



EXIGIBILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO EM FACE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA IGUALDADE E DA DIFERENÇA

ENFORCEABILITY OF THE RIGHT TO EDUCATION IN FACE OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF EQUALITY AND DIFFERENCE

Paulo Sérgio de Almeida Corrêa

Doutor (2000) e Mestre (1997) em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Especialista em Educação e problemas regionais (1995). Graduado em Direito (2009) pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Graduado em Licenciatura em Pedagogia. Professor Titular, ocupante da Cadeira de História da Educação, da Faculdade de Educação, do Instituto de Ciências da Educação, da Universidade Federal do Pará.

Joniel Vieira de Abreu

Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA) RJ – (2021). Mestre em Educação pela Universidade Federal do Pará (UFPA) PA – (2014). Especialização em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), PA - 2009. Especialização em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Pará (UFPA), PA - 2007. Bacharel em Direito. Bacharel em Teologia.

RESUMO

Esta pesquisa teve por finalidade compreender a importância dos princípios da igualdade e da diferença para a promoção do direito, mediante a oferta da educação enquanto um direito fundamental que impõe responsabilidades ao Estado, bem como entender a funcionalidade dos critérios formais a serem cumpridos para assegurar a exigibilidade do direito à educação. Por que os princípios da igualdade e da diferença são relevantes para tornar efetivas as ações do Estado mediante a promoção de direitos? O que significa pensar a educação enquanto um bem jurídico a ser ofertado pelo Estado a fim de promover direitos? Sob quais fundamentos jurídico-constitucionais se demanda a exigibilidade do direito à educação perante o Estado? Realizou-se um estudo bibliográfico envolvendo produções teóricas de autores versando sobre o objeto de estudo investigado, assim como se deu prioridade às análises de normas contidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no texto da Lei 9.394 de 1996. Por se constituir um direito público subjetivo, o combate em favor da efetivação do direito à educação poderá ensejar demanda judicial perante o ente público que esteja a promover frontal ameaça, ou, ao agir com o propósito de dar

efetividade, comete lesão a esse bem jurídico tido como direito fundamental, por força de previsão constitucional.

Palavras-Chave: Direito à educação. Igualdade e diferença. Políticas públicas. Exigibilidade.

ABSTRACT

This research aimed to understand the importance of the principles of equality and difference for the promotion of the rights, through the provision of education as a fundamental right that imposes responsibilities on the State, as well as to understand the functionality of the formal criteria to be fulfilled to ensure the enforceability of the right to education. Why are the principles of equality and difference relevant to make the State's actions effective through the promotion of rights? What does it mean to think about education as a legal asset to be offered by the State in order to promote rights? On what legal and constitutional grounds is the right to education demanded from the State? A bibliographic study was carried out involving theoretical productions of authors dealing with the object of study investigated, and priority was given to analysis of norms contained in the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil and in the provisions of Law 9.394 of 1996. Because it is a subjective public right, the fight in favor of the realization of the right to education may give rise to lawsuits against the public entity that is promoting a frontal threat, or, by acting with the purpose of giving effect, it harms such legal asset, considered as a fundamental right, by virtue of constitutional provision.

Keywords: Right to education. Equality and difference. Public policies. Enforceability.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Busca-se com este artigo compreender a importância dos princípios da igualdade e da diferença para a promoção do direito, mediante a oferta da educação enquanto um direito fundamental que impõe responsabilidades ao Estado, bem como entender a funcionalidade dos critérios formais a serem cumpridos para assegurar a exigibilidade do direito à educação.

A pesquisa apontou que a igualdade é fundamentada na tese dos direitos humanos, que se apresenta como categoria necessária, para tornar os homens merecedores dos mesmos direitos intrínsecos a sua espécie. Independentemente do fator econômico, físico, cultural, o que os une, tornando-os iguais, é pertencer à espécie humana.

A promoção de ações estatais, levando em consideração a igualdade, revela ser necessária pensar de forma horizontalizada a oferta do direito à educação, para assim, assegurar atendimento universal, sem quaisquer distinções com o acesso ao direito, pois se visa com a implementação do direito, reparar desigualdades existentes entre as pessoas.

Quanto ao conceito de diferença, busca-se desocultar a diversidade cultural existente e sua manutenção passa a ser considerada um direito que merece ser garantido e levado em consideração no ato da oferta do direito.

A igualdade e a diferença são ontologicamente pensadas neste artigo como necessárias na promoção do direito à educação, pois a primeira, revela a desigualdade, a segunda, garante a manutenção das diversidades culturais como garantias constitucionais a serem materializadas mediante a oferta do Direito.

Esta produção textual, resultou de uma pesquisa bibliográfica e documental. Entre as referências consultadas, destacam-se trabalhos elaborados por Norberto Bobbio, Boaventura de Sousa Santos, José Afonso da Silva e Carlos Roberto Jamil Cury. Entre os documentos ganhou relevância a Constituição Federal de 1988 e a Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional).

O texto está organizado com esta introdução e mais três seções nas quais abordamos a importância dos princípios da igualdade e da diferença para a promoção do direito na sociedade contemporânea; discutimos a oferta da educação enquanto um direito fundamental que obriga o Estado a promover sua oferta e assegurar o acesso com qualidade à população; esclarecemos os critérios formais a serem cumpridos visando a exigibilidade do direito à educação no Brasil; posteriormente, apresentamos as conclusões e a indicação das referências que subsidiaram as reflexões.

2. IGUALDADE E DIFERENÇA NA PROMOÇÃO DE DIREITOS

O objetivo desta seção foi compreender a importância dos princípios da igualdade e da diferença para a promoção do direito na sociedade contemporânea. Problematizou-se: Por que os princípios da igualdade e da diferença são relevantes para tornar efetivas as ações do Estado mediante a promoção de direitos?

Embora a promoção dos direitos fundamentais, no Brasil, requeira a intervenção dos poderes Legislativo e Executivo, a fragilidade dessa intervenção tem sido objeto de recorrentes demandas junto ao Poder Judiciário, visando dar efetividade ou amparar os direitos sociais. Ainda que preexistam limites para essa atuação judicial, há possibilidades que garantem essa interferência, de modo a assegurar a adequada separação das competências entre os poderes, assim como a fruição do direito reivindicado, conforme se constata no estudo de Raymundo (2008, p. 1).

