

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ**  
**CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO SOCIAL E O  
PAPEL DAS INSTITUIÇÕES PRIVADAS DE  
ENSINO SUPERIOR NO BRASIL**

**WELLINGTON LINS DE ALBUQUERQUE JUNIOR**

**MANAUS, 2011**

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ**  
**CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**O DIREITO À EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO SOCIAL E O  
PAPEL DAS INSTITUIÇÕES PRIVADAS DE  
ENSINO SUPERIOR NO BRASIL**

**WELLINGTON LINS DE ALBUQUERQUE JUNIOR**

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da  
Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do  
Título de Mestre em Ciência Jurídica.

**Orientador: Professor Doutor Fernando Antonio de Carvalho**

**Manaus, 2011**

## AGRADECIMENTO

À minha esposa, Juliana, com quem escolhi compartilhar  
todos os momentos da minha vida

Ao meu orientador, Prof. Fernando Dantas, pela  
amizade e disposição em dividir momentos de  
sabedoria,

Aos professores do Programa de Mestrado em Ciência  
Jurídica do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em  
Ciência Jurídica – Univali, pelos novos horizontes,

Ao meu irmão e minha irmã pelo apoio incondicional,

A Deus.

## **DEDICATÓRIA**

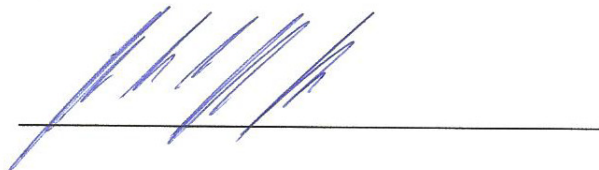
Aos meus pais, Wellington e Maria do Carmo, meus  
primeiros e eternos professores,

Aos meus filhos, Wellington Neto e Luiza, sempre.

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

**Manaus, março de 2013**



**Wellington Lins de Albuquerque Junior**  
**Mestrando**

## PÁGINA DE APROVAÇÃO

## SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>VII</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>VIII</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO 1 - O ESTADO E AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 12</b>	
1.1 ESTADO E SEUS ELEMENTOS: CONCEPÇÃO DOS ELEMENTOS ESTRUTURAIS.....	12
1.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONTEXTOS HISTÓRICOS, INDIVISIBILIDADE E HIERARQUIZAÇÕES .....	22
1.3 DIREITOS SOCIAIS: ABORDAGEM HISTÓRICA E NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA .....	29
<b>CAPÍTULO 2 - O DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>36</b>
2.1 DIREITO À EDUCAÇÃO E O ENSINO SUPERIOR PRIVADO NA CONSTITUIÇÃO .....	36
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À EDUCAÇÃO CONFRONTADO COM O FUNDAMENTO DO ESTADO BRASILEIRO: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	46
<b>CAPÍTULO 3 - O DIREITO À EDUCAÇÃO SUPERIOR COMO DIREITO SOCIAL ..</b>	<b>57</b>
3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO AO ENSINO SUPERIOR PRIVADO COMO EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS INDIVIDUAIS .....	57
3.2 GARANTIA DA IGUALDADE FRENTE À LIBERDADE: UMA ABORDAGEM SOBRE A EDUCAÇÃO COMO AGENTE ATIVO NO PROCESSO DE BUSCA PELA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	63
<b>CAPÍTULO 4 - AS POLÍTICAS PÚBLICAS EM EDUCAÇÃO SUPERIOR COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS .....</b>	<b>65</b>
4.1 DESCENTRALIZAÇÃO E ACESSO AO ENSINO SUPERIOR PRIVADO.....	65
4.2 PARTICIPAÇÃO DO CAPITAL ESTRANGEIRO NO ENSINO SUPERIOR PRIVADO .....	68
4.3 PAPEL POLÍTICO DO ENSINO SUPERIOR PRIVADO NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	70
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>74</b>
<b>REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS .....</b>	<b>77</b>

## RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo principal a análise do direito à educação como um direito social, bem como o papel das Instituições de Ensino Superior Privadas na consecução desse fundamento social. O trabalho tem como fonte e foco de estudo diversas obras doutrinárias, artigos jurídicos e educacionais e passa pela análise da origem, natureza e evolução dos direitos sociais. Da história dos direitos humanos, chegamos aos direitos fundamentais, ou seja, à evolução desses direitos, incluindo aí os Direitos Sociais considerados pela Constituição Federal de 1988 como autênticos Direitos Fundamentais de aplicabilidade imediata. Na sequência, uma abordagem sobre os princípios norteadores do Direito à educação superior, confrontado com o princípio da dignidade da pessoa humana, visto que esse é considerado o alicerce do sistema constitucional brasileiro. Os limites de autonomia do ensino superior privado frente às normas reguladoras quanto à autorização e qualidade. O papel das políticas públicas de ingresso nas instituições privadas como meio de acesso ao ensino superior, assumindo papel de colaborador dos deveres do Estado. A igualdade material guarda relação direta com a efetivação dos direitos sociais mínimos, tendo a educação papel prioritário na realização desse bem comum. A presente dissertação aborda o ingresso de capital estrangeiro na formação do cidadão, com a aquisição de grandes grupos educacionais, dada a ausência de impedimento constitucional e infraconstitucional.

**Palavras-chave:** Direitos sociais, direitos fundamentais, educação superior, dignidade da pessoa humana.



## ABSTRACT

This main objective of this dissertation is to offer an analysis of the right to education as a social right, and the role of private higher education institutions in achieving this social foundation. Various doctrinal works, legal articles and educational materials are used as the source and focus of this work, which analyzes the origin, nature and evolution of social rights. From the history of human rights we arrive at fundamental rights, i.e. the evolution of fundamental rights, including the rights considered by the Federal Constitution of 1988 as authentic Fundamental Rights with immediate applicability. This is followed by an approach to the guiding principles of the right to higher education, in view of the principle of human dignity, since this is considered to be the foundation of the Brazilian constitutional system. It discusses the limits of autonomy private higher education versus the regulatory standards for approval and quality, and the role of public policies on admission to private Institutions as a means of access to higher education, taking the role of partner in the State's duties. Material equality is directly related to the enforcement of minimum social rights, with education playing a priority role in achieving this common good. This dissertation focuses on the entry of foreign capital in the training of citizens, through the acquisition of major education groups, bearing in mind the absence of any constitutional and infra-constitutional impediment to it.

**Keywords:** Social rights, fundamental rights, higher education, human dignity.

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objeto de estudo a discussão doutrinária acerca da questão do direito à educação como um direito social, sua estreita ligação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, bem como a análise do papel das instituições superiores privadas nesse processo de efetivação de um direito social.

Diversas são as manifestações do significado, importância e conceito sobre direitos sociais para um determinado Estado Democrático e, mais especificamente, sua efetivação no ordenamento jurídico.

Existe um consenso entre os doutrinadores de que, o direito social à educação ocupa posição importante na formação da cidadania no seu sentido mais amplo, uma vez que são direitos conquistados em decorrência das reivindicações e lutas sociais de execução por parte do Estado de injustiças geradas por agressões a bens fundamentais e elementares do ser humano.

Dessa forma, pode-se compreender o conceito de direitos sociais como inesgotável. No entanto, à luz dos novos caminhos do Direito, não se tem dúvida da importância do estudo do direito à educação como corolário da efetivação, na prática, de políticas públicas dos direitos sociais e, conseqüentemente, à luz da Constituição, a análise do avanço legislativo ante a constatação de que os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas num contexto marcado por injustiças à coletividade.

As diversas dimensões, que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, revelam que eles constituem categoria materialmente aberta.

Apesar de observar certa permanência de direitos fundamentais, esses estão sempre em profunda transformação, visto que são revitalizados e até mesmo ganham importância e atualidade.

Nesse contexto, pretende-se problematizar sobre a atuação do direito à educação diante do progresso dos princípios gerais do Estado e, mais especificamente, à luz dos princípios constitucionais balizadores, hoje, de todo o ordenamento jurídico nacional.

Conforme assevera *Ingo Wolfgang Sarlet*, em crítica ao pensamento, ao raciocínio classificatório e geracional dos direitos humanos,

[...] cumpre reconhecer que alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão (assim como alguns da segunda) estão, na verdade, sendo revitalizados [...] de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade, nomeadamente da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana.

*Sabe-se* que, desde o final do século XX, o modelo de Estado de Bem-Estar Social passou por reformulações, isto é, para uma abordagem mais abrangente, própria de uma análise multidimensional, de evolução do *Welfare State*. Tal fato fez com que as atribuições inerentes ao Estado não pudessem ser analisadas sem se considerar a evolução geral da economia, da política e mesmo da sociedade.

Dessa forma, o presente estudo apresenta o processo histórico da dimensão social do direito à educação na Constituição como instrumento de inclusão social e realiza uma análise das garantias constitucionais desse direito e a evolução de sua efetivação como componente dos direitos sociais de segunda dimensão. No Brasil, especificamente, foi realizado um estudo histórico dos direitos sociais na teoria jurídica brasileira, que identificou, na Carta Magna, os diversos dispositivos garantidores do direito social à educação, mais precisamente, ao ensino superior privado.

Este trabalho buscou identificar os princípios constitucionais norteadores do direito à educação superior privada e de que maneira eles podem ser utilizados como instrumentos de manejo para a efetivação desse primado social, bem como as atribuições constitucionais da sociedade como agentes

transformadores e realizadores do direito à educação, subsidiários da obrigatoriedade do Estado e do ensino superior privado, mais precisamente, o papel das Instituições de Ensino Superior Privadas não comunitárias e não confessionais.

Em uma sociedade marcada por inúmeras transformações sociais, muitas vezes ocorrem situações que reclamam soluções capazes de traduzir a efetivação dos direitos sociais. Atualmente, a doutrina não mais diverge quanto à posição da dimensão desses direitos, embora se observe que houve, de fato, a plena efetivação dos direitos à educação.

No entanto, não seria razoável nem conveniente para o Estado efetivar políticas públicas de educação como direitos sociais, sem o auxílio da iniciativa privada, ferramenta de acesso à inclusão da sociedade em uma efetiva participação cidadã, sob um ponto de vista amplo.

Apesar de pertencer, teoricamente, à segunda dimensão dos direitos, o Direito Social à Educação vem ganhando importância na atualidade, de modo especial em face das novas formas de conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais.

Embora internalizado, o Direito à educação, auxiliado pela plataforma privada, pondera, hoje, valores de inclusão social e atua de forma positiva no processo de transformação de uma sociedade. Nesse ponto, o direito à educação na esfera privada seria um constante exemplo de *Law in making*, consoante expressão utilizada por *Eibe Riedel*.

Nesse contexto, mostra-se relevante o aprofundamento dos estudos quanto à verdadeira efetividade dos direitos sociais via execução de políticas públicas de acesso ao ensino superior privado, como o PROUNI, no caso da presente pesquisa.

# CAPÍTULO 1

## O ESTADO E AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 1.1 ESTADO E SEUS ELEMENTOS: CONCEPÇÃO DOS ELEMENTOS ESTRUTURAIIS

Apesar de a narrativa histórica ser datada de, aproximadamente, seis mil anos, a realidade complexa denominada Estado surgiu, tal como é, a partir de 1513, quando da edição de “O Príncipe”, de Nicolau Maquiavel.

Antes, porém, já havia a concepção de uma sociedade de pessoas organizada com fins determinados e específicos. A manifestação de sociedades organizadas dava-se por meios de diversos centros que manifestavam poder, como igrejas, corporações de ofícios, feudos, reis e outros, no período denominado Idade Média.

Nesses centros manifestadores de poderes, havia todos, ou quase todos, os elementos estruturais presentes nas classificações hodiernas do conceito de Estado. Tal concepção estrutural, aliás, fora dita por Aristóteles, 340 anos a.C., no livro “A Política”, quando conceitua o termo cidade:

Sabemos que toda cidade é uma espécie de associação, que toda associação se forma tendo por alvo algum bem; porque o homem só trabalha pelo que ele tem em conta de um bem. Todas as sociedades, pois, se propõem qualquer lucro – sobretudo a mais importante delas, pois que visa a um bem maior, envolvendo todas as demais: a sociedade ou a sociedade política.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> ARISTÓTELES, **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru, SP: EDIPRO, 1995, p 11.

Em princípio, é possível, diante do trecho acima citado, observar que, apesar de o termo Estado ser cotidiano, tal concepção já era estudada muitos anos antes.

Para Aristóteles, no livro Política, aquele ser que manifesta poder dentro de uma determinada sociedade deveria desempenhar três atribuições distintas: a criação de uma norma de conduta, a aplicação dessa norma de conduta e, se surgissem conflitos advindos da aplicação dessa norma, esse ser seria competente para dirimi-las. Em tese, mesmo em 340 a.C., já havia um esboço das atuais funções estatais.

Estado, na concepção formulada a partir de 1513, constitui uma sociedade politicamente organizada, dotada de um Poder Soberano, o qual regerá pessoas sobre um determinado território para atingir finalidades precípuas. Nesse sentido, Maliska afirma:

Há um Estado, no sentido dado pelo Direito Internacional, quando se organiza, de forma eficiente, uma ordem duradoura sobre determinado território, um povo sob uma lei própria, sem a interferência de outro Estado. Essa característica do Estado encontra seu ponto de sustentação na clássica Teoria dos Três Elementos, que são o Território, o Povo e a Soberania.<sup>2</sup>

Vale ressaltar que, somente no século XVIII, surgem as constituições escritas dotadas de supremacia, após as revoluções liberais e, assim, não se confunde o surgimento do Estado com o das constituições escritas.

Na clássica interpretação da Teoria Geral do Estado, é possível perceber que o Estado é composto de três elementos distintos, que compreendem: Poder Soberano, Povo e Território.

Nos dizeres de Azambuja:

---

<sup>2</sup> MALISKA, Marcos Augusto. **Estado e século XXI**: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8.

Isolando do conceito de Estado uma série de noções acidentais ou secundárias, verificar-se-á a permanência de três elementos essenciais: Uma população, um território, um governo independente, ou quase, dos demais Estados.<sup>3</sup>

O Estado, como sociedade politicamente organizada, detém como elemento primário o Poder Soberano, o qual irá reger as relações entre os indivíduos que o habitam. A soberania se estenderá por uma porção geográfica denominada território, no qual será possível ao Estado exercer seu poder de império sobre pessoas e bens. Nesse sentido, não seria concebível a existência de uma sociedade sem um poder.<sup>4</sup>

Como sociedade política, o Estado exercerá necessariamente Poder Político, ou seja, a possibilidade de impor vontade sobre vontade de terceiros, de forma que cumpra ao Estado o exercício dessa função.

Ressalta-se que a ideia de Poder Soberano surgiu historicamente, em função dos antigos poderes medievais dos reis no período denominado Absolutismo. Nesse contexto, consoante Cruz, o rei assumia funções públicas em caráter exclusivo, como emissão da moeda, manutenção das Forças Armadas, entre outras, que o situavam acima das demais instâncias de poder e organização.<sup>5</sup>

O Estado seria, portanto, uma criação humana destinada a manter a coexistência pacífica dos indivíduos e a ordem social, de forma que os seres humanos consigam desenvolver-se e proporcionem o bem-estar a toda a sociedade.

Cumpra salientar que a figura hodierna de Estado surge após o longo período da Idade Média, quando, como dito anteriormente, existiam vários centros que manifestavam poder, como Igreja, Feudo, Corporações de Ofício e Reis. A partir de, aproximadamente, 1513, Maquiavel desenhou o Estado

---

<sup>3</sup> AZAMBUJA, Darcy, 1903-1970. **Teoria Geral do Estado** – 44. ed. – São Paulo, 2005, p.17-18.

<sup>4</sup> AZAMBUJA, Darcy, **Teoria Geral do Estado**, p. 48.

<sup>5</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 48.

Absolutista em sua clássica obra “O Príncipe” e unificou esses vários centros que manifestavam poder no Estado Absolutista.

O Estado, como exercício de um Poder Político, Administrativo e Jurídico, exercido dentro de um território e imposto para os indivíduos que lá habitam, necessita da existência da Soberania, que trata do exercício do Poder do Estado, interna e externamente. O Estado, internamente, deverá ter ampla liberdade para controlar seus recursos, decidir os rumos políticos, econômicos e sociais e, externamente, manter a independência necessária ao equilíbrio. A essa autodeterminação dá-se o nome de soberania, a qual não reconhece poder igual, superior ou concorrente na ordem interna ou internacional.

Na análise clássica de Poder Soberano, não havia outro superior aos ditames do Estado, personificado na figura do soberano. Tal conceito, assim compreendido, relaciona-se com o surgimento do Estado moderno a partir do desenvolvimento do capitalismo mercantil, de forma que a autoridade do Estado não dependeria de qualquer outra autoridade.

Entretanto, hoje, para a soberania, existem limites externos a esse poder clássico com o surgimento de instituições intergovernamentais interessadas em estabelecer o equilíbrio de forças e exercer algum tipo de regulação a que, sem perceber, o Estado soberano acaba por limitar-se. Fora dos limites territoriais, há uma relação de independência com colaboração.

