasil. Disponível em: <<http://www.cult.ufba.br/enecult2008/14492.pdf>>. Acesso em: 09 mai. 2016.

SOUZA, Paulo Nathanael Pereira de. *Educação e Desenvolvimento no Brasil*. São Paulo: Itegrare Editora, 2008.

SOUZA, Marcos Sampaio de. *O conteúdo essencial dos direitos sociais no constitucionalismo brasileiro*. Dissertação de mestrado apresentada na UFBA, 2011, p, 42. Disponível em:

<<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/8973/1/MARCOS%20SAMPAIO%20DE%20SOUZA%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado.pdf>> Acesso em: 16 mar. 2016.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Direito fundamental à educação. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais - Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 771-788.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. *Constituição, cultura e direitos: o direito constitucional como fio condutor da hermenêutica da dignidade*. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-255-Artigo\\_Carlos\\_Alberto\\_Simoes\\_de\\_Tomaz\\_%28Constituicao\\_Cultura\\_e\\_Direitos%29.pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-255-Artigo_Carlos_Alberto_Simoes_de_Tomaz_%28Constituicao_Cultura_e_Direitos%29.pdf)> Acesso em: 06 mai. 2016.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial*. São Paulo: Renovar, 2008.

WINKLER, Donald. Financiamento da educação na América Latina. In: COX, Cristián; SCHWARTZMAN, Simon (editores). *Políticas Educacionais e coesão social Uma agenda latino-americana*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 25-4.

# **ANEXO**

## **CONHECER OS NOSSOS DIREITOS E DEVERES É O PRIMEIRO PASSO PARA TRANSFORMAR O MUNDO**

Desde o início do meu curso de Direito me interessei pelo estudo dos direitos e garantias fundamentais. Assim, pude conhecer a importância que eles possuem e, paradoxalmente, a sua inaplicabilidade no Brasil.

Essa ausência de efetividade sempre me incomodou e resolvi buscar suas causas. Uma delas, entretanto, chamou-me mais atenção e me preocupou bastante: a ausência de cultura constitucional.

Percebendo que o povo brasileiro, em sua maioria, não conhece os seus direitos e deveres, busquei neste projeto uma forma de disseminar a cultura constitucional e introduzir esse conhecimento na vida das crianças brasileiras, tendo em vista que elas são a base primordial de qualquer transformação.

Por tanto, eu, acadêmica de Direito, busquei com o presente projeto, de uma forma leve, mas não despretensiosa, transmitir um pouco do conhecimento constitucional a quem efetivamente pode construir e sonhar com um futuro melhor: as crianças brasileiras.

### **O PROJETO:**

Trata-se de um livro destinado às crianças, o qual, de forma lúdica e educativa, busca conscientizá-las sobre a existência da Constituição Federal, apresentando-lhes muitos dos seus direitos e deveres fundamentais, incentivando a existência de uma cultura constitucional no Brasil, que visa a formação de cidadãos engajados e conscientes do seu papel, dos direitos e deveres, desde a infância.

### **O OBJETIVO:**

O objetivo do projeto é a disseminação da Cultura Constitucional brasileira e, portanto, do sentimento constitucional, apresentando às crianças o conceito e a importância da Constituição, bem como a necessidade de respeitar os direitos e deveres fundamentais de cada cidadão.

Trata-se de uma proposta inovadora, se observado o atual método de ensino, porque proporciona, por meio do conhecimento, que as crianças sejam direcionadas para um futuro de consciência e participação enquanto cidadãs da nossa República Federativa.

### **A RAZÃO PARA APOIAR O PROJETO:**

Apostar nesse projeto é ter a oportunidade de colaborar com um Brasil diferente, mais justo e consciente, uma vez que as crianças da atualidade serão as responsáveis pelas transformações futuras desse país. As grandes construções precisam de base sólida e é por isso que o conhecimento deve ser proporcionado, mesmo que de forma leve e lúdica na infância para ser ampliado e consolidado no decorrer da vida.

**TÍTULO:** A minha primeira Constituição

**SUBTÍTULO:** Conhecendo os meus direitos fundamentais

## **DIREITOS A SEREM TRATADOS:**

1. Direito à vida, igualdade, saúde, educação, liberdade, segurança, lazer, moradia, trabalho, infância.
2. Direito à liberdade de expressão, de crença, de religião, intimidade, honra, vida privada e reunião.
3. Direito à inviolabilidade do domicílio, livre exercício do trabalho, profissão, direito à propriedade.