Concernente ao direito educacional e sua relação com os direitos humanos e

fundamentais, Westphal (2012, p. 2) evidenciou que a educação tem efetiva contribuição com o processo de formação do ser humano enquanto cidadão vinculado a uma sociedade, assim como fortalece sua dignidade enquanto pessoa. Portanto, “a consolidação do cidadão enquanto partícipe das transformações sociais se concretiza através da educação”.

Para Borges e Laraya (2009, p. 3), os direitos fundamentais têm eficácia plena e aplicação imediata, vinculando-se os poderes públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) em sua prestação, de modo a assegurar o usufruto do direito por parte de seus jurisdicionados.

Quanto à eficácia e efetividade do direito educacional, De Lima (2010, p. 352) considera que esse é um direito social fundamental, cuja garantia está constitucionalmente prevista no Brasil e, portanto, “tal direito configura-se ao mesmo tempo como base para participação na vida social e fundamento para a aquisição da cidadania, contribuindo de forma determinante para legitimação do Estado de Direito democraticamente constituído”.

Em face do neoconstitucionalismo vigente no Brasil, deve-se considerar o princípio da igualdade enquanto pressuposto à implementação das ações estatais, via políticas públicas, uma vez que sua meta central se volta para “permitir a todos, em igualdade de condições, o acesso constitucionalmente previsto a um Estado Democrático de Direito não retórico, mas vivo e efetivo em nossa sociedade” (CAPANO, 2010, p. 285).

No âmbito dos direitos humanos e suas relações com o direito à educação, existem diversas produções acadêmicas, do tipo dissertações e teses, consubstanciando um meta programa mínimo de pesquisa envolvendo essa temática no Brasil (MONTARROYOS, 2019, p. 283).

Falar de direito como conquista é fazer menção a dois princípios que estão estritamente vinculados à espécie humana: a igualdade e a diferença (CURY, 2002).

Na história contemporânea, a luta pelo reconhecimento dos direitos do homem, marcou o ordenamento jurídico de diversos países ao incluir como regras jurídicas na relação sociedade e Estado, o reconhecimento de direitos intrínsecos à espécie humana. Trata-se de reconhecimento de direitos vinculados ao homem por pertencer à mesma espécie.

Esse reconhecimento estatal de que a promoção de direitos deve levar em consideração a “igualdade” e a “diferença” de cada grupo social é recente na literatura ocidental. O conceito “igualdade”, aplicado às ações do Estado, sempre esteve presente com a função de legitimar esse ente sobre a sociedade.

2.1. A IGUALDADE COMO SINÔNIMA DAS AÇÕES ESTATAIS

O conceito da igualdade intrínseco às ações estatais esteve presente no pensamento ocidental desde as primeiras teorias, buscando explicar as origens e função do Estado. Entre os principais pensadores, destacaram-se: Maquiavel; Thomas Hobbes; John Locke; Jean Jacques Rousseau; Barão de Montesquieu; e Alex de Tocqueville.

Chevallier (1999, p. 17), diz que pensadores como Maquiavel e Thomas Hobbes, construíram suas ideias políticas a serviço do absolutismo vigente. O estudo realista da política de Maquiavel em “O príncipe” mostrou ser possível um estudo do Estado com base na “verdade efetiva das coisas”, isto é, os caminhos a serem seguidos por quem governa depende da conveniência e oportunidade para garantir seu interesse.

É nesse contexto que diz Maquiavel não existir ética na política, e em um outro momento diz ser a política mundana, já que os caminhos a serem percorridos pelo governante devem estar relacionados com seus interesses. Ao recorrer à “igualdade”, Maquiavel aplica à natureza humana, por entender os homens na qualidade de seres ingratos, volúveis, simuladores, covardes ante os perigos, avio de lucro. Por meio do conceito da “igualdade” o pensador florentino explicava que a história humana é uma constante repetição de incidentes, por ser a natureza humana imutável.

Thomas Hobbes também utilizou o conceito de “igualdade” entre os homens para justificar as ações absolutistas de seu tempo. O filósofo inglês afirmava ser a natureza humana má e que essa natureza tornava os homens iguais. Antes da constituição do Estado, Hobbes dizia que a “igualdade” de natureza entre os homens era a causa da guerra civil, já que não havia limites para frear esse instinto maléfico. A origem do Estado hobbesiano foi fundamentada na racionalidade humana em querer segurança e viver em paz. Para impor limites a essa natureza humana, seria necessário um Estado forte e com poderes ilimitados, de modo a se sobrepor aos seus subalternos.

Em objeção ao Estado absoluto, John Locke, Jean Jacques Rousseau e Charles-Louis de Secondat (conhecido Barão de Montesquieu) também recorreram ao conceito de “igualdade” (CHEVALLIER, 1999, p. 104-105, 116).

Para Locke a “igualdade” entre os homens foi utilizada como tese para justificar a função do Estado constituído. Seu pensamento político partia do princípio segundo o qual o direito natural do homem sobre a propriedade privada era a causa da verdadeira

igualdade. Antes do Estado, todos os homens eram proprietários de seu próprio bem, situação que os tornavam iguais entre si (WEFFORT, 2006, p. 84-93).

A desigualdade passou a existir com a retirada desse bem da posse de seu verdadeiro dono. Assim, o Estado foi constituído para garantir aos homens o direito sobre a propriedade, caso agisse de maneira diversa estaria a descumprir sua verdadeira função, logo poderia ser desconstituído.

Já Rousseau construiu seu pensamento sobre o conceito de “igualdade” num prisma pleno. A igualdade defendida pelo pensador francês era que todos os homens são iguais, sem distinção, logo a obrigação do Estado era atender a todos os seus governados sem discriminação. Para o referido autor, a interpretação da igualdade diante das ações do Estado é o que levará à promoção da equidade entre os homens (CHEVALLIER, 1999, p. 158-189).

Com Montesquieu o conceito de “igualdade” foi utilizado para justificar a descentralização do poder das mãos do monarca. A centralização do poder nas mãos de um único homem ou família, resulta na criação de leis que legalizam somente seus interesses. Para haver elaboração de leis, que atendam realmente aos interesses da sociedade. Com isso Montesquieu justificava a necessidade da criação do Poder Legislativo formado unicamente por representantes dos membros da sociedade, a fim de elaborar leis que atendam seus interesses. A validade dessas leis só existiria se ao Poder Legislativo fosse atribuído os mesmos poderes conferidos ao Poder Executivo e Judiciário. A legitimidade dos poderes só seria possível se cada um estivesse em condição de “igualdade” entre si para que cada um pudesse frear os excessos do outro em seu exercício (WEFFORT, 2006, p. 119, 120).