O elemento povo seriam todas as pessoas presentes em um território que mantenham com o Estado um vínculo jurídico político denominado nacionalidade. Tal conceito, embora comumente mencionado, não se equipara ao termo população, porque ele abrange não somente os indivíduos possuidores do vínculo jurídico político, mas também os estrangeiros e os apátridas, que, apesar de não pertencerem à classe dos titulares do poder soberano, serão, entretanto, sujeitos de direitos e deveres. A esse respeito, dispõe Maliska que o elemento



povo é determinado por um número de pessoas não nômades, não sendo necessário fazer uma ligação ética, ou seja, povo não forma uma Nação.<sup>6</sup>

O vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um determinado Estado constitui a tipificação do componente pessoal do Estado. O termo povo é confundido com diversos outros institutos semelhantes, que, apesar da proximidade, não se confundem, como ocorre com o termo cidadania. Na República Federativa do Brasil, cidadania representa, num sentido amplo, o direito a ter direitos e, num sentido mais restrito, qualifica o nacional, ou seja, o elemento pessoal povo ao gozo dos direitos políticos.

Para Canotilho, povo seria a concepção pluralística e, aqui, ele faz referência ao termo adotado por Häberle, ou seja, como uma pluralidade de forças culturais, sociais e políticas, decisivamente influenciadora da formação de opiniões e vontades. Povo concebe-se como uma dimensão pluralística de pessoas ligadas politicamente e que agem segundo ideais, interesses e representações políticas.<sup>7</sup>

Como decorrência do elemento Soberania, cabe a cada Estado Soberano a livre estipulação dos critérios determinativos de nacionalidade. Assim, o Estado é livre para dizer como e quem será seu povo, se esse será nacional por critérios de solo ou qualquer outro critério, como sangue ou comunicação.

O território compreende o limite geográfico onde o Estado exercerá a sua soberania, abrigará e regerá a vida dos indivíduos pertencentes àquele Estado. Numa concepção mais restrita e segundo Silva, território constitui “O limite espacial dentro do qual o Estado exerce de modo efetivo e exclusivo o poder de império sobre pessoas e bens.”<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> MALISKA, Marcos Augusto. **Estado e século XXI: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional** – Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 8.

<sup>7</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. p. 75.

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 98

A possibilidade de consecução do Poder Político se dará de forma plena quando esse for limitado por um espaço geográfico em que não haverá outra forma de poder político soberano sobre pessoas e bens. Desse modo, hoje, já é possível conceber Poderes Políticos externos flexibilizadores do Poder Soberano interno do Estado.

Nesse sentido, a Soberania atual assume um papel diferente diante das novas relações entre as diversas espécies de sociedade. Ao mesmo tempo em que a Soberania importa a supremacia do poder político interno e independência frente à ordem externa, tais acepções ganharam novos contornos com o avanço dos direitos sociais e econômicos surgidos, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial.

Hodiernamente, o discurso sobre a existência de um Estado Cooperativista surge como nova alternativa conceitual para completar as diferentes formas de Estados existentes. A intersecção entre a soberania e a ideia cooperativista entre os Estados ganhou, nas Constituições modernas, proteções especiais, como resultado de novos desafios advindos da pós-modernidade.

As transformações da vida em sociedade e a evolução da vida política e econômica trouxeram uma nova visão dos elementos formadores e constituintes do Estado. A tendência do Estado Constitucional, com base na proposta de Härbele, apresenta-se como gérmen de uma reflexão já em atividade nos dias atuais.

Segundo Härbele,<sup>9</sup> seria impossível abandonar um modelo de Estado se abandonado o modelo histórico e sem que dele se herde alguma característica. Nesse sentido, a referência e apologia ao modelo de Estado inaugurado pela Revolução Francesa, pelo princípio de irrenunciabilidade do passado, estão plenamente justificadas e ganham sustentação plena na proposta da nova Teoria do Estado.

---

<sup>9</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado Constitucional Cooperativo**: o futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle. Brasília: Revista Jurídica, v. 7, n. 72, 2005.

Nesse contexto, a perspectiva da esperança para Häberle reflete-se no modelo de sociedade aberta, composta por cidadãos com uma imagem moderadamente otimista, a qual resguarda valores culturais, tais como liberdade, justiça, solidariedade, ou mesmo os clássicos liberdade, igualdade e fraternidade.<sup>10</sup>

Assim sendo, ao lado da premissa conservadora da irrenunciabilidade do passado, a condução aponta uma nova perspectiva do princípio da esperança e demonstra, com isso, que sua doutrina tem proposta equilibrada, uma vez que se remete ao velho e ao novo em graus equiparados de importância.

O princípio da responsabilidade preconizado por Häberle<sup>11</sup> identifica-se como um modelo proposto por Jonas<sup>12</sup>, segundo o qual o cidadão de hoje deve trabalhar de tal modo que as consequências de suas ações sejam compatíveis com uma futura existência humana minimamente digna.

Ora, para Häberle, a Revolução Francesa com as contribuições norte- -americana e inglesa são responsáveis pelo Estado Constitucional moderno, bem como pelos seus elementos político-constitucionais. Dessa forma, os ideais da Revolução Francesa, especialmente a fraternidade, seguem tal qual um mandato para o Estado Constitucional, como se a produção comunitária pan-europeia fosse a última exigência do ciclo inaugurado em 1789 e, quem sabe, como oportunidade de compromissos universais jamais experimentados.

---

<sup>10</sup> HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad**: 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado constitucional. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998.

<sup>11</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado Constitucional Cooperativo**: o futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle. Brasília: Revista Jurídica, v. 7, n. 72, 2005.

<sup>12</sup> HANS JONAS filósofo alemão (10 de maio de 1903 – 5 de fevereiro de 1993). É conhecido principalmente devido à sua influente obra *O Princípio da Responsabilidade* (publicada em alemão em 1979 e, em inglês, em 1984). Seu trabalho concentra-se nos problemas ético-sociais criados pela tecnologia. Jonas quer sustentar que a sobrevivência humana depende de nossos esforços para cuidar de nosso planeta e seu futuro. Formulou um novo e característico princípio moral supremo: "Atuar de forma que os efeitos de suas ações sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana genuína."

Nessa visão, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade remetem a um exigente e esperançoso projeto de Estado Constitucional para o século XXI e aponta para uma cultura histórica que está sendo construída com base no objetivo comum dos Estados Constitucionais ocidentais aportados e conectados na ideia de dignidade humana.

A consecução de criação e surgimento do Estado necessita de objetivos para que ele possa atingir os seus fins. Nesse ponto, concordamos com o posicionamento de Azambuja, que, em outras palavras, dispõe que o fim do Estado é o objetivo a que ele visa atingir quando exerce o poder, que é o bem público.<sup>13</sup>

Não menos importante, as finalidades de um Estado constituem o cerne dos anseios em que o Estado irá pautar-se. No Estado dirigente ou programático, os objetivos estão tipificados na Carta Magna, como meta a ser atingida e com base em princípios e regras, como se pode visualizar da dicção do artigo 3.º da Constituição Federal.<sup>14</sup>

Consoante apontamentos de Silva<sup>15</sup>, nem sempre as Constituições tiveram, em seus textos, conteúdos tão amplos, pautados na promoção dos caminhos a serem perseguidos, como metas e objetivos. Pontua-se tal característica como resultado elementar da condição evolutiva dos indivíduos que vivem em sociedade.

O surgimento dos objetivos e finalidades do Estado aumentou em decorrência da nova organização político-administrativa do Estado Moderno, que se foi manifestando na medida em que os problemas sociais surgiam, como consequência de uma concepção exclusivamente liberalista.

Diante dessa ruptura, o Estado chamou para si a responsabilidade de programar as políticas sociais como objetivos a serem alcançados pelo Poder Soberano. Os objetivos voltados para a redução das

---

<sup>13</sup> AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**, p. 123.

<sup>14</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 20 de outubro de 2010.

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. Positivo, São Paulo: Malheiros, 2007.

desigualdades trazem em si a necessidade de prática social, a fim de modificar a postura abstencionista do Estado e convergir para um enfoque de cunho prestacional.

O Estado que estabelece um plano global de condutas a serem realizadas com metas programadas demonstra a preocupação com a política intervencionista. Assim, pretende o Estado com esses objetivos garantir um mínimo de serviços à população, como forma de direito conquistado pela evolução histórica.

As Constituições no Estado Moderno substituem o Estado abstencionista. Esse novo constitucionalismo surgiu como decorrência do esgotamento fático do constitucionalismo liberal, incapaz de atender às demandas por direitos sociais.

Os direitos sociais, que estão ligados intrinsecamente aos objetivos do Estado, são também chamados de direitos de segunda geração, ou seja, direitos sociais, econômicos, culturais e laborais. O Estado assume papel decisivo na produção e distribuição de bens, levando-se em consideração a intervenção no domínio econômico.

A intenção dos objetivos visa à garantia de um mínimo de bem-estar social, *welfare state*, ou seja, estabelecimento de um grande convênio global de estabilidade econômica. O Estado de Bem-Estar seria responsável direto pela intervenção pública na regulação de garantias mínimas aos indivíduos que necessitarem, com serviços como saúde, educação e outros, que compõem a ordem social.

A despeito da descrição do Estado de Bem-Estar, inúmeras são as críticas a esse modelo, que, academicamente, é conhecido como revolução *keynesiana*, posto que há, sem dúvida, um crescimento dos gastos públicos para manter as garantias mínimas.

Afirma Cruz<sup>16</sup> que:

A adoção de políticas sociais que ampliassem o atendimento público e gratuito, mesmo com o crescimento dos gastos públicos, teria menos custos políticos do elevar impostos, algo que seria possível numa conjuntura de crescimento econômico elevado e sustentável, mas não numa conjuntura de crescimento recessiva”. Afirma ainda: “Os governos passaram a ter que conviver com a contradição de manter os altos custos do Estado Social e aumentar a carga tributária ou reduzir os investimentos públicos que beneficiavam milhares de pessoas.

Contra essa perspectiva negativa do avanço das finalidades executadas com políticas sociais, que deram origem ao que por ora denominamos de Estado de Bem-Estar Social de Direitos, afirma Cruz<sup>17</sup>:

Haveria o problema de que o Estado não passasse para uma posição arbitrária na gestão dos serviços públicos sociais e na sua intervenção da economia. Foi aí que as teses da reserva legal e do regime democrático passaram a ser essenciais ao controle da atividade estatal.

Ainda segundo Cruz:

O Estado de Bem-Estar Interventivo passou a representar mais convenientemente o Estado de Direito, já que o conceito de liberdade deixou de ser vinculado à propriedade e à individualidade a qualquer custo, e passou a estar intimamente ligado à condição social do indivíduo. Não seriam livres os homens que não tivessem as mínimas possibilidades sociais.<sup>18</sup>

Em síntese, a disposição do Estado em intervir nas relações sociais traz como consequência um grande aumento das solicitações às instituições políticas e leva, fatalmente, à ineficiência do serviço, bem como à paralisia pela sobrecarga de demanda.

---

<sup>16</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Poder, Política, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Juruá. p. 195 e 196.

<sup>17</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. p. 219.

<sup>18</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. p. 219.

Apesar de inúmeros argumentos contra o modelo de Estado de Bem-Estar Social, a realidade demonstra sua força quando, mesmo com altos custos estatais, a supressão do modelo geraria impopularidade e possível desgaste eleitoral, assim como atingiria um número grande de indivíduos que dele necessitam para se manterem dignos.

Com base em uma concepção histórica da evolução da garantia dos objetivos como instrumentos de atuação do Estado, podemos observar que há uma transição da iniciativa estatal, que visa a alcançar a igualdade material entre os indivíduos. Salienta-se, contudo, que os objetivos almejados pelo Estado, mais precisamente a República Federativa do Brasil, não englobam somente os direitos prestacionais de cunho positivo, mas também os direitos inerentes a outras formas de liberdade, como bem exemplifica Sarlet:

Liberdades sociais, como os exemplos, liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como o reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito de férias e ao repouso semanal remunerado.<sup>19</sup>

Contemplam também os objetivos do Estado, os direitos fundamentais não individualizados, denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, dirigidos à proteção de grupos de humanos, caracterizados, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

## **1.2 DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONTEXTOS HISTÓRICOS, INDIVISIBILIDADE E HIERARQUIZAÇÕES**

A análise da origem e evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais constitui um tema importante e justificaria, por si só, a elaboração de um manual. Nossa intenção, contudo, é apenas abordar alguns aspectos importantes e situá-los no tempo e no espaço.

O presente texto corrobora com o entendimento exposto por Sarlet contra o uso terminológico do termo “gerações de direitos”, visto que ele

---

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 48.

termina por excluir as etapas evolutivas dos direitos fundamentais. “Tal acepção pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão por que o termo “dimensões” representa melhor a evolução”.<sup>20</sup>

A partir do século XVIII, surge uma nova fase da teoria do Estado denominada constitucionalismo clássico, cuja extensão se dá até o fim da Primeira Guerra Mundial.

O marco histórico desse período constitucionalista foram as revoluções liberais, surgindo com essa nova fase as primeiras constituições escritas, cujo principal expoente é a Constituição norte-americana de 1787. A ideia de supremacia da Constituição não era conhecida até então, assim como o conceito de rigidez constitucional.

O grande lema das revoluções liberais foram os direitos relacionados às garantias civis e políticas. Tanto a concepção norte-americana como a francesa contribuíram para confirmar os direitos ligados à primeira dimensão, bem como garantir a efetividade da supremacia da Constituição.

Ao lado da supremacia da Constituição, a concepção norte-americana contribuiu com a ideia de garantia jurisdicional, ou seja, caberá ao Poder Judiciário assegurar a supremacia da Constituição. Em tese, tal escolha se deve à neutralidade do Judiciário para assumir a competência do controle de constitucionalidade.

Por outro lado, a concepção francesa, após a Revolução de 1789, contribuiu com a garantia de direitos e a separação dos poderes, descrita como Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Nesse período, surge o chamado Estado de Direito ou Estado Liberal, com predominância do *jus positivismo*. A ideia liga-se à concepção de império da lei e contrapõe-se ao modelo anterior, denominado de Estado de Polícia ou Absolutista.

---

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 54.



Ressaltam-se as observações quanto às terminologias empregadas no que concerne à titularidade, eficácia e legitimação dos direitos fundamentais. Segundo Salert, grande parte da doutrina, ao descrever a mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, elenca-as como gerações, porque, no seu ponto de vista, seria incongruente conceituá-las como gerações.<sup>21</sup>

Para Sarlet, o reconhecimento progressivo dos direitos fundamentais é cumulativo e não de alternância, como o termo geração pode ensejar a falsa impressão. Assim, coerente seria utilizar a expressão “dimensões” para registrar a progressiva efetivação dos direitos fundamentais ao longo da História.<sup>22</sup>

No Estado Liberal, os direitos fundamentais correspondem aos direitos da burguesia, ou seja, basicamente a liberdade e a propriedade. O Estado Liberal, portanto, é tipicamente abstencionista e de caráter meramente formal, sem qualquer dimensão material, e não se confunde com a liberdade material atual, visto que, durante esse período, o Estado só interviria se houvesse lei.

A administração pública atuaria com base na lei e daria surgimento ao princípio da legalidade e, apesar de abstencionista, o estado de Direito também é chamado de Estado Mínimo e garante, tão somente, a ordem pública e a segurança.

Na concepção econômica liberal, o Estado teria apenas três deveres: proteger a sociedade contra a violência e a invasão externa, estabelecer uma adequada administração da justiça e erigir e manter obras e instituições que não fossem objeto do interesse privado.

A não intervenção do Estado, típica da primeira dimensão dos direitos fundamentais, apresenta-se como direitos de cunho negativo, traduzidos na abstenção da produção de direitos.

---

<sup>21</sup> SARLET. Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 45.

<sup>22</sup> SARLET. Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 45.

Assinala Cruz:

Com a afirmação das ideias liberais burguesas, o indivíduo passou a ser o centro das atenções com a propriedade privada individual, essa representava um símbolo de prosperidade, divergindo com princípios existentes nos dias de hoje, como o da função social da propriedade.”<sup>23</sup>

Durante essa fase liberalista, considerada como primeira dimensão dos direitos fundamentais, a igualdade formal desconsiderava qualquer característica material. Tal aceção diverge do conceito hodierno de igualdade material, que leva em consideração as divergências existentes e naturais que distinguem uns dos outros.

Há de se ressaltar que tudo quanto depusesse contra a liberdade individual deveria ser rechaçado, visto que a liberdade seria inerente à condição humana e, assim, cada homem seria livre quanto à condução de sua vida privada, com a abstenção do Estado.