**OBS.** Os referidos direitos estão elencados entre os artigos 5º e 6º da Constituição Federal.

## **INDICAÇÃO E SIMPLIFICAÇÃO DOS DIREITOS PARA ADAPTAÇÃO À LINGUAGEM INFANTIL**

- Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Todas as pessoas brasileiras e aquelas que não são brasileiras, mas moram no Brasil, possuem os mesmos direitos e deveres e devem ser tratadas da mesma forma, mesmo que sejam diferentes entre si. Não importa a cor do cabelo, da pele, o lugar em que elas nasceram, todas as pessoas devem ser respeitadas.

- I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Homens e mulheres, meninos e meninas têm os mesmos direitos e as mesmas obrigações. Um não é melhor do que do outro e, por isso, devem ser tratados da mesma forma.

- III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Ninguém pode ser maltratado, machucado ou humilhado por outra pessoa.

- IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
- X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Todas as pessoas podem dizer o que pensam e sentem, sem medo ou vergonha, tomando cuidado para não falar nenhuma mentira e não ofender e desrespeitar outras pessoas.

- IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Todas as pessoas podem realizar as atividades, trabalhos, fazer obras de arte, música, pesquisa, mesmo que só ela goste disso e outras pessoas não gostem.

- XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Ninguém pode entrar na casa de outra pessoa, sem pedir ou ser autorizado, a não ser que seja para prestar socorro, impedir um desastre, a ocorrência de um crime ou por determinação da justiça.

- XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

A pessoa pode ser o que quiser quando crescer, desde que estude para isso.

- XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

As pessoas têm o direito de se encontrarem em lugares públicos, como praças, parques, etc., sem violência, sem armas, respeitando o espaço das outras pessoas que já se encontrarem naquele lugar.

- XXII - é garantido o direito de propriedade;

A pessoa é dona daquilo que comprar ou ganhar de alguém. É essa pessoa que tem poder sobre a coisa, resolvendo o que vai fazer com ela. (A ideia é de que quem compra é o respectivo dono do objeto adquirido, bem como ocorre com quem recebe algo de alguém, tendo total domínio sobre o objeto. Para crianças, talvez seja bom associar com o fato de não poder pegar ou usar algo de outra pessoa sem a devida autorização).

- XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Quem não respeitar os direitos de outras pessoas ou ameaçar desrespeitá-los terá a sua conduta analisada pelo Juiz, podendo ser punido por ela. O principal é passar a ideia de que o ato que contraria o Direito, que descumpra deveres e direitos, será analisado e punido, não passando despercebido.

- XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
- XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

É proibido qualquer tipo de discriminação (religiosa, intelectual, de deficientes, opção sexual, etc.), sendo o racismo (discriminação pela cor, etnia) considerado crime. Quem comete racismo pode ser preso.

- XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa;

Aqui seria a ideia de que quem cometer o crime ou desrespeitar o direito será punido, sozinho, pelo seu ato. É destacar que é a própria pessoa que responde pelo ato, não devendo passar essa responsabilidade para uma terceira pessoa. Para criança, é possível associar ao castigo ou à reclamação, desde que seja algo que traga o significado da individualização da sanção.

- XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Importa a ideia de que mesmo aquele que cometeu o ato ilícito, deve ser tratado com respeito, não deixando de ser punido. A punição tem caráter educativo e não destrutivo. Para criança, seria a ideia de que não é possível maltratar uma pessoa

porque ela errou. Ela já receberá a punição necessária para aprender a não repetir o erro.

- Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O artigo já é bem claro. Todas as pessoas têm o direito de receber do Estado educação básica e fundamental (direito de ir à escola e concluir os estudos); saúde (acesso a hospitais públicos, com atendimento de qualidade); toda grávida tem o direito de realizar os exames necessários para a saúde dela do bebê; todas as pessoas devem ter oportunidade de trabalho; todos têm direito a ter uma casa com o mínimo de conforto - pode dizer que algumas são maiores, outras menores, algumas mais ricas e outras mais pobres, mas todos deveriam ter casa. Pode dizer que se as pessoas respeitassem a Constituição, não existiria crianças e adultos que moram na rua; e aqueles que não possuem famílias, ou condições financeiras, devem ser amparados pelo Estado, ficando em abrigos, asilos e orfanatos, sendo bem tratados.