Num contexto em que renasce no mundo ocidental os discursos pela democracia, destaca-se Alex de Tocqueville com sua obra “Democracia na América”.

Para Alex de Tocqueville a “igualdade” é elemento intrínseco ao processo natural da democracia. Todas as sociedades num determinado momento passarão pelo processo da democracia. O que merece ser destacado é se essa determinada sociedade permanecerá ou não na democracia, pois dizia que existem caminhos introduzidos pelos homens que desviam o processo natural da democracia (WEFFORT, 2001, p. 152-158).

A “igualdade” aparece relacionada ao processo natural da democracia dentro do pensamento tocquevilliano. Trata-se de uma igualdade baseada num interesse comum que os membros de uma sociedade se juntarão para lutar contra a tirania estatal. Essa

igualdade de interesses entre os membros da sociedade poderia decorrer de diversos fatores, tais como: questão religiosa, questão racial, da exploração econômica. Certo que, sendo a democracia um processo natural, cada sociedade chegaria a essa “igualdade” de interesses de acordo com sua história ou cultura.

Os desvios poderiam advir tanto do desinteresse da participação da maioria na afirmação da democracia que resultaria na ditadura da minoria, quanto do desinteresse da participação da minoria que resultaria na ditadura da maioria. Portanto, a implantação e fixação da verdadeira democracia no pensamento de Tocqueville requer a participação de todos os membros da sociedade, onde o interesse comum, que torna os homens todos iguais, é o desejo democrático.

Com base nesses principais pensadores da política ocidental, percebe-se que o conceito de “igualdade” foi construído para justificar as ações estatais. Dentro da lógica absolutista, a igualdade era fundamento de natureza má para justificar um Estado com decisões verticalizadas (Maquiavel e Hobbes). Com a formação do Estado Liberal, o conceito de igualdade justificou a participação da burguesia no Poder objetivando legalizar suas ações, assim como a função do Estado em proteger a propriedade privada da burguesia (Montesquieu e Locke).

Já no século XIX, com o surgimento da classe operária reivindicando direitos usurpados pela burguesia, o conceito de igualdade foi utilizado para contra-atacar esse movimento, numa tentativa de se eleger como interesse a manutenção de uma democracia estabelecida (CHEVALLIER, 1999, p. 263).

O conceito de “igualdade” não é elemento unicamente do Estado Liberal, mas instrumento intrínseco à própria causa de existir do Estado. Por se tratar de pensadores que focaram estudos buscando explicar a função do Estado, o conceito de igualdade apresentado por eles, não envolveu a realidade física, cultural e econômica entre os governados.

O que se percebe por meio do pensamento político moderno, são as diferentes formas de apreensão dessas diferenças, assim como o uso do conceito de “igualdade” sempre veiculado pelos representantes do Estado como elemento justificador da omissão estatal frente às diferenças físicas, culturais e econômicas de seus governados.

O sentido repassado para o conceito de “igualdade” deve ser entendido como proposta hegemônica de autoafirmação do interesse estatal que só tem aplicação equitativa quando é confrontado com a diferença existente entre os homens. É nesse viés que ganha

sentido o conceito de “diferença”, pois aparece como proposta contra-hegemônica, isto é, esse conceito deve ser confrontado com o de “igualdade”, pois revela a realidade histórica, cultural, social e econômica de cada grupo junto às ações estatais.

2.2. AS AÇÕES ESTATAIS COM BASE NA IGUALDADE E DA DIFERENÇA

Os conceitos que ganharam destaques diante das ações estatais pós-segunda guerra mundial foram a igualdade e a diferença.

Com o primeiro, mostrou-se a necessidade do Estado em promover medidas afirmativas objetivando reparar as desigualdades entre os governados. Assim, o conceito de igualdade fundamentou-se na ideia de existir entre os membros da sociedade a “igualdade jurídica”, onde todos os membros devem se encontrar em mesmas condições perante a lei e em face das ações estatais.

Eis o fundamento segundo o qual para haver tratamento do Estado de forma igualitária aos seus membros, é preciso considerar a desigualdade existente entre seus governados, pois a desigualdade decorre das questões físicas, culturais e econômicas, que são, muitas vezes, vistas de forma pejorativa na vida em sociedade.

O reconhecimento da igualdade jurídica, conforme analisou Silva (2009), revela a desigualdade entre os homens sob esses múltiplos aspectos. As ações estatais devem objetivar a criação de propostas com o fim de minorar as desigualdades entre os membros da sociedade.

O elo entre os homens, que os tornam iguais, fundamentou-se na teoria dos direitos humanos, depois da segunda guerra mundial, ao afirmar que existem direitos que merecem ser garantidos aos homens independentemente de lei positivada como: igualdade, liberdade, a vida. A lei apenas reconhece e cria mecanismos para sua proteção e efetivação.

A igualdade, em confronto com a desigualdade na ordem internacional, levou os Estados locais a registrá-la em seus ordenamentos jurídicos como princípio norteador das ações estatais, para implementar políticas que realmente atendam a peculiaridade de cada membro.

Reconhece que os homens são desiguais sob múltiplos aspetos, mas também entende ser supremamente exato descrevê-los como criaturas iguais, pois, cada um deles, o mesmo sistema de características inteligíveis proporciona, à realidade individual, aptidão para existir. Em essência, como seres humanos, não se vê como deixar de reconhecer igualdade entre os homens (SILVA, 2009, p. 212).

A igualdade apontada nessa nova conjuntura repousou em serem os homens pertencentes à mesma espécie, dotados da mesma essência, onde a igualdade só ganha sentido quando é pensada tendo como base as desigualdades entre os homens. O conceito “desigualdade” quando levado em consideração, revela que as ações estatais não podem ser somente horizontalizadas, pois, assim não atende às reais necessidades dos grupos sociais.