A visão jus positivista dessa dimensão liberal traduz-se na premissa de que toda limitação deve ser aquela emitida por lei, como bem expõe Dallari: “Nenhuma limitação pode ser imposta ao indivíduo a não ser por meio de Lei, que é a expressão da vontade geral.”<sup>24</sup>

Pontua Cruz: “O Estado passa a atuar em favor dos interesses da sociedade, quando houver atos ilegais, diferentemente do que acontecia no Estado absolutista”.<sup>25</sup>

A Fase Liberal, com base na doutrina inglesa defendida por John Locke, sustenta que o interesse individual seria o motor necessário para o desenvolvimento de uma sociedade, cujo papel fundamental é a existência da propriedade privada. E, segundo Hobbes, citado na obra de Cruz, apesar do

---

<sup>23</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Poder, Política e Ideologia**, p. 92.

<sup>24</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu Dalari. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p.123.

<sup>25</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Poder, Política e Ideologia**, p. 96.

caráter abstencionista do Estado, esse deve existir como poder soberano, como uma espécie de mal necessário, a fim de garantir a manutenção da ordem.<sup>26</sup>

Segundo Canotilho, a perspectiva do individualismo, diretamente mergulhada nas doutrinas utilitaristas, conduz-nos ao individualismo possessivo: o indivíduo é essencialmente o proprietário da sua própria pessoa, das suas capacidades e dos seus bens.<sup>27</sup>

A transformação constante do processo evolutivo dos direitos fundamentais, surgido formalmente nas primeiras Constituições escritas, será tratada neste Capítulo, com uma visão panorâmica sobre as principais características. Após, o presente trabalho irá focar-se na dimensão social, sobretudo no direito social à educação.

A consagração de que somente o direito à liberdade e à igualdade não era suficiente para atender aos anseios da sociedade decorreu dos movimentos reivindicatórios, ainda no século XIX, que exigiram uma participação ativa do Estado na intenção de diminuir as necessidades e, consoante Sarlet, impor comportamento ativo na realização de justiça social.<sup>28</sup>

Conhecida como dimensão social, caracteriza-se por um Estado Intervencionista e opõe-se ao então Estado Abstencionista. Cabe mencionar que essa dimensão de direitos, conhecidos como sociais, foi consagrada, especialmente, nas Constituições do Pós-Segunda Guerra Mundial.

Os direitos sociais caracterizam-se por outorgarem ao indivíduo direitos de cunho prestacional, tais como os direitos de assistência social, saúde, educação, trabalho, dentre outros, e revelam, segundo Sarlet, uma

---

<sup>26</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Poder, Política e Ideologia**, p. 98.

<sup>27</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina. p. 111.

<sup>28</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 56.

transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.<sup>29</sup>

Essas liberdades materiais concretas importam conceber aos indivíduos condições mínimas, capazes de conferir-lhes a possibilidade de se tornarem sujeitos ativos na organização do Estado, uma vez que, sem essas condições mínimas de sobrevivência, tais como saúde e acesso à educação, não há que se falar em dignidade humana.

A intenção do Estado Social, também conhecido como Estado de Bem-Estar, seria a união das garantias de liberdades conquistadas e o reconhecimento de alguns serviços sociais concedidos a todos os cidadãos, como forma de garantir igualdade de oportunidades.<sup>30</sup>

A nota distintiva quanto à atuação estatal nesse modelo social reside no aspecto positivo de sua participação e supera o caráter negativo e abstencionista da fase liberal. Para Sarlet<sup>31</sup>, a utilização da expressão “social” justifica-se na medida em que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, porque corresponderiam a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial, da classe operária.

Essas reivindicações advindas da classe operária mostraram-se prudentes frente ao impacto da industrialização e aos graves problemas sociais que a acompanharam e, assim, deram ensejo ao surgimento de movimentos reconhecedores de direitos, assim como à necessidade de um comportamento ativo do Estado para a realização da justiça social.<sup>32</sup>

---

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 57.

<sup>30</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá. P. 163.

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 57/58.

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 48.

Nesse contexto, é possível vislumbrar que essas reclamações partiram de uma “classe” de cidadãos desprivilegiados<sup>33</sup>, que intentavam participar de uma vida em que não estavam inseridos por não possuírem os bens naturalmente acumulados durante um processo coletivo, inclusive os bens materiais e todos os que fazem parte de um patrimônio intelectual.

Nesse processo de complementação dos direitos fundamentais, surge uma classe de direitos, preocupada não só com a figura do homem-indivíduo, mas com grupos de pessoas, que, por sua vez, não podem ser determinadas. São os denominados direitos de terceira dimensão caracterizados como direitos de titularidade difusa e coletiva.<sup>34</sup>

Dentre os direitos da terceira dimensão, destaca-se o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural. Como nota distintiva, é possível detectar, com base na análise do direito ao meio ambiente equilibrado, que ele se refere não somente a um ser humano, mas, sim, a um grupo não nominal de indivíduos, bem como àqueles que ainda estão por nascer: as futuras gerações.

As reivindicações por esses direitos fundamentais, cristalizadas no fim do século XX, são geradas pelo impacto tecnológico, bem como pelo estado crônico de beligerância,<sup>35</sup> que acarretaram profundas consequências nos direitos fundamentais. Um ponto importante desses direitos fundamentais reside na sua titularidade, considerada indefinida, indeterminável e transindividual.

Por serem relativamente novos, os direitos de terceira dimensão ainda se encontram em processo de reivindicação, como podemos

---

<sup>33</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p.120.

<sup>34</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 48.

<sup>35</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 49.

conferir com o próprio direito ao meio ambiente equilibrado, tendo em vista que os impactos da degradação ainda são de resultados desconhecidos e intangíveis.

A ideia de globalização caminha paralela ao surgimento de novos anseios da sociedade e esses convergem para os chamados direitos de quarta dimensão. Aqui reproduzimos a posição de Bonavides:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles dependem a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.<sup>36</sup>

Nesse ponto, destaco a importância do pluralismo analisado sob um prisma geral, ou seja, a liberdade de aceitação de todo pensamento e corrente, desde que legal, como forma de respeito às minorias e às diversas diferenças que permeiam qualquer sociedade. Assim, a quarta dimensão, vislumbrada por doutrinadores como Bonavides e Sarlet, defendem direitos num contexto de universalidade como derradeiros na fase de institucionalização do Estado Social.<sup>37</sup>

### **1.3 DIREITOS SOCIAIS: ABORDAGEM HISTÓRICA E NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

Como já mencionado, os direitos sociais surgiram diante do grande impacto da industrialização e dos problemas econômicos e sociais decorrentes desse avanço. A adequada interpretação para o termo igualdade fez com que surgissem pontos a serem dirimidos e abriu caminho para o Estado Social, dominando o século XX com os chamados direitos sociais, culturais e econômicos e com teorias antiliberais, proclamados, inicialmente, de maneira clássica no constitucionalismo da social democracia, sobretudo na Constituição de Weimar, e depois nas Constituições do pós-guerra.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros. p. 571.

<sup>37</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros. p.571.

<sup>38</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros. p. 564.

As consequências sociais da Revolução Industrial foram “devastadoras”. Nas palavras de Trindade:

Por um lado, multiplicou enormemente a riqueza e o poderio econômico da burguesia. Por outro, desestruturou o modo tradicional de vida da população, tornando-o permanentemente instável, aprofundando dramaticamente as desigualdades sociais e fazendo se tornarem familiares duas realidades terríveis: o desemprego e a alienação do trabalhador em relação ao seu produto (...) como a produtividade das fábricas mecanizadas é muito maior que a das manufaturas, elas não têm necessidade de absorver toda a imensa força de trabalho que foi liberada, seja pela expulsão dos camponeses das áreas rurais, seja pela ruína dos remanescentes urbanos do antigo artesanato individual.<sup>39</sup>

Como marco inicial, podem-se identificar dois aspectos teóricos que norteiam a concepção de Estado Social. O primeiro seria o surgimento de Constituições Sociais, em especial a de Weimar de 1919 e a do México de 1917. Essas decorreram das inadiáveis reivindicações, bem como de uma necessária atuação do Estado na prestação ativa dos Direitos Sociais. Outro ponto seria a nova postura do Estado frente à ordem econômica, que, naquele momento, enfrentava uma profunda crise mundial iniciada nos anos vinte.<sup>40</sup>

A fundamentação e a legitimação dos direitos sociais, no que concerne ao seu conteúdo e regime jurídico, ainda é motivo de controvérsia, tanto na esfera doutrinária quanto jurisprudencial, a respeito de se os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais ou, em não o sendo, se estão sujeitos a um regime jurídico substancialmente equivalente. Nesse item, pretende-se esclarecer, pelo menos, algumas situações, que serão relevantes ao desenvolvimento do trabalho.

---

<sup>39</sup> TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Peirópolis, 2002. p. 85/86.

<sup>40</sup> MALISKA, Marcus Augusto. **O direito à educação e a constituição**. 1. ed. Curitiba: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 48.

Para Sarlet<sup>41</sup>, a utilização da expressão “social” justifica-se na circunstância de que os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, porque corresponderiam a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial, da classe operária.

No entendimento de Alexy:

Os Direitos Fundamentais sociais não devem ser tratados como uma questão que envolve tudo ou nada. O autor propõe um modelo de direitos fundamentais sociais apoiado na teoria dos princípios, com ênfase na ideia de que os direitos fundamentais sociais são proposições tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.<sup>42</sup>

A nota distintiva dos direitos sociais é a sua dimensão positiva, no sentido de que não se cuida mais de liberdade do e perante o Estado, mas, sim, de liberdade por intermédio do Estado. Os direitos de segunda dimensão não englobam apenas direitos de cunho positivo ou prestacionais, mas também as assim denominadas liberdades sociais, não obstante o cunho positivo possa ser considerado como o marco distintivo dessa nova fase na evolução dos direitos fundamentais.<sup>43</sup>

Como norma, os direitos sociais passaram por um período de baixa normatividade, dado seu caráter programático, período que, hoje, não mais se justifica, tendo em vista a normatização como norma de eficácia plena e imediata<sup>44</sup>. Assim, a aplicabilidade não poderá mais ser descumprida ou ter a sua eficácia recusada com o argumento de que se trata de norma programática ou mero preceito de direção a ser alcançado.

---

<sup>41</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 57/58.

<sup>42</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 56/57.

<sup>43</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 56/57.

<sup>44</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros. p. 564.



A concepção de modelo de Estado não comuta com a percepção de que o desenvolvimento das atividades privadas econômicas necessita de uma limitação das funções do Estado. O modelo liberal, focado no caráter individualista, em que o indivíduo era livre e, ao mesmo tempo, desamparado, gerou como consequência uma população miserável.<sup>45</sup>

Diante dessa realidade, o Estado chama para si a responsabilidade de intervir positivamente na ordem econômica e social, a fim de minimizar as indiferenças existentes definidas como desigualdades sociais. Traduz-se, portanto, que o Estado aqui se esforçará para garantir a igualdade material de oportunidades, inclusive com distribuição de renda.<sup>46</sup>

A luta pela garantia de direitos é, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas geradas por injustiças sociais. No caso dos direitos sociais, havia uma necessidade de assistência material por parte do Estado para com seus habitantes. Além disso, cumpre observar que esses direitos sociais estão sendo revitalizados e ganham importância nos dias atuais, apesar de serem direitos de segunda dimensão, o que, de fato, confirma nossa opção pelo termo utilizado por Sarlet.<sup>47</sup>

Para Rousseau, as desigualdades nascem da simples reunião dos homens<sup>48</sup> e a propriedade privada e a divisão de trabalho apenas ampliam as desigualdades e fazem surgir as guerras<sup>49</sup>. De fato, o direito à educação foi elevado à condição de categoria fundante da cidadania e deve estender-se a todos, sem distinção. A igualdade de oportunidades e a mobilidade social foram garantidas por intermédio da universalização conduzida pelo Estado.

---

<sup>45</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba. Juruá. p. 164.

<sup>46</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Curitiba. Juruá. p. 165.

<sup>47</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 52/53.

<sup>48</sup> ROUSSEAU, J. J. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes.

<sup>49</sup> ROGER, J. Cronologia e Introdução. In: ROUSSEAU, J. J. **Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 3-15.

Durante o desenvolvimento do capitalismo, duas características tornaram-se evidentes: primeiro, uma contradição completa entre o caráter social da produção e a apropriação individual de seus resultados pelo capitalista; segundo, uma tendência à anarquia na produção. O liberalismo econômico propôs-se solucionar o problema dos trabalhadores de sua maneira usual, brusca e impiedosa, forçando-os a encontrar trabalho vil ou a emigrar.<sup>50</sup>

A partir dessa perspectiva, convém afirmar que os deveres sociais do Estado para com a classe trabalhadora e os mais necessitados apontam para a criação do denominado Estado de Bem-Estar Social.<sup>51</sup>

Nesse diapasão irrefutável, a contribuição da Constituição Social Mexicana, a primeira Carta Política moderna a fixar direitos sociais e econômicos, resultantes do processo revolucionário, atribuiu direitos até então ausentes, como os direitos trabalhistas, ao lado das liberdades individuais e dos direitos políticos.<sup>52</sup>

A consciência de que os direitos fundamentais estariam ligados a uma participação ativa por parte do ente estatal, ainda não estava sedimentada na Europa antes da Primeira Guerra Mundial. Com o fim da Primeira Guerra, surge na Alemanha a Constituição de Weimar de 1919, o maior expoente do constitucionalismo ocidental contemporâneo.<sup>53</sup>

No que tange à Carta Magna da República Federativa do Brasil, a Assembleia Constituinte reconheceu uma série de direitos sociais e,

---

<sup>50</sup> TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo. Peirópolis. 2002. p. 86, citado em MALLMANN, Carlos Henrique. Os direitos Sociais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Instrumentos de Efetivação do Mínimo Existencial. Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Univali, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

<sup>51</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos do homem**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 182.

<sup>52</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil**. São Paulo, Acadêmica, 1989, citado em MALLMANN, Carlos Henrique. Os Direitos Sociais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Instrumentos de Efetivação do Mínimo Existencial. Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Univali, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

<sup>53</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos do homem**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 190.

consoante Sarlet, mesmo confirmando direitos sociais, a mesma Carta Magna admitiu a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização, geradoras, como consequência, da falha na compreensão do que seriam efetivamente os direitos fundamentais.<sup>54</sup>

Ainda para Sarlet, os direitos sociais concebidos na Carta de 1988 não contemplam apenas os direitos de cunho positivo, mas também as denominadas “liberdades sociais”, como o direito de greve, tais como o direito de férias, garantia de um salário mínimo, limitação da jornada de trabalho, dentre outros.<sup>55</sup>

Nesse sentido, a Constituição de 1988 incluiu no seu rol os direitos de cunho não prestacional, como bem assevera Sarlet:

(...) é preciso respeitar a vontade expressamente enunciada do Constituinte, no sentido de que o qualificativo de social não está exclusivamente vinculado a uma atuação positiva do Estado na promoção e na garantia de proteção e segurança social, como instrumento de compensação de desigualdades fáticas manifestas e modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna (o que nos remete ao problema do conteúdo dos direitos sociais e de sua própria fundamentalidade).<sup>56</sup>

Para Salert, não se responde à pergunta acerca da fundamentalidade e do regime jurídico inerente aos direitos sociais sem se afastar, desde logo, qualquer leitura reducionista, designadamente naquilo em que se afirma que sustentamos uma correção estritamente formal de direitos fundamentais.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais e os Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**: Resistências e desafios à sua eficácia e efetividade. Revista n. 6 do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008. p. 167.

<sup>55</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009. p. 48.

<sup>56</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais e os Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**: Resistências e desafios à sua eficácia e efetividade. Revista n. 6 do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008. p. 169.

<sup>57</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais e os Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**: Resistências e desafios à sua eficácia e efetividade. Revista n. 6 do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008. p. 169/170.

Assim, a conclusão de Sarlet, da qual somos adeptos, rechaça qualquer tentativa de não reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito constitucional e dispõe:

(...) o fato é que este argumento não corresponde sequer à expressão literal do dispositivo, visto que esta utiliza a formulação genérica “normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”, tal como consignada na epígrafe do Título II da CF, revelando que, mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar, pelo menos não sem contestação relevante, uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição.<sup>58</sup>

Do mesmo modo, a inclusão dos direitos sociais e demais direitos fundamentais no rol das cláusulas pétreas fica evidenciada quando analisamos a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado, consagrada pela nossa Constituição. Segundo Sarlet:

Já no preâmbulo de nossa Constituição encontramos referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constituem objetivo permanente de nosso Estado. (...) nossa Constituição consagra a ideia de que constituímos um Estado Social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente no artigo 1.º, incisos I a III, assim como no artigo 3.º, incisos I, II e IV. (...) tanto o princípio do Estado Social, quanto os direitos fundamentais sociais integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando expressamente previstos no rol das cláusulas pétreas – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional.

---

<sup>58</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais e os Vinte Anos da Constituição Federal de 1988**: Resistências e desafios à sua eficácia e efetividade. Revista n. 6 do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008. p. 174.