Silva (2009) diz que a igualdade tem a função de tornar evidente a “desigualdade” física, cultural e econômica entre os homens que compõe o elemento povo¹ de um Estado. Nesse sentido, a máxima jurídica de “tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na exata medida de suas desigualdades”, passou a ser usada como parâmetro para se criar leis que levam em consideração as peculiaridades físicas, culturais e econômicas entre os homens.

O ordenamento jurídico brasileiro também incorporou essa lógica da tutela estatal da igualdade, tendo como fundamento a desigualdade entre seus membros. No caput do Art. 5º ficou elencado: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”. Já no inciso I do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, confirma o legislador: “homens e mulheres são iguais em direito e obrigações, nos termos desta Constituição”. O art. 3º, inciso IV, segue o mesmo princípio e positivou como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outra forma de discriminação”.

É percebido com isso que o conceito “igualdade” está no centro das discussões envolvendo as ações estatais objetivando a promoção de políticas públicas horizontalizadas, de modo a atender, de forma equitativa, todos os governados, independentemente de sua peculiaridade.

Quanto ao segundo conceito, a “diferença”, revelou-se que as sociedades nacionais não são unificadas em torno de uma “cultura”, mas são marcadas pelo multiculturalismo. Essa unificação da cultura nacional com fundamento nas ideias de que os governados

¹ Para os estudiosos da Teoria Geral do Estado, o ente estatal é estruturado com base nos elementos: poder, povo, território e objetivos determinados. O poder está no reconhecimento dos governados em o Estado utilizar a violência legítima para impor suas regras. O povo é o componente pessoal que mantém vínculo jurídico de nacionalidade. O território é o componente espacial que envolve tanto a parte física propriamente dita e a ficção jurídica atribuída para equiparar certas situações ao território nacional. Enfim o objetivo determinado, reporta-se às metas, estratégias estabelecidas pelo Estado para atender o bem comum de seus governados (ACQUAVIVA, 2010).

comungam de uma mesma memória do passado, o mesmo desejo por viverem em conjunto, que expressam o mesmo sentimento em perpetuar a herança cultural que recebeu, foi desconstituída por Hall (2006), ao apontar o multiculturalismo existente nas sociedades nacionais.

Destarte, ao se reportar aos estudos das culturas nacionais, o que deve ser levado em consideração, não é a identidade nacional estabelecida, mas os mecanismos utilizados para mascarar as diferenças culturais existentes com fim de formar uma única cultura.

As identidades nacionais não subordinam todas as outras formas de diferenças e não estão livres do jogo de poder, de divisões e contradições internas, de lealdades e de diferenças sobrepostas. Assim, quando vamos discutir se as identidades nacionais estão sendo deslocadas, devemos ter em mente a forma pela qual as culturas nacionais contribuem para “costurar” as diferenças numa única identidade (HALL, 2006, p. 65).

A reflexão de Hall sobre ‘identidade’ e ‘diferença’ revelou que as diferentes identidades existentes no espaço territorial de um Estado eram ofuscadas pelo mito da homogeneização da “identidade nacional”, com cultura unificada.

A criação das culturas nacionais fez parte do projeto imperialista com finalidade de garantir padrões comuns a serem seguidos pela massa, onde a ocultação das diferenças culturais deu lugar à “cultural nacional” mantida por meio de uma educação padrão universal, vernáculo e símbolos oficiais, subordinação das identidades étnicas regionais pela nacional.

É nessa direção que o conceito de “diferença” passou a ganhar sentido no pensamento de Hall ao ser utilizado para desocultar dos discursos homogeneizadores sobre a identidade nacional, a existência de culturas que são desconsideradas, mas que sempre estiveram presentes dentro da realidade. O que se tem no território de um Estado não é uma identidade cultural comum, mas grupos com aspectos culturais próprios que desvendam a existência da diversidade dentro do mesmo território.

Pensar as ações estatais, sob a lente unicamente da igualdade, não atende a diferença cultural dos grupos que compõe o povo de um Estado. Além da igualdade entre os homens por pertencerem à mesma espécie, é necessária a percepção da diversidade existente nessa espécie, isto é, o multiculturalismo.

Buscando elucidar a igualdade e a diferença, Santos (2004) afirma que os dois conceitos devem ser analisados de forma indissociável. É necessário em determinado momento que se questione a igualdade nas ações estatais, todavia, não pode ser olvidado

a necessidade de implementações que atendam a diferença de cada grupo para não haver descaracterização deles.

Essa preocupação em atender aos homens com medidas em condições de igualdade e sem ferir suas diferenças culturais, ganhou destaque nos discursos dos direitos humanos vivenciados no ocidente pós-segunda guerra mundial.

Santos (2004) destaca a necessidade de situar o momento histórico-social de onde iniciaram os discursos sobre direito humanos, para que sejam construídas reflexões sem perder de vista o contexto em que se desenvolveu o pensamento. A contextualização leva ao entendimento que se trata de um pensamento ocidental formado pelos Estados que saíram “vencedores” do conflito. Os discursos sobre a implantação dos direitos humanos em todo o planeta, também representou a expansão imperialista de uma política ocidental no restante do mundo.

O que se deve extrair do pensamento imperialista de direitos humanos é se há ou não a possibilidade da formação de uma política progressista e emancipatória. Na resposta a esse questionamento, Santos entende haver sim possibilidade, desde que, as ideias sobre direitos humanos não sejam apresentadas como prontas e acabadas, e nem estruturadas de cima para baixo. A construção de uma proposta de direitos humanos emancipadora deverá levar em consideração tanto a igualdade como a diferença cultural existente no processo de interação social.

A igualdade com foco na espécie humana fundamentou as doutrinas relacionadas aos direitos humanos, justificando a invasão de países que desrespeitavam esse princípio.

A complexidade dos direitos humanos reside em que eles podem ser concebidos e praticados, quer como forma de localismo globalizado, quer como forma de cosmopolitismo ou, por outras palavras, quer como globalização hegemônica, quer como globalização contra-hegemônica (SANTOS, 2004, p. 250).

Santos (2004) diz que a complexidade para se criticar o princípio da igualdade decorre da necessidade de se aparentar como proposta sadia, protetora, sem vícios, já que se consolidou como discurso hegemônico. Todavia, ao mesmo tempo é possível, por meio do discurso, mostrar suas contradições e construir uma proposta contra-hegemônica. As contradições presentes no discurso hegemônico de igualdade, são visíveis quando confrontadas com a realidade local de cada povo.

Cada sociedade tem sua lógica própria de interagir com seus membros que é constituída com base na sua história, cultura etc. Os discursos ocidentais da igualdade humana, em decorrência da espécie, levam em consideração somente os elementos que

acham ser relevantes ao seu grupo social. Santos (2004, p. 251, 252) diz que as marcas ocidentais intrínsecas nesses discursos:

Estão na Declaração Universal de 1948, elaborada sem a participação da maioria dos povos do mundo; no reconhecimento exclusivo de direitos individuais, com a única exceção do direito coletivo à autodeterminação, o qual, no entanto, foi restringido aos povos subjugados pelo colonialismo europeu; na prioridade concedida aos direitos civis e políticos sobre os direitos econômicos, sociais e culturais; e no reconhecimento do direito à propriedade como o primeiro e, durante muitos anos, o único direito econômico [...]. Se observarmos a história dos direitos humanos no período imediatamente a seguir à segunda guerra mundial, não é difícil concluir que as políticas de direitos humanos estiveram em geral ao serviço dos interesses econômicos e geopolítico dos Estados capitalistas hegemônicos. Um discurso generoso e sedutor sobre os direitos humanos coexistiu com atrocidades indescritíveis, as quais foram avaliadas de acordo com revoltante duplicidade de critérios.

Diante dessas questões levantadas, o teórico aponta cinco premissas que devem ser levadas em consideração para se construir uma proposta contra-hegemônica ao pensamento dominante sobre direitos humanos.

Na primeira é preciso haver superação dos discursos universalistas e relativistas sobre cultura. Os estudos devem apontar as especificidades das culturas para assim mostrar se existem elementos de convergência de interesses entre elas, pois assim se constrói uma política levando em consideração a especificidade de cada grupo.

A segunda premissa está no discurso sobre a dignidade humana. Não se pode difundir uma ideia de dignidade com fundamento na cultura ocidental. Cada povo terá sua concepção e isso merece ser respeitado. O entendimento ocidental de dignidade humana não pode ser imposto como verdade em detrimento dos demais povos.

A terceira premissa destaca a incompletude das culturas ao definir certos conceitos tidos como universais. O conceito de dignidade humana não é completo em nenhuma cultura, por isso é necessário que exista o diálogo cultural entre os povos.

A quarta premissa aponta as versões diferentes sobre o conceito de dignidade. Cada cultura enfatizará elementos que entende ser mais relevante para sua sociedade. Portanto, em uma cultura poderão ser enfatizadas questões políticas, outras a questão econômica, e assim sucessivamente.

Por fim, a quinta premissa esclarece que as culturas tendem a distribuir seus grupos pelo princípio da igualdade e no princípio da diferença. Com o primeiro, entende-se a relação jurídica que os cidadãos mantêm com seus Estados, já o segundo, faz menção a questão étnico, religiosa, sexo dos seus membros. Independentemente dessa dualidade, é necessário saber quando se luta pela igualdade e pelo reconhecimento igualitário das

diferenças.

Os pontos destacados por Santos (2004) têm sua relevância neste trabalho por mostrar o discurso dominante que envolve o conceito de “igualdade” no pensamento hodierno. Ao ser construído com viés horizontalizado e confrontado com a diferença cultural dos membros da sociedade, o discurso coloca os movimentos sociais como entes ativos nessa relação com o Estado, uma vez que as diferenças foram reconhecidas após lutas de grupos ocultados pela imposição da unificação cultural nacional e conquistaram o direito de permanecerem como diferentes e de serem atendidos com ações estatais, observando-se e respeitando suas especificidades.

Na realidade, a desocultação dessas diferenças é originária com base na luta dos grupos que se encontravam desassistidos por políticas estatais e até em função da ausência destas. Não se trata com isso de um discurso com início na igualdade e sim de lutas que tiveram seu fundamento na diferença, seja de questões físicas, culturais ou econômicas.

A causa indígena no Brasil se apresenta dentro dessa lógica. O registro do direito à diferença na Carta Magna do país de 1988, não é fruto de uma generosidade estatal, mas da luta dos movimentos indígenas reivindicando sua participação na política e sociedade, sem, contudo, necessitar de sua integração à sociedade nacional.

A ocultação da diversidade cultural indígena no Brasil se deu na tentativa de se construir uma cultura indígena nacional. Os povos indígenas passaram a ser apresentados de forma genérica sem levar em consideração a pluriétnica e cultural existente no território nacional. A diversidade cultural deu lugar à criação de um “modelo indígena” simbolizado apenas pelo arco e flecha, cocar, pinturas, dentre outras.

Os conceitos de “igualdade” e “diferença” sob a perspectiva analítica feita por Silva (2009), Hall (2006) com base na interpretação de Santos (2004) da necessidade de serem indissociáveis, permitem mostrar a luta dos povos indígenas para validar seus direitos ao reconhecimento da diferença e de permanecerem como indígenas.

Nessa mesma direção Assis (2006) diz que o registro do direito à diferença na Constituição de 1988 envolveu toda uma mobilização de movimentos em prol da causa indígena no Brasil, pois, na visão do movimento indigenista e indígena, o Estado brasileiro ainda mantinha uma política pré-histórica com esses povos. O advento por uma Assembleia Nacional Constituinte foi percebido como a oportunidade de mudança nos fundamentos, princípios e rumos dessa política ao ser inserido em texto constitucional o direito à

diferença.

O resultado dessa mobilização culminou com o registro constitucional do direito à diferença, onde o Estado passou a estar obrigado a implementar políticas públicas considerando as peculiaridades dos povos indígenas no território nacional.

Tem-se em consideração nas análises aqui formuladas, não uma dualidade teórica para a igualdade e a diferença (também chamada de desigualdade), mas mostrar que inexistência conceitual, pois quando se pensa a “igualdade” de forma separada, reduz-se as ações estatais às políticas horizontalizadas e quando se considera somente a “diferença”, edificam-se discursos com focos isolados, sem envolver a realidade social em sua globalidade e diversidade. Diante disso, o particular deve ser analisado em relação ao todo e vice-versa, como elementos indissociáveis em um contexto multicultural.

O multiculturalismo progressista pressupõe que o princípio da igualdade seja prosseguido de par com o princípio do reconhecimento da diferença. A hermenêutica diatópica pressupõe a aceitação do seguinte imperativo transcultural: temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferente quando a igualdade nos descaracteriza (SANTOS, 2004, p. 272).