## CAPÍTULO 2

### O DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO

#### 2.1 DIREITO À EDUCAÇÃO E O ENSINO SUPERIOR PRIVADO NA CONSTITUIÇÃO

Compreendido como um direito social contemplado na Carta Magna no Capítulo destinado à ordem social, o Direito à educação constitui, sem dúvida, uma das maiores necessidades do ser humano. Sem o conhecimento proporcionado pela educação, os indivíduos integrantes de um Estado não estariam preparados para viver em uma sociedade progressivamente mais complexa.

Nesse sentido, utilizaremos para exemplificar o contexto da educação do atual sistema mundial globalizado, as palavras de Genro: “(...) a educação é vital para romper com a histórica dependência científica, tecnológica e cultural de nosso país e consolidar o projeto de nação democrática, autônoma soberana e solidária<sup>59</sup>. Propicia, dessa maneira, um crescimento que efetive o atendimento aos Direitos Fundamentais Sociais.<sup>60</sup>”

A partir dessas premissas, tem-se que o direito e a educação devem trabalhar e buscar a integração e o pleno desenvolvimento do ser humano no contexto social em um meio altamente competitivo.

Além disso, a efetividade do direito social à educação traz como consequência a efetividade do direito social ao trabalho, porque quem tem acesso à educação estará habilitado, em tese, a enfrentar o mercado de trabalho.

A educação como direito fundamental social, segundo Fachin, é direito inviolável e inerente à dignidade da pessoa humana. Neles se

---

<sup>59</sup> GENRO, Tarso. **Uma reforma urgente**. O Globo, 21.12.2004.

<sup>60</sup> TRINDADE, André (Coord.). **Direito Educacional**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 41/42.

traduzem e concretizam as faculdades exigidas pela dignidade, assim como circunscrevem o âmbito que se deve garantir à pessoa para ela se torne possível.<sup>61</sup>

Como já mencionado, os direitos fundamentais, em sua primeira dimensão, representavam uma atividade negativa do Estado, que visava apenas a garantir a inviolabilidade da liberdade na esfera individual. Tal concepção extinguiu-se com o impacto das novas tecnologias na chamada era industrial do século XX. Tais eventos, frente às crises geradas, criaram espaço para o ingresso de novos direitos fundamentais, os chamados direitos de segunda geração, como o próprio direito à educação, caracterizado pela atuação ativa do Estado no intuito de promover a igualdade material.<sup>62</sup>

Com base em uma análise sistemática da evolução dos direitos fundamentais, verifica-se que esses possuem sempre destaque nos textos constitucionais, como elementos primordiais e tipificadores da noção de Constituição. A princípio, assumem caráter negativo de não intervenção, para depois assumirem uma postura ativa, ou seja, de intervenção do Estado.<sup>63</sup>

A noção desse Estado Social difundido nas Constituições do pós- guerra importa a concretização dos postulados referentes aos direitos fundamentais, conquistados e pleiteados para a efetiva consolidação do Estado Social.<sup>64</sup>

Dentre os direitos fundamentais que compõem os direitos sociais de segunda dimensão, então os relacionados à educação, tema principal do presente estudo, em especial, uma análise tópica dos dispositivos constitucionais e as garantias de acesso ao ensino superior privado, bem como o papel das Instituições privadas, com ênfase ao direito educacional e às hodiernas políticas públicas.

---

<sup>61</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar 2006. p. 181.

<sup>62</sup> MALISKA, Marcus Augusto. **O direito à educação e a constituição**. 1. ed. Curitiba: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 41.

<sup>63</sup> MALISKA, Marcus Augusto. **O direito à educação e a constituição**. 1. ed. Curitiba: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 42.

<sup>64</sup> MALISKA, Marcus Augusto. **O direito à educação e a constituição**. p. 46.

Para abordar o tema “direito à educação”, faz-se necessário compreender que ele pertence aos direitos fundamentais sociais e está ligado e baseado na gênese dos Direitos Humanos. Apesar de serem conceitos distintos, ambos se inter-relacionam pela derivação dos Direitos Fundamentais em detrimento dos Humanos, uma vez que *“Lãs raíces de los derechos fundamentales en La historia de lãs ideas políticas son aquellas de los derechos humanos”*.<sup>65</sup>

Nesse contexto, o Direito Educacional como ciência não se limita a observar somente as legislações que lhe são inerentes, mas, sim, visa a coordenar as ações público-privadas que regem o processo educacional, com o objetivo de promover o desenvolvimento do ser humano em seu meio.<sup>66</sup>

O acesso à educação importa, necessariamente, a consecução dos objetivos traçados pela Carta Magna Pátria, visto que, para promover a cidadania e a dignidade da pessoa humana, faz-se necessária a equivalência por meio da educação, na qual o elemento pessoal do Estado poderá realizar escolhas pautadas no aprendizado com consciência e liberdade.<sup>67</sup>

O ideal de transformação do ser humano, que dá condições de acesso e inclusão educacional, também encontra respaldo nos objetivos traçados pela Carta Magna, quando estipula ser dever do Estado a redução das desigualdades sociais e regionais. No mesmo sentido, a Constituição insere a educação como um direito fundamental, tal como saúde e trabalho.

Seguindo essa linha de argumentação, destacam-se as palavras de Motta, quando afirma:

Os direitos sociais inserem-se entre os direitos fundamentais do homem, como uma decorrência direta dos direitos de igualdade e de liberdade. São, na realidade, prestações positivas que, direta ou indiretamente, o Estado proporciona aos habitantes de seu

---

<sup>65</sup> ALEXY, Robert. **Los Derechos Fundamentales**: Três escritos sobre los derechos fundamentales u La teoria de los principios. Bogotá: Universidad Esternado de Colômbia, 2003. p. 31.

<sup>66</sup> TRINDADE, André (Coord.). **Direito Educacional**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 47.

<sup>67</sup> TRINDADE, André (Coord.). **Direito Educacional**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 47.

território, especialmente aos mais fracos e, normalmente, mais numerosos, com o objetivo de diminuir as desigualdades sociais através da oferta de oportunidades para um número cada vez maior de cidadãos.<sup>68</sup>

Apesar de relevante importância, a educação nem sempre foi colocada como prioridade central do nosso Estado. No decurso da História, a educação tornou-se elemento essencial somente a partir da Revolução Francesa e, desde então, ela foi incorporada ao discurso e às preocupações da sociedade de modo geral.<sup>69</sup>

Ao realizar um corte metodológico e ter como objeto o estudo da educação, expõe Saviani:“(...) A educação é inerente à sociedade humana, originando-se do mesmo processo que deu origem ao homem”.<sup>70</sup>

Assim sendo, não há como dissociar a participação de um indivíduo na sociedade sem que ele tenha o domínio da linguagem escrita, ou seja, para participar da vida em sociedade, é necessário o conhecimento da cultura letrada. O acesso a esse conhecimento sistemático, resultado de um processo formalizado, somente pode ser atingido por intermédio de um também processo educativo organizado. Assim, consoante Saviani: “(...) a escola é a instituição que propicia de forma sistemática o acesso à cultura letrada reclamado pelos membros da sociedade moderna”.

Nesse cenário, o acesso à escola para a obtenção da educação escolarizada passa a ser o operacionalizador da educação, conforme afirma Saviani: “(...) É assim, no âmbito da sociedade moderna que a educação se converte, de forma generalizada, numa questão de interesse público a ser, portanto, implementada pelos órgãos públicos, isto é, pelo Estado (...)”<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> MOTTA, Elias de Oliveira. **Direito Educacional e educação no século XXI**. Brasília: UNESCO, 1997. p. 176.

<sup>69</sup> Revista de Ciências da Educação. Ano XI – Número 20. 2009. Artigo científico. Célia Regina Gonçalves Marinelli. p. 385.

<sup>70</sup> SAVIANI, **A nova lei da educação**: trajetória, limites e perspectivas. Campinas, SP: Autores Associados, 2004.



A partir da importância da educação num contexto social, a Carta Magna Federal não só reservou uma atenção especial ao direito à educação, como também atribuiu a ele um caráter prestacional obrigatório e criou, inclusive, um ramo autônomo do direito composto por um conjunto sistematizado de princípios e normas.

Os direitos dos cidadãos no Estado-Nação emergiram, por assim dizer, do reconhecimento da igualdade formal, com base no pressuposto de que todos eram iguais perante a lei. Porém, a capacidade de exercitar esse e outros direitos pressupunha um mínimo de educação e, sem ela, os demais direitos seriam inacessíveis aos homens.

Dessa forma, as reivindicações são frutos de uma necessidade da sociedade. A demanda por educação, assim como outros direitos sociais, constituíram um fenômeno histórico surgido em um dado momento para resolver as contradições aparecidas na sociedade. Nesse sentido, Mialle expõe:

(...) o Estado, caracterizado como um fenômeno histórico surgido num dado momento da História para resolver contradições aparecidas na sociedade civil". "Reconhece ao indivíduo uma série de direitos, legitimando a relação de igualdade perante a lei, ao instituir a figura da personalidade jurídica, segundo a qual as desigualdades existentes decorrem diretamente das relações sociais necessárias ao funcionamento do modo de produção, constituindo-se, portanto, não em um tipo abstrato, mas em uma criação própria da sociedade capitalista.<sup>71</sup>

O artigo 6.º da Constituição Federal inclui a educação no elenco de direitos sociais fundamentais. Dessa forma, ao aplicar à educação a ressalva de pertencer aos direitos sociais, o constituinte coloca a educação no mesmo patamar da saúde e do trabalho e aplica as mesmas prerrogativas necessárias à sua plena efetivação enquanto direito social.<sup>72</sup>

---

<sup>71</sup> MIALLE, **Introdução crítica ao direito**. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1994, p. 114-128.

<sup>72</sup> TRINDADE, André (Coord.). **Direito Educacional**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 47.

O conteúdo específico sobre educação encontra-se localizado no texto constitucional, no Capítulo III, da Cultura e do Desporto, sendo que a Seção I desenvolve todo o seu teor. Assim, o conteúdo educacional está distribuído entre os artigos 205 e 214 da Carta Magna.

Segundo Trindade, de nada adiantaria toda a regulamentação de a educação estar inserida tanto no texto constitucional como na legislação infraconstitucional, se não fosse toda a base principiológica, sustentadora dessa promoção social.<sup>73</sup>

Para Luhmann, o sistema educativo somente pode ser compreendido como parte de uma Superteoria Social. O autor tem como ponto de partida a análise acerca da Teoria dos Sistemas de Parsons e, mais tarde, o estudo do mesmo autor sob uma perspectiva originária da teoria acerca dos Sistemas Vivos, preconizada por Francisco Varela. Luhmann objetivou o desenvolvimento de uma teoria geral dos sistemas sociais, com características não humanísticas e não regionalistas, todavia sem negar completamente as diferenças sobre as condições de vida em cada região.<sup>74</sup>

Segundo Paiva, é fato notório que o Direito se mostra mais preocupado com o sistema educacional e busca uma adequada normatização, haja vista o exemplo da Constituição de 1988, que traz um extenso capítulo dedicado à educação.<sup>75</sup>

Nos termos do artigo 207 da Constituição, as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. Essa autonomia, segundo Maliska, citando Ranieri, seria o núcleo de

---

<sup>73</sup> TRINDADE, André (Coord.). **Direito Educacional**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 49.

<sup>74</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidade Iberoamericana/Colección Teoría Social, 2005. p. 107.

<sup>75</sup> PAIVA, Regina Garcia de, **Direito Educacional**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 63.

competência autônoma assinalado pela Constituição, dentro do qual agem por sua conta e risco, desde que atendidos os limites constitucionais.<sup>76</sup>

A Universidade, como instituição, tem o dever de desenvolver e reproduzir conhecimentos, com o objetivo de formar indivíduos que contribuam para o avanço da sociedade de que fazem parte. Nesse sentido, por meio do ensino, pesquisa e extensão, a sociedade universitária será capaz de servir a todos como instrumento de finalidade social.<sup>77</sup>

Coloca-se, de manifesto, que os comandos constitucionais, relacionados à educação, decorrem inicialmente dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, uma vez que não há como falar em sociedade solidária, desenvolvimento social, ou mesmo reduzir as desigualdades sociais e regionais, sem antes garantir o acesso ao direito à educação.<sup>78</sup>

A partir dos objetivos, o primeiro artigo direcionado ao conteúdo educacional é o 205 da Carta Magna, cujo conteúdo programático, endereçado à ordem socioeconômica, estabelece objetivos a serem alcançados e declara intenções valorativas:

Artigo 205. CR/88. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Segundo Ranieri, citado em Gomes, os princípios constitucionais são, hoje, vetores de todo o regime jurídico da educação superior e, sob tal aspecto, apesar de serem normas programáticas, são aplicáveis, visto que, do contrário, abre-se espaço para que a legislação infraconstitucional vá em sentido contrário ao que preconiza a Carta Magna, o que não se pode admitir em

---

<sup>76</sup> RANIERI, Nina. **Autonomia Universitária**: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988. p. 138.

<sup>77</sup> RANIERI, Nina. **Autonomia Universitária**: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988. p. 116.

<sup>78</sup> GOMES, Magno Frederici. **Direito educacional superior**: evolução histórica, legislação, procedimentos administrativos e função normativa. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 98.

uma sociedade democrática, pautada pela supremacia da Constituição e pela dignidade da pessoa humana.<sup>79</sup>

Ainda segundo Ranieri:

A educação, como tal, tem sujeito e objeto distintos do direito individual e social à educação, e por isso é protegida diretamente como realidade social. Esta proteção, é certo, expande-se indiretamente para a proteção daqueles direitos fundamentais.<sup>80</sup>

Assim, o objetivo maior seria, efetivamente, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a fim de garantir a todos as mesmas condições de acesso e permanência no ensino, demonstrando o constituinte o desejo de alcançar o pleno acesso à educação em todos os níveis. Mais ainda: a liberdade na produção, transmissão e reprodução do conhecimento visam a garantir o desenvolvimento nacional, a evitar a censura, bem como a efetivar o fundamento do pluralismo político de ideias.<sup>81</sup>

O pluralismo de ideias foi devidamente consagrado pela Carta Magna, como colaborador da evolução das diversidades culturais, bem como a garantia do direito à diferença, porque não mais se admite qualquer tratamento diferenciado em razão de questões étnicas, culturais, sociais ou de qualquer outra forma que venha a violar garantias e liberdades individuais.

O artigo 206 da Carta Magna no seu inciso III preconiza que o ensino será ministrado com a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, como forma de garantir o acesso de todos os brasileiros a todos os níveis de ensino.

---

<sup>79</sup> RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Aspectos Jurídicos da Autonomia Universitária no Brasil. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n. 31, p. 19-30, out/dez 2005, citado em GOMES, Magno Frederici. *Direito educacional superior: evolução histórica, legislação, procedimentos administrativos e função normativa*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 101.

<sup>80</sup> RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Aspectos Jurídicos da autonomia universitária no Brasil. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n. 31, p. 19-30, out/dez 2005, citado em GOMES, Magno Frederici. *Direito educacional superior: evolução histórica, legislação, procedimentos administrativos e função normativa*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 102.

<sup>81</sup> GOMES, Magno Frederici. **Direito educacional superior: evolução histórica, legislação, procedimentos administrativos e função normativa**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 105.

O objetivo da Constituição, ao permitir que a iniciativa privada colaborasse com a prática da educação, decorre do objetivo maior de construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como o de ratificar que o Estado Brasileiro incentiva a livre iniciativa como ordem econômica e considera-a como fundamento constitucional disposta ao lado dos valores sociais do trabalho.

Nesse sentido, Sarlet afirma que as normas de direitos fundamentais impõem limites à atuação estatal e objetivam, primeiramente, impedir que o Estado venha a violar os direitos inerentes à pessoa humana, como também, num segundo momento, importa uma perspectiva positiva ou impositiva, como meta permanente na promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos.<sup>82</sup>

Assim, tendo como base a necessidade de que todo órgão, funções e atividades estatais se encontram vinculados aos princípios da dignidade da pessoa humana, necessariamente, essas não se limitam a um dever de abstenção, mas também a condutas positivas, tendentes a efetivar direitos e garantias necessários à execução da igualdade material.

Ao Estado, cumpre a obrigação de promover as condições necessárias que viabilizem e removam toda a sorte de obstáculos que estejam a impedir a promoção da dignidade da pessoa humana. Além disso, cumpre, ainda, o dever de adotar medidas de precauções procedimentais e organizacionais no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos direitos fundamentais.<sup>83</sup>

A expansão da educação superior no Estado Brasileiro foi uma das soluções encontradas para ampliar o acesso ao ensino. Observa-se que as transformações na sociedade brasileira trouxeram novas demandas ao nível superior da educação, a que o setor privado respondeu devidamente.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 120.

<sup>83</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 121 e 122.

<sup>84</sup> GOMES, Magno Frederici. **Direito educacional superior: evolução histórica, legislação, procedimentos administrativos e função normativa**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 63 e 65.