A igualdade e a diferença devem estar num mesmo nível, onde ser igual é importante para garantir a uniformidade das ações estatais, sem inferiorizar determinados grupos e a diferença considerada quando haver descaracterização dos grupos, pois as ações do Estado devem atender a todos os seus governados com a mesma qualidade e proporcionalidade.

Esse ciclo dialético entre a igualdade e diferença tem por finalidade colocar os membros da sociedade, independentemente de suas especificidades, sob as mesmas condições perante o Estado e no ato de reivindicações.

A aplicação dessas categorias para o estudo da educação escolar indígena coloca essa modalidade de ensino em similares condições com a educação nacional. A diferença não deve ser elemento para se construir uma proposta de educação que envolva somente o universo cultural, mas condição necessária para envolver os fatores históricos, sociais e econômicos presentes na realidade indígena que perpetuam sua exclusão social.

Igualdade e diferença, por meio do ciclo dialético, devem ser entendidas como direito conquistado, por isso são princípios indispensáveis na promoção das políticas públicas. Isso possibilitará aos titulares do direito fiscalizar sua implementação e reivindicar a igualdade e diferença caso sejam omitidas, violadas ou sob o risco de descumprimento.

É inegável o entendimento de que o direito positivado em lei garante segurança aos

seus titulares, pois deixa de ser um campo meramente filosófico ou sociológico e ganha materialidade, para ser acionado por meio da própria máquina estatal. Diante dessa assertiva, admite-se que:

Uma coisa é um direito; outra, a promessa de um direito futuro. Uma coisa é um direito atual; outra, um direito potencial. Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembleia de especialista, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção (BOBBIO, 2004, p. 77).

A promoção de direitos sob esses princípios leva à especificação das garantias entre os grupos sociais, revelando suas diferenças físicas, culturais e econômicas com intuito de se conceber e efetivar ações que envolvam as peculiaridades de cada grupo, sem perder de vista sua relação com o todo da sociedade. O direito registrado em lei deve ser interpretado como conquista social. É resultado de lutas, onde a sistematização em regra escritas, representa a síntese dos embates sociais. O confronto constante entre “igualdade” e “diferença”, deve resultar em leis escritas e reconhecidas pelo Estado para garantir a “promoção de direitos”, atendendo às especificidades dos seus titulares.

Ao discorrer sobre o direito ao trabalho, à educação e à saúde, também conhecidos com a nomenclatura de direitos sociais, Bobbio (2004) diz que na implementação desses direitos, faz-se necessária a observância das diferenças específicas entre indivíduos ou grupos. A igualdade no pensamento bobbiano, também é vista em confronto com a diferença. A igualdade aparece como princípio genérico para afirmar a atribuição do direito a todos os membros da sociedade, revestida das mesmas qualidades. Já a diferença revela a especificidade dos titulares do direito para atendê-los, de acordo com suas necessidades.

Logo, assiste razão a Bobbio (2004, p. 66) ao dizer que "Só de modo genérico e retórico se pode afirmar que todos são iguais com relação aos três direitos sociais fundamentais (ao trabalho, à instrução e à saúde); ao contrário, é possível dizer, realisticamente, que todos são iguais no gozo das liberdades negativas". Além disso, acrescenta: "E não é possível afirmar aquela primeira igualdade porque, na atribuição dos direitos sociais, não se podem deixar de levar em conta das diferenças específicas, que são relevantes para distinguir um indivíduo de outro, ou melhor, um grupo de outro grupo".

3. A EDUCAÇÃO COMO DIREITO A SER OFERTADO

Objetivou-se com a produção desta seção discutir a oferta da educação enquanto um direito fundamental que obriga o Estado a promover sua oferta e assegurar o acesso com qualidade à população. Sua produção teve como parâmetro a seguinte indagação: O que significa pensar a educação enquanto um bem jurídico a ser ofertado pelo Estado a fim de promover direitos?

As análises envolvendo as categorias “igualdade”, “diferença” e “promoção de direitos” no direito à educação, permitem aplicar as duas primeiras com base no pensamento de Santos (2004) que as entende como categorias indissociáveis. Já a utilização da categoria “promoção de direitos”, aplica-se com base no pensamento de Bobbio (2004) por ele conseguir mostrar que a codificação de direitos se transforma em mecanismos concretos para obrigar o Estado a implementá-los.

Cury (2002, p. 104) segue o entendimento defendido por Bobbio e ratifica-o quando afirma: “É preciso considerar que a inscrição de um direito no código legal de um país não acontece da noite para o dia. Trata-se da história da produção de um direito e que tem sua clara presença a partir da era moderna”.

Atribuir à educação escolar o *status* de direito previsto em LEI a ser ofertado pelo Estado, é repassar ao titular do direito mecanismo de observância e cobrança na promoção desse bem jurídico. Ao sancionar uma lei, cria-se uma relação bilateral entre o agente responsável na promoção do direito e seus titulares. O sentido bilateral dessa relação está na atribuição de obrigações recíprocas acarretadas ao Estado e ao titular do direito. É nesse sentido que Cury mostra em seus estudos, como desafio contemporâneo sobre a promoção da educação como direito, a necessidade dos educadores conhecerem as reais garantias registradas em lei para utilizá-las a favor, já que merecem ser analisadas como conquistas dos embates sociais. Para ele:

Hoje, a tarefa de assumir com responsabilidade os papéis emancipatórios da educação se defronta com a necessidade da efetivação do direito ao saber. E, dentre os múltiplos mecanismos capazes de tornar efetivos os direitos proclamados e assumidos constitucionalmente, se incluem aqueles trazidos pela área do Direito (CURY, 2010, p. 86).

A importância estatal com a educação formal no século XX, foi justificada por ser necessária ao preenchimento das dimensões do ser humano: o *singulus*, o *civis* e o *socius* (CURY, 2002). Com a primeira o entendimento é que a educação deve ser promovida a

todos os homens; com a segunda, a educação deve estar relacionada à formação dos homens para participar dos destinos de sua comunidade; e com a terceira, a educação formal deve proporcionar conhecimentos básicos para a interação social.

Esses princípios norteadores da educação formal tornaram possível visualizar tanto a igualdade, como a diferença em matéria de educação. Ao mesmo tempo em que se tem o imperativo da promoção da educação a todos, tem-se, igualmente, o dever do Estado em implementá-la, levando em consideração a especificidade do sujeito. “Trata-se do direito à diferença onde se mesclam as questões de gênero com as de etnia e credo, entre outras” (CURY, 2002, p. 111).

O direito à igualdade garantida pelo Estado em matéria de educação, é o direito de todas as pessoas serem atendidas com a oferta do direito. Quanto ao direito à diferença, este se relaciona à promoção da educação que busca eliminar a discriminação, atendendo a peculiaridade dos membros da sociedade. Nessa lógica de compreensão do que afirma, é possível entender que:

A defesa das diferenças, hoje tornada atual, não subsiste se levada adiante em prejuízo ou sob a negação da igualdade. Estamos assim diante do homem como pessoa humana em quem o princípio da igualdade se aplica sem discriminações ou distinções, mas estamos também ante o homem concreto cuja situação deve ser considerada no momento da aplicação da norma universal. [...] Ao mesmo tempo, seria absurdo pensar um igualitarismo, uma igualdade absoluta, de modo a impor de maneira uniforme as leis sobre todos os sujeitos e em todas as situações. Um tratamento diferenciado só se justifica perante uma situação objetiva e racional e cuja aplicação considere o contexto mais amplo. A diferença de tratamento deve estar relacionada com o objeto e a finalidade da lei e ser suficientemente clara e lógica para justificá-la (CURY, 2002, p. 112).

O direito à educação, com base no direito à igualdade e na diferença para atender a especificidade dos grupos sociais, tornou-se uma garantia do homem hodierno em ser contemplado com a promoção do direito, por meio de políticas públicas, num mesmo padrão de qualidade, para eliminar quaisquer formas de discriminação, possibilitando sua interação em sociedade.

No Brasil, a educação como um direito ganhou maior destaque com a Constituição Federal de 1988, pois além de registrar a obrigatoriedade estatal na oferta, inseriu o instituto do direito público subjetivo como recurso a ser utilizado pelo titular do direito para forçar a Administração Pública a cumprir com seu dever.

Para Cury (2010) as Constituições brasileiras que antecederam o texto atual, abordaram o direito à educação, porém, não com as mesmas garantias que foram elencadas a partir de 1988. Na Constituição Imperial foi registrado o direito à educação aos

cidadãos, entretanto, a cidadania não se estendia a escravos e indígenas. Com a primeira Constituição Republicana, a inserção do direito à educação sofreu supressão no que se refere à gratuidade e obrigação. Se com a Constituição Imperial a gratuidade era garantia aos “cidadãos” (excluindo negros e indígenas), a Constituição Republicana elencou como faculdade para os estados membros utilizar ou não esses estatutos. Outro ponto omitido na Constituição Republicana foi a vinculação de verbas, vindas de impostos para a implementação do direito à educação.

O texto normativo que legalizou o Golpe de 1930, trouxe avanço na matéria educação escolar. A educação foi inserida como direito de todos e obrigação dos poderes públicos, além de vincular a um percentual tributário que deveria ser investido nessa matéria. O avanço introduzido pela obrigatoriedade de tributos na promoção do direito à educação foi retirado em 1937. Em 1946, com a Constituição que regulamentou o denominado Estado Novo, os institutos da obrigatoriedade e gratuidade do direito à educação foram reinsertados na Carta Maior do país, além de voltar a vincular certos tributos para financiar a promoção do direito. Porém, em 1967, o texto constitucional outorgado pela ditadura desvinculou verbas a serem utilizadas para financiar a educação. A vinculação de verbas só voltaria a estar presente no texto constitucional com a Emenda nº 24 de 1983.

Com o advento da Constituição de 1988, o direito à educação aparece no texto constitucional na condição de direitos sociais (Art. 6º), além de se ter um capítulo específico versando sobre a matéria.

Com a garantia constitucional de 1988 sobre o direito à educação, são destacados: o dever do Estado na promoção desse direito a todos os brasileiros; A igualdade de acesso e permanência na escola; gratuidade do ensino público; oferta obrigatória da educação básica gratuita; padrão de qualidade na oferta; regime de colaboração entre os entes estatais na promoção do direito; e aplicação do instituto do direito público subjetivo caso ocorra a omissão estatal.

Sobre o dever do Estado na promoção do direito à educação, o Art. 205 do texto constitucional determina que: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovido e incentivado com a colaboração da sociedade, visando ao pelo desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho”.

Desse modo, o direito à educação deve ser promovido a todos os brasileiros sem distinção, resguardando o mesmo padrão de qualidade. O dever do Estado no direito à

educação é imperativo. As demais garantias listadas no parágrafo anterior decorrem desse reconhecimento de que a educação é direito de todos e dever do Estado. O rol relacionado decorre da obrigação assumida pelo Estado na implementação do direito tipificado em texto constitucional.

A importância da promoção desse direito pelo Estado a todos os governados, é ressaltada por Cury (2010, p. 116) como:

Parte do reconhecimento de que o saber sistemático é mais do que uma importante herança cultural. Como parte da herança cultural, o cidadão torna-se capaz de se apossar de padrões cognitivos e formativos pelos quais tem maiores possibilidades de participar dos destinos de sua sociedade e colaborar na sua transformação. Ter o domínio de conhecimentos sistemáticos é também um patamar *sine qua non* a fim de poder alargar o campo e o horizonte desses e de novos conhecimentos. O acesso à educação é também um meio de abertura que dá ao indivíduo uma chave de autoconstrução e de se reconhecer como capaz de opções. O direito à educação, nesta medida, é uma oportunidade de crescimento cidadão, um caminho de opções diferenciadas e uma chave de crescente estima de si.

O referido autor entende que o acesso à escola possibilita ao homem conhecimentos necessários para a interação social. A escola exerce de maneira real uma função formativa na vida das pessoas. É nesse sentido que o direito à educação deve ser promovido de forma obrigatória pelo Estado, para garantir o domínio sistematizado de informações que são primordiais para o exercício da cidadania, o pensamento crítico, além da qualificação profissional.