Nas lições de Gomes, já no período compreendido entre 1960 e 1980, o ensino superior privado possuía participação de 63% de todas as matrículas efetivadas no sistema educacional superior. Naquele determinado período histórico, as políticas públicas educacionais para o nível superior tinham como meta primária a expansão da atividade econômica, a integração social e o desenvolvimento de recursos humanos.<sup>85</sup>

Não obstante, a partir de meados da década de 1980, o poder público passa a conter o avanço do ensino superior privado mediante a expedição de atos normativos, suspensão e sustação da criação de cursos de ensino superior.<sup>86</sup>

Com a vigência plena da Lei de Diretrizes Básicas da Educação – LDB, Lei 9.394/96, confirmou-se o princípio constitucional da autonomia das universidades, que gerou como consequência natural a expansão do segmento privado de educação superior, haja vista a insuficiência do setor público na demanda em franca expansão.<sup>87</sup>

Consoante dados do INEP, citados por Gomes, o crescimento das Instituições privadas foi excessivamente superior ao das redes públicas, que, com o passar dos anos, ocupou menor espaço na educação superior em geral. Ainda segundo o autor, tal fato surge em função da cessão de espaço do setor público em favor do privado, que passa a assumir a responsabilidade social, que cabe à República Federativa do Brasil.<sup>88</sup>

A distinção entre o público e o privado, no que tange à matéria educação, constitui uma linha tênue, já que a entidade privada que se compromete com o mister de ensinar dentro e de acordo com os princípios

---

<sup>85</sup> GOMES, Magno Frederici. **Direito educacional superior**: evolução histórica, legislação, procedimentos administrativos e função normativa. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 67 e 68.

<sup>86</sup> GOMES, Magno Frederici. **Direito educacional superior**: evolução histórica, legislação, procedimentos administrativos e função normativa. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 69 e 70. Segundo o autor, figuraram entre esses atos o Decreto 86.000/81, o Decreto 91.694/85, o Decreto 93.594/86 e o Decreto 95.003/87.

<sup>87</sup> GOMES, Magno Frederici. **Direito educacional superior**: evolução histórica, legislação, procedimentos administrativos e função normativa. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 71 e 72.

<sup>88</sup> GOMES, Magno Frederici. **Direito educacional superior**: evolução histórica, legislação, procedimentos administrativos e função normativa. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 85 a 87.

constitucionais, assume uma atividade pública não estatal. Segundo Maliska, assume também um objetivo social do Estado e colabora na efetivação das tarefas prestacionais públicas.<sup>89</sup>

## **2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À EDUCAÇÃO CONFRONTADO COM O FUNDAMENTO DO ESTADO BRASILEIRO: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Apesar da dimensão e da grande importância das normas infraconstitucionais e constitucionais, qualquer regramento social e jurídico tem como base fundamental a principiológica, que lhe serve de sustentação máxima na interpretação de seus preceitos<sup>90</sup>. Nesse sentido, expõe Origuella:

(...) O intérprete do direito à educação, na análise do texto constitucional, deve ter presente a existência de princípios gerais em matéria de educação e, a partir deles, desenvolver sua atividade interpretativa de modo a, sempre, respaldar a concretização de uma regra na estreita conformação da Constituição.<sup>91</sup>

A partir de uma análise histórica, o ensino privado sempre atuou como auxiliar e colaborador do Estado e, mesmo que o ensino seja um dever do Estado, as entidades privadas podem prestá-lo mediante autorização e avaliação do Poder Público, atendidas as normas gerais de educação.<sup>92</sup>

Os princípios do Direito Educacional têm por finalidade realizar a ligação entre o ideário sociovalorativo e a interpretação jus positivista. A existência dos princípios surge para efetivar os anseios de uma determinada realidade social. Esses princípios são importantes para resolver uma situação concreta e, com base neles, desenvolver uma base argumentativa.<sup>93</sup>

---

<sup>89</sup> MALISKA, Marcus Augusto. **O direito à educação e a constituição**. p. 163.

<sup>90</sup> TRINDADE, André (Coord.). **Direito Educacional**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 49.

<sup>91</sup> ORIGUELLA, Jeanine Simone. **O direito à educação no ordenamento jurídico brasileiro, vinculado à criança e ao adolescente**. Canoas, 2002 (Monografia).

<sup>92</sup> MALISKA, Marcus Augusto. **O direito à educação e a constituição**. 1. ed. Curitiba: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 189.

<sup>93</sup> TRINDADE, André (Coord.). **Direito Educacional**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 49.

A partir da leitura dessa concepção, pode-se afirmar que, para a educação cumprir sua função social, é indispensável a observância dos princípios que norteiam a vida social e, principalmente, a dignidade da pessoa humana.

Um dos desafios a serem percorridos neste trabalho está justamente na compreensão de um núcleo conceitual de fundamentalidade a suportar a elaboração de um rol de direitos, que, se encaixados coincidentemente num mesmo perfil, possam ser juridicamente considerados fundamentais.

Defende-se que os direitos fundamentais são cronologicamente anteriores e axiologicamente superiores à existência estatal e caberia ao legislador constituinte apenas a declaração e não a constituição desses direitos, por serem naturais, intrínsecos e inseparáveis da pessoa humana. Um conceito fundamentalmente jus naturalista, exposto a várias críticas doutrinárias<sup>94</sup>, notadamente pela desconsideração, é o pensamento dos fatores políticos e sociais, cuja evolução vai, inequivocamente, redesenhando a feição jurídica dos direitos fundamentais.

Assim, o sistema jurídico consolidado no Estado Moderno fez questão de atribuir à lei toda a força normativa e, assim, limitou a base de direitos fundamentais ao que formalmente estava sendo concebido. Ocorre que o processo de constitucionalização do direito e a respectiva efetivação de seus preceitos fazem com que o processo meramente lógico-formal seja substituído, ou pelo menos integrado por um critério material, mediante a argumentação específica de essencialidades vivenciadas na complexa dramaticidade dos

---

<sup>94</sup> Uma das mais eloquentes críticas contra a adoção de conceitos jus naturalistas é de Alf Ross, que critica duramente a filosofia do direito natural, pois duvida da possibilidade de sua verificação. Segundo ele, não existe o alegado transcendentalismo das proposições jus naturalistas, as quais são, em verdade, arbitrárias e, diferentemente do que o próprio direito natural preconiza, fruto de uma análise temporal, pessoal e local. O pensamento firmado na natureza humana é capaz de relegar incoerências, como admitir que uns dominem os outros pelo inequívoco fato de serem naturalmente superiores a estes. Também suporta a existência do Estado e seu poder absoluto, ao mesmo tempo em que formula raciocínio para a quebra dessa hegemonia estatal absolutista para a criação da democracia e valorização de direitos individuais. Ou seja, mediante as argumentações historicamente utilizadas pelos pensadores, Ross afirma que o direito natural é instrumento que, de tamanha imprecisão, serve para justificativa de qualquer posicionamento. Está a serviço de todos e, por certo, assenta-se em variabilidade conforme as paixões e convicções de que a utiliza para defender seu ponto de vista. (ROSS, Alf. *Direito e Justiça* São Paulo: Edipro, 2007. p. 302-304).



acontecimentos sociais do Estado pós-moderno. Esses fatores funcionarão como critérios de legitimidade das normas previamente estabelecidas. Então, o que antes se suportava tão somente em aspectos meramente formais, com suficiência na descrição no ordenamento positivado, agora passa por um segundo processo, o da legitimidade, em que se materializa a análise e se restabelece, inclusive, o apego a uma fundamentação filosófica dos direitos fundamentais.<sup>95</sup>

Em um primeiro momento, são fundamentais os direitos garantidos por normas de índole constitucional. Considerando o critério formal de identificação de normas constitucionais, é assente a compreensão de que os direitos fundamentais estão todos previstos no corpo legislativo da própria Constituição Federal, sem exceções.<sup>96</sup> Com um número significativo de adeptos, também é comum dizer-se que os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados em um sistema jurídico interno de um país, ou seja, de alguma forma, foram objeto de previsão nos sistemas constitucionais de cada Estado.

Canotilho<sup>97</sup> alerta que o silêncio constitucional acerca desses direitos os torna, em verdade, *aspirações, ideias, impulsos, ou até, por vezes, mera retórica política*. No entanto, não se deixa de asseverar a fundamentalidade material de direitos dessa natureza, os quais constituem *estruturas básicas do Estado e da sociedade*, sendo, portanto, eleitos por estes para ostentar situação privilegiada no ordenamento jurídico.

Por certo, os direitos fundamentais precisam ter base jurídica e, para tanto, não existe outra fonte senão o próprio ordenamento legal que o preveja como fundamental. A finalidade de sua existência pauta-se na necessidade de se conferir aos indivíduos uma posição de direito subjetivo, o que, como já dissemos, pode gerar uma obrigação de fazer algo ou abster-se de fazê-

---

<sup>95</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Fundamentação e Normatividade dos Direitos Fundamentais**: Uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luiz Roberto (org.) op. cit. p. 285.

<sup>96</sup> Muito embora existam doutrinadores que atribuam ao conteúdo da norma a sua fundamentalidade e não somente ao aspecto formalista como sugere a maioria. (AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 90.)

<sup>97</sup> CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 377-379

lo, com a inovação de que essa atribuição de duplo caráter recai tanto ao Estado quanto aos entes privados.

A já mencionada fundamentalidade material, dentre os vários critérios eleitos pela doutrina, deve ser analisada sob a inspiradora ótica de Vieira Andrade, por seu conteúdo comum baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, cuja concretização se busca por meio da previsão e consolidação dos direitos fundamentais.<sup>98</sup> Consequentemente, a previsão constitucional da dignidade da pessoa humana serviu não só como inspiração, mas também como legitimação dos direitos fundamentais, que, em manifesta finalidade concretizadora daquele, insculpem uma ordem pautada em principiologia subjacente, o que se denominou de Estado Democrático de Direito.

O perigo é a elasticidade do conceito de dignidade humana que, por meio de uma construção racional, pode alcançar todo e qualquer direito, dando-lhe credibilidade, mesmo quando tal atribuição se mostra indevida. Por isso mesmo, Sarlet<sup>99</sup> propõe que a mera utilização do princípio como suporte dos direitos fundamentais é insuficiente e sugere outros três requisitos. Ensina o preclaro jurista, em coincidência com Vieira de Andrade, que os direitos fundamentais se assemelham por apresentarem um “radical subjetivo”, ao representarem aos seus titulares certa e privilegiada posição subjetiva. Atribui-se também aos direitos fundamentais uma função protetiva, fazendo-se com que imponham inviolabilidade a determinados bens considerados essenciais. O escritor brasileiro, complementando o pensamento do autor lusitano, sustenta que os critérios mencionados devem abranger também os direitos sociais, sob pena de incorrer em negligência quanto a bens de mesma relevância, os quais se inspiraram no princípio constitucional da sociabilidade.

A era de silêncio estatal, imposta pela dimensão (ou geração) de direitos fundamentais, proporcionou grande desenvolvimento econômico aos Estados e executou uma corrida tecnológica até então sem

---

<sup>98</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 83.

<sup>99</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Livraria do Advogado: 2007, p. 131-132.

precedentes na história da humanidade. Ao mesmo tempo, uma crise de cunho social assolou os grandes países. A Revolução Industrial do século XIX culminou em grandes desigualdades e sociais e fomentou a criação de uma nova classe, a operária, obstinada a revogar a ordem política vigente.

A partir do século XX, os direitos sociais passam a ostentar a qualificação de constitucionais, quando formalmente começam a ser previstos nas Constituições do México (1917) e da República da Alemanha (1919), as quais passam a ser marcos, ainda que simbólicos, da necessidade de se impor uma obrigação prestacional ao Estado, alertando para a insuficiência das garantias meramente individuais.

Isso decorre do fato de as relações interpessoais se pautarem em manifesta desigualdade material, o que acabava por criar casos extremos de carências no quadro pertinente às condições existenciais mínimas e revelavam o hiato na justiça social em decorrência do modelo político adotado.

Os Direitos Fundamentais Sociais surgem, então, como direitos por meio do Estado, em que se exigem do Poder Público prestações materiais, aperfeiçoadas por meio de leis, atos administrativos e políticas sociais, que consigam fazer estender direitos constitucionalmente protegidos a uma parcela menos favorecida da sociedade.<sup>100</sup> O que se denominou de *status* positivo, que confere ao indivíduo o direito de recorrer ao aparelho estatal para que se lhe conceda uma prestação positiva<sup>101</sup>, e não simplesmente uma abstenção, como ocorre com os direitos individuais.

As Constituições passam a estabelecer mais normas programáticas, em que se firmam finalidades e metas a vincular o legislador ordinário, que, por meio de sua atuação funcional, passa a ter o dever de garantir a eles um nível ideal de concretude.

---

<sup>100</sup> KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: **Constituição Concretizada** – Construindo pontes com o público e o privado. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 27. O autor faz questão de afastar a ideia de que os direitos sociais são oponíveis contra o Estado, mas sim através dele.

<sup>101</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 263-7

O teor dessas normas, eventualmente avaliado sob uma condição meramente política, traduzia pouca impositividade, na medida em que gerava, tão somente, expectativas acerca da sua concretização e se condicionava (e continua a se condicionar) a pressupostos de índole econômica.<sup>102</sup>

Cumpra essa situação a própria construção constitucional dos Direitos Fundamentais Sociais, que, de forma descomprometida com uma metodologia científica adequada, passou a descrever alguns direitos sociais, em rol exemplificativo, apesar de, muitas vezes, incorrer em contradição.<sup>103</sup>

De alguma forma, essas considerações frustram o modelo de normatividade da Constituição, que, com base na obra de Hesse, apresentam as normas constitucionais não mais como meros símbolos, longe de concretude mínima, mas, sim, de indicativos idôneos para suportar os reclamos sociais. Representam não somente o ser, mas também o dever ser e impõem ao Poder Público e à sociedade conduta que se conforme com os ideais políticos e sociais emergentes.<sup>104</sup>

Segundo Marcelo Neves, o Estado, diante da aparente normatividade acerca de garantias mínimas de direitos sociais, cria uma ilusão na sociedade, ao executar ideologicamente uma nova formatação legislativa e constitucional, com o intuito de transparecer um Estado interessado em enfrentar os problemas sociais, por meio de política legislativa, que, sabe-se, não se pauta em viabilidade econômica e política para ser operacionalizada, mas atende, tão somente, às metas estabelecidas nos preceitos normativos.<sup>105</sup>

Assim, cria-se grande número de leis (inflação legislativa), todas garantidoras de condições razoáveis para a subsistência humana na sociedade, mas sem repercussão real, porquanto não condizem com a estrutura administrativa disponibilizada para a sua aplicabilidade.

---

<sup>102</sup> KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: **Constituição Concretizada** – Construindo pontes com o público e o privado. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) p. 28.

<sup>103</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Direitos e garantias individuais. In: **A constituição brasileira de 1988** – Interpretações, Rio de Janeiro, 1988, p. 21 e segs..

<sup>104</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, p. 15.

<sup>105</sup> NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

Uma percepção importante e até certo ponto pessimista serve para ponderar sobre uma eventual percepção errônea: a providência estatal na consecução dos valores mínimos ligados à vida humana limita-se a uma nova condição jurídica instituída no ordenamento. Assim, não se pode desprezar a importância que as normas programáticas exercem na sociedade contemporânea, que, diante de novos desafios a superar, busca estabelecer escopos institucionais a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade.

O conteúdo da Constituição sempre pressupõe um “discurso codificador da realização de interesses pragmáticos e da legitimação de pretensões de domínio político. A ‘verdade discursiva’ é a codificação de uma luta por posições constitucionais.”<sup>106</sup>

Pode-se dizer que, muito mais do que uma simples inspiração para o legislador ordinário, os direitos sociais programáticos representam verdadeiros “mandados de otimização”, na expressão de Alexy<sup>107</sup>, os quais devem ser intensificados, a ponto de delimitar o perfeito preceito normativo a eles subjacente.

Circunstâncias de toda ordem trazem obstáculos ao cumprimento exemplar dos ditames previstos em lei, notadamente as metas estabelecidas pela Constituição, principalmente em sociedades como a brasileira. No entanto, não se pode aceitar que o Poder Público se abstenha de prestar assistência e deixe de proporcionar serviços essenciais a uma vida digna. Nasce, então, a teoria do mínimo existencial, consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, que determina uma postura a ser seguida pelo Estado por meio de ações positivas suficientemente idôneas para garantir uma margem mínima de dignidade ao indivíduo.

Em importante artigo sobre o tema, assim se diz:

---

<sup>106</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982, p. 460. É verdade que o autor reviu significativamente o seu posicionamento acerca da “Constituição Dirigente”.

<sup>108</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. p. 60.

Esse princípio vincula e obriga todas as ações e políticas públicas, pois o Estado é tido como meio fundado no fim que é o homem, ao qual se há de respeitar em sua dignidade fundante do sistema constituído (constitucionalizado). É esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções.<sup>108</sup>

Barcelos identifica duas grandes dificuldades para se executar uma política a fim de estabelecer patamar mínimo de satisfação dos direitos sociais. A primeira delas é a questão dos custos envolvidos na realização desses direitos; a segunda, a imprecisão dos próprios enunciados que os preveem.<sup>109</sup>

O primeiro dos temas é um dos obstáculos de mais difícil transposição para a eficácia dos direitos fundamentais sociais, lembrando que os recursos públicos sempre serão limitados, o que não ocorre com as necessidades públicas, bem mais presentes e visíveis nas cidades.<sup>110</sup>

Há uma incompetência no dever prestacional do Estado quando, inspirado numa política de atendimento a necessidades essenciais, extrapola as condições econômicas disponíveis e vulnera outras parcelas de necessidade, geralmente a educação, a alimentação e a saúde. Por isso, os valores sociais estão sempre ligados à orientação política e refletem o padrão de eficácia de atuação do Poder Público.

Quanto à falta de densidade dos direitos fundamentais sociais, notadamente quando eles são expressos sob a forma de princípio, temos de destacar que a influência na interpretação parece ser o mais eloquente papel

---

<sup>108</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade humana e a exclusão social**. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>. Acesso em 13.7.2011.

<sup>109</sup> BARCELLOS, Ana Paula. **O mínimo existencial e algumas fundamentações**: John Rawls, Michal Walzer e Robert Alexy. In: *Legitimação dos direitos humanos*. TORRES, Ricardo Lobo (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 16.

<sup>110</sup> Estudo do tema é muito bem desenvolvido por PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Madrid: Editorial Dykinson, 1999, p. 67 e seguintes.

desses direitos e, da mesma forma, representam verdadeiro princípio de proibição do retrocesso social.<sup>111</sup>

Por outro lado, em caráter de interpretação, aqui se adotando o juízo de ponderação sugerido por Robert Alexy, nas palavras de Ana Paula Barcellos, tem-se que o mínimo existencial

é o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo o homem tem direito; é o núcleo irreduzível da dignidade da pessoa humana. É, portanto, a redução máxima que se pode fazer em atenção aos demais princípios.<sup>112</sup>

Assim, no presente conflito entre direitos e interesses, o mínimo existencial enquadra-se em posição privilegiada de essencialidade e não se pode suprimir, sob pena de voltar-se contra a própria essência humana de existir com dignidade. A análise em cada caso vertente torna-se praticamente obrigatória, de modo que é correto dizer que a aplicação da teoria deve dar-se sempre que condições específicas do caso assim o aconselhem e permitam.

É certo que a ponderação dos direitos em conflito não dá ao juiz o controle arbitrário de suas decisões, mas deve acompanhar a sistemática jurídica que, por certo, nasce na dignidade da pessoa humana, mas se constrói por meio de princípios e regras que, de forma constitucional e infraconstitucional, costuram a ordem mínima de valores a serem garantidos pelo Estado e perseguidos pela sociedade.

Ressalta-se que os princípios constitucionais inerentes à educação têm, como meta, a proposição de ações coordenadas públicas e privadas, com a consecução de transformação do ser humano na sociedade,

---

<sup>111</sup> Sobre o princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas ('lei de segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais, que, sem a criação prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente autorreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado". CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1997, p. 327.

<sup>112</sup> BARCELLOS, Ana Paula. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michal Walzer e Robert Alexy. In: Legitimação dos direitos humanos. TORRES, Ricardo Lobo (org.). p 45.

razão pela qual a Constituição prima pela liberdade de ensino e condiciona a sua efetivação à observância da sua função social.<sup>113</sup>

Tem-se como fundamento nas culturas jurídicas e sociais modernas o direito de liberdade, paradigma superado ao longo de anos como indispensável ao desenvolvimento social. Da mesma forma, no que tange à educação, a garantia da liberdade constitui princípio constitucional, a liberdade para aprender, ensinar e divulgar o pensamento, a arte e o saber.<sup>114</sup>

A liberdade encontra respaldo em diversos dispositivos constitucionais, tais como o artigo 3.º, I, da Constituição Federal<sup>115</sup>, que considera a liberdade objetivo fundamental, bem como o artigo 5.º, *caput*, que garante o direito de liberdade aos brasileiros e estrangeiros residentes no país, bem como permite a liberdade de expressão.

Há, ainda, situações em que o direito à liberdade será protegido por medidas que, na verdade, violam o próprio direito de liberdade, nos casos em que o bem protegido se situa na esfera da indisponibilidade, como a obrigatoriedade no uso do cinto de segurança ou, ainda, na restrição de circulação em determinadas áreas e inúmeras outras fundamentais para a vida em sociedade.<sup>116</sup>

A liberdade como princípio geral de educação refere-se à manifestação plural de pensamentos quanto à liberdade científica e liberdade de investigação, a serem desenvolvidas no ensino superior. Trata-se da possibilidade de expansão das diversas formas de pensamento, bem como da liberdade e garantia de proteção e todas as formas tradicionais de conhecimento.<sup>117</sup>

---

<sup>113</sup> TRINDADE, André (Coord.). **Direito Educacional**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 47.

<sup>114</sup> MALISKA, Marcus Augusto. **O direito à educação e a constituição**. 1. ed. Curitiba: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 175.

<sup>115</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 20 de outubro de 2010.

<sup>116</sup> MALISKA, Marcus Augusto. **O direito à educação e a constituição**. 1. ed. Curitiba: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 175.

<sup>117</sup> MALISKA, Marcus Augusto. **O direito à educação e a constituição**. 1. ed. Curitiba: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 178.



Segundo Maliska, citando Konrad Hesse, a plena garantia da liberdade encontrará limites quando essa for confrontada com outra garantia fundamental. O autor cita, como exemplo, as pesquisas científicas que realizam experimentos científicos capazes de criar alterações genéticas, violadoras dos valores e fundamentos da Constituição.<sup>118</sup>

Decerto, mostra-se perfeitamente razoável tal conclusão, à medida que todas as garantias fundamentais devem ser exercidas em consonância e harmonia com outros princípios constitucionais, tendo com parâmetro todos aqueles que compõem os fundamentos de um estado e, no caso da Constituição Brasileira, o direito à vida e o da dignidade da pessoa humana.

Ainda no que tange ao princípio da liberdade na área educacional e em conformidade com o fundamento constitucional do pluralismo político, todo conhecimento científico deve ser divulgado, para que não tenhamos de viver como em recente período histórico. A partir da pluralidade de ideias e concepções filosóficas ou sociológicas, não será possível engessar de forma vinculante o sistema de ensino.

O ensino deverá adotar padrões e normas mínimas condicionadas pela Constituição, bem como pelas normas infraconstitucionais, com respeito à diferença e aos diversos valores culturais regionais e nacionais existentes. Haverá, assim, um padrão mínimo a ser seguido, embora cada instituição de ensino possa desenvolver seu plano pedagógico em atenção às realidades locais, enfatizando ou orientando os alunos sobre as riquezas culturais ou materiais próprias daquele lugar.

Segundo Wolkmer, o pluralismo disposto no inciso V do artigo 1.º da Constituição Federal seria caracterizado pela coexistência das diferenças, bem como pela diversidade de sistemas jurídicos circunscrita à multiplicidade de fontes normativas informais e difusas.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> MALISKA, Marcus Augusto. **O direito à educação e a constituição**. 1. ed. Curitiba: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 178 e 179.

<sup>119</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Ômega, 1994, p.155.

## CAPÍTULO 3

### O DIREITO À EDUCAÇÃO SUPERIOR COMO DIREITO SOCIAL

#### 3.1 POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACESSO AO ENSINO SUPERIOR PRIVADO COMO EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS INDIVIDUAIS

Este Capítulo tem origem na preocupação com as inovações das políticas públicas de acesso ao ensino superior privado no campo do Direito. As noções de políticas públicas que serão abordadas neste trabalho têm como marco estruturante o direito e a possibilidade de manejo do aparelho estatal na efetivação da política social da educação, bem como no relacionamento do Estado com a sociedade.

Consoante Bucci, as políticas públicas carecem de uma sistematização quanto confrontadas com a estrutura normativa existente, haja vista que toda intenção de mudanças ou aperfeiçoamento esbarra na burocracia estatal.<sup>120</sup> Além disso, o avanço da democracia não mais permite que a prática efetiva de questões sociais permaneça no plano teórico.

Nesse sentido, as políticas públicas prestadas pelo Estado efetivarão os fundamentos jurídicos dos direitos sociais. Tal acepção tem origem na temática Ciência Política e da Administração Pública. Todavia, em virtude de seu campo de interesse, tem sido tratada na Ciência do Direito, no âmbito da Teoria Geral do Estado, do Direito Constitucional e Direito Administrativo e, em especial, no Direito Público.<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o conceito jurídico – São Paulo: Saraiva, 2006. p. IX.

<sup>121</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o conceito jurídico – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1.

A partir do século XX, momento em que as Constituições passaram a dispor sobre os chamados direitos sociais, ocorreu uma mudança na postura do Estado para com a sociedade, com a supressão da figura abstencionista para uma com caráter prestacional com viés obrigacional.

A compreensão das políticas públicas justifica-se como necessária à medida que se buscam novas formas de concretização dos direitos sociais. Tais direitos são a base para a garantia dos direitos de liberdade, visto que não há que se falar em liberdade ou dignidade da pessoa humana àqueles que não possuem garantias sociais mínimas de subsistência.<sup>122</sup>

Ocorre que o modelo de bem-estar fundado em rol de garantias sociais nem sempre fora visto como importante, já que a sua execução acarretaria um gasto estrutural para o Estado. Desse modo, segundo Bucci:

Extensão, hoje, do cumprimento do direito à educação é uma das variáveis a definir a posição relativa de um Estado no cenário mundial, em termos de desenvolvimento. Esse processo de direitos, por demanda da cidadania, enseja um incremento da intervenção do Estado no domínio econômico. A intervenção do Estado na vida econômica e social é uma realidade, a partir do século XX. E, apesar das alterações qualitativas dessa presença estatal que foram realizadas em diversas ocasiões, a pretextos variados, ao longo desse período, o fato essencial é a indispensabilidade da presença do Estado, seja como partícipe, introdutor ou regulador do processo econômico.<sup>123</sup>

Segundo Ohlweiler, são políticas públicas:

Conjunto de ações desenvolvidas pelo Poder Público para materializar as indicações do bem comum, a justiça social e a igualdade dos cidadãos. Ao realizar-se o exame das indicações constitucionais, é crível concluir pela existência efetiva de diversas ações a serem desenvolvidas pelo Estado e pelos

---

<sup>122</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o conceito jurídico – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3.

<sup>123</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o conceito jurídico – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 5.

próprios cidadãos, até porque pública é um bem de toda comunidade.<sup>124</sup>

Ainda segundo Ohlweiler, a garantia de fundamentos como o da dignidade da pessoa humana ou cidadania, bem como a concretização de objetivos, como o da construção de uma sociedade solidária que busca erradicar a pobreza, estão ligados à importância da concretização de políticas públicas, capazes de levar os cidadãos para uma instância de autonomização, em que eles possam acontecer como cidadãos na sociedade democrática.<sup>125</sup>

Nesse processo evolutivo das garantias constitucionais de todo cidadão, as políticas públicas constituem obrigação do Estado dirigente, atento a todos os princípios constitucionais, incluídos o da solidariedade e o da tolerância. Essa participação do Estado, quando da efetivação de políticas públicas, não mais pode ser arbitrária, mas, sim, participativa.

A postura do Estado diante das políticas públicas está relacionada, portanto, com uma atitude intervencionista daquele para a promoção do desenvolvimento econômico, social, cultural e político.<sup>126</sup>

Nesse sentido, dispõe Bercovici, citado por Ohlweiler:<sup>127</sup>

O desenvolvimento é condição necessária para a realização do bem-estar social. O Estado é, através do planejamento, o principal motor do desenvolvimento. Para desempenhar a função de condutor do desenvolvimento, o Estado deve ter autonomia frente aos grupos sociais, ampliar suas funções e readequar seus órgãos e estruturas.

---

<sup>124</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. **Políticas públicas e controle jurisdicional**: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”/ org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 289.

<sup>125</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. **Políticas públicas e controle jurisdicional**: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”/ org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 289.

<sup>126</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. **Políticas públicas e controle jurisdicional**: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”/ org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 289.

<sup>127</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

Para Santos, a questão no âmbito dos direitos sociais:<sup>128</sup>

(...) o fundamento das políticas públicas assenta-se na própria existência dos direitos sociais, enquanto direitos constitucionalmente positivados, cuja nota distintiva é o fato de que sua concretização se dá por meio de prestações positivas do Estado.

O Estado, portanto, tem um papel no processo de transformação social via políticas públicas como ente na busca do bem-estar do Estado Social de Direitos e, dessa forma, cumpre a ele a construção do horizonte a ser percorrido na busca dos fins, objetos e propostas para a sociedade.<sup>129</sup>

As políticas públicas, como garantias de acesso irrestrito à cidadania plena, destinam-se à integração do cidadão na sociedade, para que possa ser ele próprio na comunidade, como decorrência da inclusão executada pela política pública.<sup>130</sup>

Como já fora explicitado anteriormente, qualquer política pública deve buscar a consecução dos objetivos dispostos no artigo 3.º da Constituição Federal<sup>131</sup> e gera para o indivíduo uma espécie de direito público subjetivo. Segundo Jellinek, citado por Duarte “(...) o poder da vontade humana que, protegido e reconhecido pelo ordenamento jurídico, tem por objeto um bem ou interesse.”<sup>132</sup>

Ainda segundo Duarte:

<sup>128</sup> SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas Públicas (Econômicas) e Controle. In: **Revista de Informação Legislativa**. A. 40, n 158, abr/jun.. Brasília, 2003.

<sup>129</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. **Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito**. Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”/ org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 289.

<sup>130</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. **Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito**. Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”/ org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 296.

<sup>131</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 20 de outubro de 2010.

<sup>132</sup> DUARTE, Clarice Seixas. **Direito público subjetivo e políticas educacionais em BUCCI**, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 267.

(...) trata-se de uma capacidade reconhecida ao indivíduo em decorrência de sua posição especial como membro da comunidade, que se materializa no poder de colocar em movimento normas jurídicas no interesse individual. Em outras palavras, o direito público subjetivo confere ao indivíduo a possibilidade de transformar a norma geral e abstrata contida num determinado ordenamento jurídico em algo que possua como próprio.<sup>133</sup>

Assim, o poder das políticas públicas baseia-se nos direitos públicos subjetivos como forma de constranger o Estado a executar os direitos garantidos pela Constituição Federal.

Nesse sentido, dispõe Duarte:

(...) a busca por um patamar mínimo de igualdade, não apenas jurídica, como também material e efetiva – grande bandeira dos direitos sociais<sup>134</sup> -, exige uma posição ativa do Estado no que se refere à proteção de direitos, pois o que se pretende é criar, por parte dos Poderes Públicos, condições concretas de vida digna.<sup>135</sup>

Para Duarte, o grande desafio para os Estados Sociais consiste em conter a inércia do Estado ante o não cumprimento das medidas apresentadas e positivadas no texto constitucional. Assim, importa necessariamente ao estado uma conduta positiva de atuação com o uso das políticas públicas dos direitos sociais, utilizadas das mais diversas formas.<sup>136</sup>

Partindo do pressuposto de que em uma sociedade existem várias dimensões, como a social, a econômica, a política e a jurídica, tem-se que a vida em sociedade, concebida como uma construção social que sofre os

---

<sup>133</sup> DUARTE, Clarice Seixas. **Direito público subjetivo e políticas educacionais em BUCCI**, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 268.

<sup>134</sup> Os direitos sociais estão previstos no artigo 6.º da Constituição Federal: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

<sup>135</sup> DUARTE, Clarice Seixas. **Direito público subjetivo e políticas educacionais em BUCCI**, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 269.

<sup>136</sup> DUARTE, Clarice Seixas. **Direito público subjetivo e políticas educacionais em BUCCI**, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 270.

impactos e as transformações das trajetórias históricas e comporta espaço para conflitos e tensões, haverá grupos específicos que suscitem ampliação de direitos civis, políticos e sociais.

Nesse sentido, o fomento de políticas públicas na luta pelo acesso à educação superior impôs ao Estado a adoção de medidas tendentes a iniciar ou minimizar os efeitos da falta de oferta de vagas públicas. Ocorre que, ao executar políticas de ingresso, o Estado a apresenta como estratégia para resolver os variados graus de desigualdades.<sup>137</sup>

Nesse sentido, dispõe Cury:

(...) essas políticas públicas não são destinadas a grupos específicos enquanto tais por causa de suas raízes culturais, étnicas ou religiosas. Isso não impede a iniciativa de medidas gerais que, na prática, acabam por atingir numericamente mais indivíduos provindos das classes populares. E elas têm como meta combater todas e quaisquer formas de discriminações que impeçam o acesso à maior igualdade de oportunidades e de condições.<sup>138</sup>

A estratégia encontrada para as diferenças advindas da sociedade liberal capitalista reside no surgimento de políticas públicas compensatórias, a fim de beneficiar grupos marcados por diferenças específicas e de toda ordem, sejam elas culturais, econômicas, sociológicas e etimológicas.

Corroborando com esse entendimento, dispõe Cury:

(...) A situação desses grupos é entendida como socialmente vulnerável, seja devido a uma história explicitamente marcada pela exclusão, seja devido à permanência de tais circunstâncias em sequelas manifestas. A focalização desconfia do sucesso das políticas universalistas por uma assinalada insuficiência. Focalizar grupos específicos permitiria, então, dar mais a quem precisa, compensando ou reparando perversas sequelas do passado.

---

<sup>137</sup> MARINELLI, Célia Regina Gonçalves. **Políticas públicas compensatórias no ensino superior brasileiro**: aspectos da cidadania fragmentada. Revista de Ciências da Educação – Unisal – Americana/SP – Ano XI – N. 20 – 1.º semestre/2009.

<sup>138</sup> CURY, C. R. J. **Direito à educação**: direito à igualdade, direito à diferença. Cadernos de pesquisa da Fundação Carlos Chagas, v. 1, n. 116, p. 245 a 262, jul. 2002.

E ainda:

As políticas inclusivas compensatórias visam, então, a corrigir as lacunas deixadas pelas insuficiências das políticas universalistas. Com isso se pretende equilibrar uma situação em que a balança sempre tendeu a favorecer grupos hegemônicos no acesso aos bens sociais, conjugando, assim, ao mesmo tempo, por justiça, os princípios de igualdade com o de equidade. Além disso, compreendida a melhor escolaridade, elas atendem à dimensão de uma inserção profissional mais qualificada e com isso ancoram em uma base maior de inteligência e o desenvolvimento científico e tecnológico do país (...).<sup>139</sup>

Cumpra confirmar, de modo singelo, que as medidas de políticas públicas compensatórias se encontram em constante processo evolutivo, cuja formação depende do contexto histórico em que elas são introduzidas, ou seja, precedidas de uma redefinição social das esferas sociais, políticas e culturais, com o objetivo de criar um ambiente favorável à vida política social.<sup>140</sup>

### **3.2 GARANTIA DA IGUALDADE FRENTE À LIBERDADE: UMA ABORDAGEM SOBRE A EDUCAÇÃO COMO AGENTE ATIVO NO PROCESSO DE BUSCA PELA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A igualdade foi incessantemente almejada e tornou-se com a liberdade elemento essencial a partir da Revolução Francesa. Da mesma maneira, a educação passou a figurar no discurso das preocupações da sociedade de modo geral. Seria ela a promessa liberal para permitir o acesso dos mais necessitados à condição de cidadania plena.<sup>141</sup>

<sup>139</sup> CURY, C. R. J. **Direito à educação**: direito à igualdade, direito à diferença. Cadernos de pesquisa da Fundação Carlos Chagas, v. 1, n. 116, p. 245 a 262, jul. 2002.

<sup>140</sup> MARINELLI, Célia Regina Gonçalves. **Políticas públicas compensatórias no ensino superior brasileiro**: aspectos da cidadania fragmentada. Revista de Ciências da Educação – Unisal – Americana/SP – Ano XI – N. 20 – 1.º semestre/2009.

<sup>141</sup> MARINELLI, Célia Regina Gonçalves. **Políticas públicas compensatórias no ensino superior brasileiro**: aspectos da cidadania fragmentada. Revista de Ciências da Educação – Unisal – Americana/SP – Ano XI – N. 20 – 1.º semestre/2009.



Ocorre que, paralelamente, observa-se a constante busca pela real efetivação da igualdade material, ou seja, exclui-se aí a igualdade na forma, já que essa não realiza a plena efetivação da igualdade. Hodiernamente, a luta pelo acesso ao ensino superior por grupos de indivíduos resultou na adoção de medidas destinadas a possibilitar-lhes esse o acesso.

Historicamente, a busca pela igualdade tem relação íntima com o acesso à educação, assim, não há como participar da vida em sociedade ou da cidade (cidadão) de modo pleno, sem que o indivíduo tenha o domínio da linguagem escrita. A partir do século XVIII, o Estado chama para si a responsabilidade da educação e todos creem que o avanço poderia ser alcançado pela educação com liberdade e igualdade.

A educação começou a ser reivindicada como obrigatória, como um dever agir do Estado Nação e, nos dizeres de Bobbio:

(...) Passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano e, sim, daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional.<sup>142</sup>

A educação, naquele momento, era reconhecida formalmente e partia do pressuposto de que todos são iguais perante a lei, resultando inevitavelmente na desigualdade social, haja vista que essa não será eficaz na sua consecução final.

Nesse aspecto, a educação fundamenta-se, hoje, como primordial para o pleno exercício da cidadania em sentido amplo e deve estender-se a todos, sem distinção, para dar ensejo ao surgimento de políticas públicas educacionais voltadas para grupos diferenciados como consequência de uma universalização para minimizar as desigualdades.

---

<sup>142</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

## CAPÍTULO 4

### AS POLÍTICAS PÚBLICAS EM EDUCAÇÃO SUPERIOR COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

#### 4.1 DESCENTRALIZAÇÃO E ACESSO AO ENSINO SUPERIOR PRIVADO

O ensino privado possui histórica colaboração com o Estado, visto que as entidades privadas também podem prestá-lo mediante autorização e serão submetidas a avaliações realizadas pelo Poder Público ante o cumprimento e observâncias das normas gerais.<sup>143</sup>

Para Miranda, citado por Maliska, a existência de instituições de ensino distintas deriva da liberdade quanto ao direito de pluralidade de ensino e corresponderia necessariamente ao primado da liberdade, independente do grau maior ou menor de iniciativa econômica.<sup>144</sup>

Por tratar-se de uma atividade primordial ou primária do Estado e ante a ausência de ferramentas ou recursos suficientes para arcar com toda a demanda, surge a importância da participação do ente privado na implementação do vácuo deixado pelo Estado.

Vale esclarecer que não será objeto deste trabalho a análise detida das diversas formas de regulamentação do direito à educação em nosso ordenamento jurídico, mas, sim, a reflexão acerca do direito à educação como um direito fundamental social.

As diretrizes que compõem a relação do Estado com as instituições públicas se caracterizam pela autonomia garantida pela Carta Magna

---

<sup>143</sup> MALISKA, Marcus Augusto. **O direito à educação e a constituição**. 1. ed. Curitiba: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 189.

<sup>144</sup> MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, p. 383 *apud* MALISKA, Marcus Augusto. **O direito à educação e a constituição**. 1. ed. Curitiba: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 189.

e encontram guardada nos artigos 205 a 214 da Constituição Federal e no artigo 53 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional<sup>145</sup>. Tal autonomia e descentralização garante, entre outras atribuições, a de criar, organizar e extinguir cursos e programas de educação superior, desde que cumpridas as normas gerais da educação.

Consoante os termos do artigo 207 da Carta Magna, a autonomia universitária deve ser interpretada de forma sistemática e não é, portanto, absoluta e incondicional. Dentre as atribuições enumeradas na Constituição, está o primado da autonomia didático-científica, cuja abordagem define a liberdade na definição de currículos, bem como a iniciativa em abrir ou fechar cursos. Esta autonomia impõe a liberdade quanto à pesquisa, não mais estando essa instituição vinculada a um conteúdo mínimo.<sup>146</sup>

Ainda quanto às extensões concedidas na Constituição de 1988 para as universidades, estão a autonomia administrativa, autonomia de gestão financeira e patrimonial e regime jurídico.

Por sua vez, o regime jurídico das Instituições de Ensino Particulares guarda identidade com a natureza jurídica da entidade mantenedora, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, que financiam e administram as mantenedoras, consoante os termos do Artigo 19, II, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB).<sup>147</sup>

Segundo a LDB, as instituições privadas de ensino podem ser, em sentido restrito, comunitárias, confessionais e filantrópicas. Ressalta-se que as privadas em sentido restrito, cuja redação se alcança por exclusão, serão mantidas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado e não se enquadram

---

<sup>145</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 10 de setembro de 2010. As normas gerais da educação brasileira estão inseridas fundamentalmente na Lei n. 9.394/96 (LDB).

<sup>146</sup> SCHWARTZMAN, Simon. **Autonomia universitária e a Constituição de 1988**. Disponível em <http://www.schwartzma.org.br/simon/cont88.htm>. Acesso em 15.10.2011.

<sup>147</sup> GOMES, Magno Frederici. **Direito educacional superior: evolução histórica, legislação, procedimentos administrativos e função normativa**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 208.

como beneficiárias dos recursos públicos do artigo 213, *caput*, da Constituição Federal, salvo aqueles destinados à pesquisa e extensão.<sup>148</sup>

No que tange ao sistema privado, deve ter sempre presente que o artigo 209 da Constituição Federal estabelece que o “ensino é livre à iniciativa privada” e condiciona esse exercício a duas exigências: cumprimento das normas gerais da educação nacional e autorização e avaliação de qualidade pelo poder público. Portanto, da mesma forma que autonomia não pode ser confundida com soberania, é preciso ter presente que as Instituições de Ensino Privadas não são concessionárias ou permissionárias, mas exercem as suas atividades amparadas pela Constituição Federal.<sup>149</sup>

Observa-se, ao longo do final dos anos 90 e início do século XXI, a expansão e a consolidação do ensino superior privado como promotor da expansão do ensino, o que fatalmente e não menos importante ganha destaque quando questionada a qualidade no serviço prestado. Apesar desse aspecto negativo, o Estado Brasileiro tem desenvolvido ferramentas contínuas de avaliação e é, inclusive, referência na avaliação de qualidade dos cursos de mestrados e doutorados. Nesse sentido, inexistem dúvidas sobre a importância dos métodos de avaliação dos cursos e das instituições.<sup>150</sup>

Apesar da expansão de acesso do ensino superior, nas duas últimas décadas, ter sido permeada por inúmeros problemas referentes à falta de um planejamento coordenado, bem como à qualidade do ensino ofertado, esse acesso ainda se mantém abaixo dos números de jovens matriculados no ensino superior de outros países latino-americanos, ou seja, enquanto a Argentina e a Bolívia possuem 48% e 34% de jovens matriculados e frequentando o ensino superior, respectivamente, o Brasil fica próximo dos 15%.<sup>151</sup>

---

<sup>148</sup> MALISKA, Marcus Augusto. **O direito à educação e a constituição**. 1. ed. Curitiba: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 194.

<sup>149</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 10 de setembro de 2010.

<sup>150</sup> MACEDO, Arthur Roquete de. **Educação superior no século XXI e a reforma universitária brasileira**. Disponível em <http://www.scielo.br>. Acesso em 18.9.2011.

<sup>151</sup> MACEDO, Arthur Roquete de. **Educação superior no século XXI e a reforma universitária brasileira**. Disponível em <http://www.scielo.br>. Acesso em 18.9.2011.

Nesse sentido, é imprescindível e coerente ordenar a expansão do acesso ao ensino superior privado, adequar a oferta de vagas condicionada às diferenças regionais existentes, bem como expandir as vagas nas diferentes áreas do conhecimento, adequadas às necessidades da sociedade, e aprimorar as avaliações como medida de aperfeiçoamento da qualidade do ensino ofertado.

A promoção de políticas públicas de acesso ao ensino superior com programas de financiamento, como o Programa Universidade para Todos – PROUNI, é necessária para a expansão, entretanto sua concessão ficará atrelada ou condicionada aos resultados satisfatórios obtidos pelas instituições interessadas nas avaliações institucionais executadas pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais – INEP.

#### **4.2 PARTICIPAÇÃO DO CAPITAL ESTRANGEIRO NO ENSINO SUPERIOR PRIVADO**

Inicialmente, observa-se que as instituições privadas de ensino devem ser mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado. Partindo desse pressuposto, a pessoa física referida não faz distinção entre brasileiros natos e naturalizados<sup>152</sup>, mesmo porque só haverá distinção para o exercício de cargos cujo desígnio esteja diretamente ligado com a segurança nacional.

Da mesma forma, o artigo 5.º, *caput*, da Constituição Federal, garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB não faz exigência alguma quanto à naturalidade da pessoa física, para que esta mantenha e administre estabelecimentos de ensino privado.

Assim, afirma Maliska: “(...) Atendidas, dessa forma, as determinações do Poder Público, não há fundamento jurídico para inviabilizar a

---

<sup>152</sup> MALISKA, Marcus Augusto. **O direito à educação e a constituição**. 1. ed. Curitiba: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 191.

pretensão de estrangeiros de manter e administrar instituição privada de ensino.”<sup>153</sup>

O capital estrangeiro no Estado Brasileiro poderia suscitar uma violação à soberania, na medida em que o ensino seria patrimônio nacional e refletiria os valores sociais e culturais do país, sendo um contrassenso imaginar que tal missão ficaria a cargo do domínio de pessoa ou entidade estrangeira.

Ocorre que, como bem dispõe Maliska, tal situação ficaria sob a tutela do Estado, que possui o poder de fiscalização do currículo e do conteúdo ministrado, sem relação direta com o fato de a instituição ser mantida e administrada por pessoa física estrangeira.<sup>154</sup>

O assunto é recorrente, porque, hoje, inúmeros grupos educacionais estrangeiros já estão presentes e controlam grandes centros de ensino superior privado, como resultado do fenômeno da profissionalização do segmento e, assim, viabilizam o ingresso de recursos estrangeiros no Brasil.

Para Souza, a legislação dispõe que todas as instituições privadas e públicas estarão sujeitas a processos de avaliação e o grande aspecto positivo da participação de capital estrangeiro seria a crescente profissionalização do setor e a conseqüente melhoria da qualidade dos cursos oferecidos.<sup>155</sup>

Pesquisa realizada pela CM Consultoria declarou, em estudo, que o mercado do ensino superior brasileiro começou a ser interessante para os fundos de investimentos, porquanto se trata de um setor que movimenta cerca de 15 bilhões de reais anualmente (2008). Tal resultado não ficaria de fora por muito tempo do mercado financeiro estrangeiro. Aliado a essa boa perspectiva, outro motivo que explicaria essa efervescência no mercado

---

<sup>153</sup> MALISKA, Marcus Augusto. **O direito à educação e a constituição**. 1. ed. Curitiba: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 191.

<sup>154</sup> MALISKA, Marcus Augusto. **O direito à educação e a constituição**. 1. ed. Curitiba: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 191.

<sup>155</sup> SOUZA, Paulo Renato. **Participação do capital estrangeiro no ensino brasileiro**. PEREIRA, Antônio Jorge da Silva; SILVA, Cinthya Nunes Vieira da; MACHADO, Décio Lencione; COVAC, José Roberto; FELCA, Marcelo Adelqui (coord.) – Direito Educacional – Aspectos Práticos e Jurídicos – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 187 e 188.

educacional seria a liberdade de atuação de capitais estrangeiros permitida pela legislação vigente, sem qualquer limite.<sup>156</sup>

Diante da inevitável profissionalização do ensino superior privado, bem como do ingresso de capital estrangeiro, tal como ocorrerá entre outros segmentos mercantis, cabe ao Estado Soberano a função reguladora e controladora do sistema de educação ou universitário. Talvez o enfoque do tema não seja necessariamente o financeiro, mas, sim, o cuidado com a preservação dos ideais educacionais do Estado brasileiro, como direito e bem público, visando à formação de cidadãos de uma sociedade que pregue a igualdade social.

Noutro giro, há, ainda, corrente tendente a limitar efetivamente o ingresso de capital estrangeiro na educação brasileira, cujo principal fundamento é a segurança da soberania e a liberdade quanto à produção do conhecimento, sem qualquer restrição por ocasião do poder econômico. A matéria serve de base para o Projeto de Lei PL 7.040/10, que limita em dez por cento a participação de capital estrangeiro em instituições de ensino superior. Há outros projetos de leis que versam sobre o quantitativo que deveria ser permitido para o capital estrangeiro.<sup>157</sup>

#### **4.3 PAPEL POLÍTICO DO ENSINO SUPERIOR PRIVADO NA IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

No Brasil, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, parece haver um consenso em torno da ideia de que a educação deve ser tratada como prioridade por parte de nossos governantes. Tal concepção, consoante Seixas, surgiu em virtude da adoção dos princípios do Estado Social e Democrático de Direito. Novos instrumentos de ação foram disponibilizados à

---

<sup>156</sup> SGUISSARDI, Valdemar. **Modelo de Expansão da educação superior no Brasil: Predomínio privado/mercantil e desafios para a regulação e a formação universitária.** Disponível em <http://www.cedes.unicamp.br> e [www.scielo.org.br](http://www.scielo.org.br) Acesso em 20 de setembro de 2011.

<sup>157</sup> PICKLER, Wilson. **Participação do capital estrangeiro em instituições de ensino superior.** Disponível em [www.vigilantesdademocracia.com.br/wilsonpickler/news9583content101377.shtml](http://www.vigilantesdademocracia.com.br/wilsonpickler/news9583content101377.shtml). Acesso em 12 de setembro de 2011.

sociedade, que encontrou neles um meio de participação na gestão da coisa pública como instrumento de participação política.<sup>158</sup>

Nesse sentido, constitui um dos fundamentos do Estado de Direito Social a possibilidade de todos participarem dos bens da coletividade e, ao Estado, a garantia de efetivação dos direitos sociais, como a educação, que necessariamente dependem de ações concretas.

Consoante Seixas, o caráter social do Estado Democrático Brasileiro fica explícito no fundamento dignidade da pessoa humana, assim como na busca por uma sociedade livre, justa e solidária, com base na redução das desigualdades sociais, diretamente ligada aos princípios da ordem econômica.<sup>159</sup>

Em decorrência da adoção desse modelo de Estado, cuja finalidade será o atendimento aos direitos sociais consagrados na Carta Maior, aos poderes públicos caberá a missão de concretizar as obrigações tendentes à efetivação das ações sociais, que não se limitam à produção normativa, mas à implementação positiva de políticas públicas.

Nesse sentido, Seixas:

(...) No Estado social de direito, é a elaboração e a implementação de políticas públicas – objeto, por excelência, dos direitos sociais – que constituem o grande eixo orientador da atividade estatal, o que pressupõe a reorganização dos poderes em torno da função planejadora, tendo em vista a coordenação de suas funções para a criação de sistemas públicos de saúde, educação, previdência social etc.<sup>160</sup>

---

<sup>158</sup> DUARTE, Clarice Seixas. **Direito público subjetivo e políticas educacionais em BUCCI**, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 273.

<sup>159</sup> SEIXAS, Clarice Duarte. **A educação como um direito fundamental de natureza social**. Disponível em [www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0428100.pdf](http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0428100.pdf). Acesso em 12 de setembro de 2011.

<sup>160</sup> SEIXAS, Clarice Duarte. **A educação como um direito fundamental de natureza social**. Disponível em [www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0428100.pdf](http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0428100.pdf). Acesso em 12 de setembro de 2011.



Dentro desse contexto, foi criada a reforma universitária e, dentre os projetos executados, está o Programa Universidade para Todos – PROUNI, Lei 11.096/2005.<sup>161</sup>

O PROUNI é um exemplo mais recente de política pública no ensino superior privado, que objetiva priorizar o acesso a grupos desfavorecidos com o intuito de reduzir as desigualdades regionais. O Programa foi inicialmente instituído pela Medida Provisória n. 213, de 2004 e, depois, pela Lei 11.096/2005, como um programa de isenção de impostos e de renúncia fiscal para as instituições de ensino superior privadas, que oferecem bolsas de estudos integrais ou parciais, destinadas a grupos específicos, leia-se aquele com renda de até três salários mínimos em curso de graduação e sequenciais.<sup>162</sup>

Sob o aspecto da importância social, o Programa tem o mérito de desonerar tributos do setor que exerce função fundamental. O beneficiado recebe do governo uma carta de crédito para matricular-se na Instituição escolhida. No primeiro plano, há a intenção de beneficiar um grupo de pessoas que dificilmente teria acesso ao ensino superior privado e, num segundo plano, permite a disputa concorrencial entre as Instituições, porquanto a escolha será do aluno, que certamente se balizará por meio dos critérios avaliativos elaborados pelo Governo Federal.<sup>163</sup>

No que tange às críticas, a política de inserção às instituições privadas pelo PROUNI conduziria, em tese, o beneficiado ao ensino de baixa qualidade, consoante texto de Cantani, Hey e Gilioli, bem como serviria

---

<sup>161</sup> CATANI, Afrânio Mendes, HEY, Ana Paula, GILIOLI, Renato de Souza Porto. **PROUNI: democratização do acesso às Instituições de Ensino Superior.** Disponível em [www.scielo.br/pdf/er/n28/a09n28.pdf](http://www.scielo.br/pdf/er/n28/a09n28.pdf). Acesso em 13 de setembro de 2011.

<sup>162</sup> MARINELLI, Célia Regina Gonçalves. **Políticas públicas compensatórias no ensino superior brasileiro: aspectos da cidadania fragmentada.** Revista de Ciências da Educação – Unisal – Americana/SP – Ano XI – N. 20 – 1.º semestre/2009.

<sup>163</sup> MARINELLI, Célia Regina Gonçalves. **Políticas públicas compensatórias no ensino superior brasileiro: aspectos da cidadania fragmentada.** Revista de Ciências da Educação – Unisal – Americana/SP – Ano XI – N. 20 – 1.º semestre/2009.

mais como um benefício de isenção fiscal para as instituições privadas. Assim, o benefício deveria investir no setor público.<sup>164</sup>

De fato, não se pode aceitar que toda política pública seja capaz de promover uma revolução significativa na estrutura da sociedade, entretanto, como bem dispõe Seixas, o direito à educação e o acesso ao ensino superior de forma igualitária só se efetivarão mediante o planejamento e a execução de políticas públicas<sup>165</sup>. Assim, não há como contestar a expansão do acesso ao ensino superior, principalmente na esfera privada, por conta de políticas públicas promotoras dessa inserção.

Essa condição atuante ou ativa do Estado é resultado da construção de novas práticas político-sociais, a chamada política do Estado Propulsivo ou Estado de Providência, ou seja, o Estado Social.

Acerca do tema, dispõe Derani:

(...) enfim Estado Social, porque não mais vai apenas adequar situações, mas buscará alcançar finalidades, com planejamento e criatividade. O planejamento parte da observação e passa pela eleição de prioridades. A sociedade participa do processo decisório, dentro do espaço público organizado pelo Estado.<sup>166</sup>

As políticas públicas serão tratadas como realizações do Estado, concretizarão preceitos constitucionais e a ele imporão uma ação executiva com foco em determinados objetivos concretos e utilização de instrumentos jurídicos para a execução dessas finalidades políticas.<sup>167</sup>

---

<sup>164</sup> CATANI, Afrânio Mendes, HEY, Ana Paula, GILIOLI, Renato de Souza Porto. **PROUNI: democratização do acesso às Instituições de Ensino Superior**. Disponível em [www.scielo.br/pdf/er/n28/a09n28.pdf](http://www.scielo.br/pdf/er/n28/a09n28.pdf). Acesso em 13 de setembro de 2011.

<sup>165</sup> SEIXAS, Clarice Duarte. **A educação como um direito fundamental de natureza social**. Disponível em [www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0428100.pdf](http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0428100.pdf). Acesso em 12 de setembro de 2011.

<sup>166</sup> DERANI, Cristiane. **Política pública e norma política em BUCCI**, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 134.

<sup>167</sup> DERANI, Cristiane. **Política pública e norma política em BUCCI**, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 136

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação visou a oportunizar não só uma reflexão crítica sobre o direito à educação como garantia social de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, sustentada pelo rol de direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal de 1988, mas também o papel das instituições de ensino superior privadas como agentes ativos na consecução desse fim estatal.

Com base no estudo apresentado, é possível afirmar que o Estado tem obrigação de aparelhar-se de medidas capazes de promover, sem distinção, o acesso à educação como um benefício social e, quanto ao ensino superior privado, fornecer às instituições desse segmento mecanismos de políticas públicas que atuem de forma positiva no auxílio à redução das desigualdades sociais.

A República Federativa do Brasil tem, entre seus fundamentos básicos, a coisa pública e a garantia dos direitos fundamentais, princípios típicos de um Estado Democrático de Direito, de modo que a determinação do povo servirá de guia para a concretização dos seus ideais. A Constituição Federal de 1988 recebeu os direitos sociais como consequência de uma demanda social intransigente, democrática e não mais passiva, e, sim, reivindicadora de direitos mínimos fundamentais.

A educação como direito social fundamental possui amplo destaque no ordenamento jurídico, tratada como direito fundamental de aplicabilidade imediata e não pode ser suprimida sequer por emenda constitucional, sob pena de retrocesso. O acesso à educação deve ser fornecido, inicialmente, pelo Estado, com a participação do ente privado, que, paralelamente à execução de um direito social, promove também a livre iniciativa, fundamento constitucional.

Centrada a atenção no princípio da dignidade da pessoa humana, torna-se necessário destacar a íntima e, por assim dizer, indissociável vinculação entre a dignidade da pessoa humana e o direito social à educação, um dos postulados em que se assenta o direito constitucional, no sentido de que só terá respeitada a sua dignidade como ser humano o indivíduo com garantia à observação dos seus direitos fundamentais, entre eles, o acesso à educação.

Vale destacar que a educação como direito fundamental e o incentivo à iniciativa privada como instrumento de acesso ao ensino superior privado dependem, também, das políticas públicas, considerada a ausência da prestação de serviço a grupos de indivíduos não contemplados com as vagas oferecidas em virtude de desigualdades de condições.

Nesse sentido, entendemos que a concretização das políticas públicas demanda a intervenção racional do Estado em um conjunto de ações de execução legislativas, financeiras e administrativas, sempre equacionadas com os mandamentos constitucionais, bem como os compromissos assumidos internacionalmente, como forma de obediência ao Estado cooperativista, defensor dos direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

O acesso à educação garante a igualdade material e promove a dignidade da pessoa humana. Além disso revela uma conquista histórica de uma sociedade não passível de retrocesso. Desse modo o Estado não é mais um agente responsável por somente assegurar-la, mas também por criar condições para a realização efetiva da prestação social.

O reconhecimento de que o Estado Social deve intervir na sociedade, para garantir um mínimo existencial, permite fundamentar que esse Estado buscará a integração de uma sociedade boa para todos, na medida das possibilidades de um sistema, cujo fundamento é a livre iniciativa, própria de um modelo capitalista, em que liberdades individuais e propriedade privada também contam com proteção constitucional. Entretanto, ressalta-se que esse sistema deve atender às exigências da boa fé e valores sociais.

O ensino superior privado possui a função de colaborador do Estado e irá exercê-la mediante autorização e avaliação do Poder público, observadas as normas gerais de educação. A adoção de mecanismos apoiadores de inserção em parceria com as instituições privadas são medidas necessárias para promover a expansão superior, embora ela deva ser feita mediante critérios avaliativos rígidos e preservação da melhoria do padrão de qualidade.

Em face desses obstáculos para regulação e controle do sistema de educação superior, sob a responsabilidade do Estado, é importante que se garanta a preservação dos ideais de um sistema de educação superior como um bem público, para formar profissionais de uma sociedade igualitária socialmente.

Nesse mister, essa tem sido a bandeira de toda a evolução constitucionalista, que iniciou sua trajetória com a conquista da liberdade de direitos civis e políticos e que hoje busca a integração com o fim de garantir a plena consecução da democracia material, permitindo o acesso de todos a bens garantidos pelo Estado.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Los Derechos Fundamentales**: Três escritos sobre los derechos fundamentales u La teoria de los principios. Bogotá: Universidad Esternado de Colômbia, 2003.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 2001.

ARISTÓTELES, **A Política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru, SP: EDIPRO, 1995.

AZAMBUJA, Darcy, 1903-1970. **Teoria Geral do Estado**. 44. ed. São Paulo, 2005,

BARCELLOS, Ana Paula. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michal Walzer e Robert Alexy. In: **Legitimação dos direitos humanos**. TORRES, Ricardo Lobo (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros.

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

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo. Malheiros.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 20 de outubro de 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o conceito jurídico – São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CATANI, Afrânio Mendes, HEY, Ana Paula, GILIOLI, Renato de Souza Porto. **PROUNI**: democratização do acesso às Instituições de Ensino Superior. Disponível em [www.scielo.br/pdf/er/n28/a09n28.pdf](http://www.scielo.br/pdf/er/n28/a09n28.pdf). Acesso em 13 de setembro de 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos do homem**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

CRUZ, Paulo Marcio. **Poder, Política, Ideologia e Estado Contemporâneo**. 3. ed. Juruá.

CURY, C. R. J. **Direito à educação**: direito à igualdade, direito à diferença. Cadernos de Pesquisa da Fundação Carlos Chagas, v. 1, n. 116, p. 245 a 262, jul. 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu Dalari. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2009.

DERANI, Cristiane. Política pública e norma política, BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o conceito jurídico – São Paulo: Saraiva, 2006.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais em BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas**: Reflexões sobre o conceito jurídico – São Paulo: Saraiva, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar 2006.

GENRO, Tarso. **Uma reforma urgente**. O Globo, 21.12.2004.

GOMES, Magno Frederici. **Direito educacional superior**: evolução histórica, legislação, procedimentos administrativos e função normativa. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad**: 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado constitucional. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: **Constituição Concretizada** – Construindo pontes com o público e o privado. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de La sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Universidade Ibero-americana/Colección Teoria Social, 2005.

MACEDO, Arthur Roquete de. **Educação superior no século XXI e a reforma universitária brasileira**. Disponível em <http://www.scielo.br>. Acesso em 18.9.2011.



MALISKA, Marcus Augusto. **O direito à educação e a constituição**. 1. ed. Curitiba: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

MALISKA, Marcos Augusto. **Estado e século XXI: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional** – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MALLMANN, Carlos Henrique. **Os Direitos Sociais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como Instrumentos de Efetivação do Mínimo Existencial**. Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – Univali, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

MARINELLI, Célia Regina Gonçalves. Políticas públicas compensatórias no ensino superior brasileiro: aspectos da cidadania fragmentada. **Revista de Ciências da Educação** – Unisal – Americana/SP – Ano XI – N. 20 – 1.º semestre/2009.

MIAILLE, **Introdução crítica ao direito**. Tradução de Ana Prata. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, p. 383.

MALISKA, Marcus Augusto. **O direito à educação e a constituição**. 1. ed. Curitiba: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

MOTTA, Elias de Oliveira. **Direito Educacional e educação no século XXI**. Brasília: UNESCO, 1997.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização simbólica**. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994.

OHLWEILER, Leonel Pires. **Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do Possível”/ org. Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos...** 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

ORIGUELLA, Jeanine Simone. **O direito à educação no ordenamento jurídico brasileiro vinculado a criança e ao adolescente.** Canoas, 2002 (Monografia).

PAIVA, Regina Garcia de, **Direito Educacional.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Derechos sociales y positivismo jurídico.** Madrid: Editorial Dykinson, 1999.

PICKLER, Wilson. **Participação do capital estrangeiro em instituições de ensino superior.** Disponível em:  
[www.vigilantesdademocracia.com.br/wilsonpickler/news9583content101377.shtml](http://www.vigilantesdademocracia.com.br/wilsonpickler/news9583content101377.shtml).  
Acesso em 12 de setembro de 2011.

RANIERI, Nina. **Autonomia Universitária: as Universidades Públicas e a Constituição Federal de 1988.**

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Aspectos Jurídicos da autonomia universitária no Brasil. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n. 31, out/dez 2005.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade humana e a exclusão social.** Disponível em:  
<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf>.  
Acesso em 13.7.2011.

ROGER, J. Cronologia e Introdução. In: ROSSEAU, J. J. **Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Martins Fontes.

SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas Públicas (Econômicas) e controle. In: **Revista de Informação Legislativa**. A. 40, n 158, abr/jun.. Brasília, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos Fundamentais Sociais e os Vinte anos da Constituição Federal de 1988**: Resistências e desafios à sua eficácia e efetividade. Revista n. 6 do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

SAVIANI, **A nova lei da educação**: trajetória, limites e perspectivas. Campinas, SP: Autores Associados, 2004.

SCHWARTZMAN, Simon. **Autonomia universitária e a Constituição de 1988**. Disponível em <http://www.schwartzma.org.br/simon/cont88.htm>. Acesso em 15.10.2011.

SEIXAS, Clarice Duarte. **A educação como um direito fundamental de natureza social**. Disponível em [www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0428100.pdf](http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0428100.pdf). Acesso em 12 de setembro de 2011.

SGUISSARDI, Valdemar. **Modelo de Expansão da educação superior no Brasil: Predomínio privado/mercantil e desafios para a regulação e a formação universitária**. Disponível em <http://www.cedes.unicamp.br>. e [www.scielo.org.br](http://www.scielo.org.br) Acesso em 20 de setembro de 2011.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Estado Constitucional Cooperativo: o futuro do Estado e da Interpretação Constitucional sob a ótica da doutrina de Peter Häberle**. *Revista Jurídica* (Brasília), Brasília, v. 7, n. 72, 2005.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Sob a ótica da doutrina de Peter Häberle**. *Revista Jurídica* (Brasília), Brasília, v. 7, n. 72, 2005.

SOUZA, Paulo Renato: **Participação do capital estrangeiro no ensino brasileiro**. PEREIRA, Antônio Jorge da Silva; SILVA, Cinthya Nunes Vieira da; MACHADO, Décio Lencione; COVAC, José Roberto; FELCA, Marcelo Adelqui (coord.) – *Direito Educacional – Aspectos Práticos e Jurídicos* – São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo. Peirópolis. 2002.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo. Peirópolis. 2002.

TRINDADE, André (Coord.). **Direito Educacional**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alfa Ômega, 1994.