Quanto ao destaque constitucional para as condições igualitárias no acesso e permanência na escola, fulcro do art. 206, incisos I² e VII³ da Constituição do Brasil de 1988, Duarte (2007, p. 705) diz que:

O princípio da igualdade de condições para acesso e permanência na escola constitui uma diretriz fundamental que deve informar as políticas públicas educacionais. Em um país de imensas desigualdades sociais e regionais, torna-se imperativo aos poderes públicos a implementação de políticas públicas voltadas à redução das condições que levam a altos índices de abandono, reprovação e distorções na relação idade-série.

O termo “igualdade” presente no inciso I do art. 206, deve ser confrontado pela categoria diferença, onde o acesso e permanência na escola envolvem todos os brasileiros. Nesse contexto a dialética entre ‘igualdade’ e ‘diferença’ deve conduzir à luta pela igualdade de condições, sem discriminação. Todavia, essa dialética entre as categorias, também implica a luta pelo reconhecimento igualitário das diferenças, onde a promoção do direito

² O inciso I desse artigo elenca: “Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”.

³ O inciso VII desse artigo elenca: “Garantia de padrão de qualidade”.

deve atingir a peculiaridade de cada grupo. Portanto, ao serem criadas políticas educacionais visando acesso e permanência na escola, é dever do Estado implementá-las nas mesmas condições de qualidade a todos os titulares do direito, de acordo com suas diferenças físicas, culturais e econômicas.

A qualidade intrínseca à promoção do direito, presente no inciso VII do artigo 206, foi definida no Art. 4º, IX da Lei 9.394/96: “padrões mínimos de qualidade de ensino, definido como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem”.

Verifica-se, portanto, que o Estado se compromete legalmente a estabelecer o padrão de qualidade e proporcionar condições materiais para elevar os grupos que se encontram em condições de desigualdade a atingirem esse padrão estabelecido, a exemplo dos índios que habitam o município de Santarém, município do Estado do Pará.

No que se refere a esta matéria, pode-se acrescentar: o grau de formação de professores, a disponibilidade de materiais didáticos, adequação de currículos à realidade local, criação de sistema de avaliação, melhor remuneração docente e melhores condições para o trabalho no ambiente escolar, eleições diretas nas escolas, gestão democrática, política de formação continuada.

Com a Constituição de 1988 a ideia de políticas educacionais plurais ganhou mais força no território nacional, uma vez que a participação social foi registrada na norma Maior⁴. A obrigação estatal é promover políticas educacionais levando em consideração a especificidade dos destinatários. No caso deste estudo, da população indígena.

Com o art. 208, inciso I e §§1º e 2º, foi inserido na Carta Política da nação o nível obrigatório em educação escolar a ser ofertado pelo Estado e as consequências jurídicas, na hipótese de que ocorra sua omissão. O nível obrigatório registrado com a promulgação da Constituição em 1988 foi o Ensino Fundamental.

Em 2009 com a Emenda Constitucional nº 59, foi atribuída a obrigação pela oferta de toda a Educação Básica (educação infantil, ensino fundamental e médio). A garantia de que o Estado ofertaria o ensino obrigatório veio com os parágrafos 1º e 2º, onde se tem a inserção do ensino obrigatório e gratuito como “direito público subjetivo”, acarretando a responsabilidade objetiva do Poder Público devido à oferta irregular desse nível de educação.

⁴ Art. 206, inciso VI.

4. A EXIGIBILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Nesta seção, visou-se identificar os critérios formais a serem cumpridos visando a exigibilidade do direito à educação no Brasil. Para tanto, problematizou-se: Sob quais fundamentos jurídico-constitucionais se demanda a exigibilidade do direito à educação perante o Estado?

A Constituição de 1988 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro mecanismos para tornar possível acionar judicialmente a Administração Pública em caso de omissão ou oferta irregular do direito à educação.

A exigibilidade do direito à educação deve ser observada levando em consideração que a educação é direito público subjetivo e que a Constituição estabeleceu um mínimo existencial em matéria de educação, sendo esse rol normas de eficácia plena. Assim a violação desse direito possibilita, ao seu titular, interpor sua demanda em juízo para fazer com que a máquina estatal funcione de modo a efetivá-lo.

Sendo a educação indígena garantidora de todos os princípios que norteiam a educação nacional, aplica-se a essa modalidade do ensino os mesmos mecanismos de exigibilidade do direito à educação.

Nos termos do que está previsto no art. 5º, LXIX, da Constituição do Brasil de 1988, percebe-se que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”. Por sua vez, diante de um direito ameaçado ou violado “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

A Ação Civil Pública, igualmente poderá ser acionada pelos legitimados do direito, perante diferentes órgãos da Administração Pública em nível Federal, Estadual, Distrital e Municipal, nos termos do que previu o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, tais como: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e a associação.

Tratando-se da Ação Popular, conforme instituída na Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, verifica-se que qualquer cidadão é parte legítima para demandar o direito visando

a “anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio”, inclusive lhe assiste o direito de requerer a “suspensão liminar do ato lesivo” (art. 1º e art. 5º, § 4º).

4.1. A EDUCAÇÃO COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO

Ao elevar o direito à educação a uma condição de direito público subjetivo, o legislador constitucional tornou possível ao titular do direito forçar o ente estatal (federal, estadual, distrital e municipal) a cumprir seu dever em matéria de educação.

Entende-se por direito público subjetivo,

A 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. A maneira de fazê-lo é acionando as normas jurídicas (direito objetivo) e transformando-as em seu direito (direito subjetivo) (DUARTE, 2004, p. 113).

O registro constitucional de ser a educação direito público subjetivo, retira do Estado a faculdade entre implementar ou não esse direito. A garantia da exigibilidade é repassada para os titulares do direito que poderão se apropriar do controle judicial em caso de ausência ou insuficiência das ações estatais e das políticas adotadas na esfera da Administração Pública.

Segundo Garcia (2004) os elementos essenciais do direito público subjetivo são: sujeito, objeto e relação jurídica. O sujeito é o titular do direito. O objeto é o bem jurídico sobre o qual o titular exerce a garantia assegurada pela norma. Enfim, por relação jurídica deve ser entendido o vínculo mantido entre o titular do direito e o ente responsável por sua promoção.

Em se tratando de educação, o texto constitucional brasileiro de 1988 elenca, no artigo 205, que é direito de todos. Situação que coloca a coletividade como titular desse direito. Porém, ao discorrer sobre o objeto, ou seja, o nível educacional exigível, a emenda constitucional nº 59/2009 ampliou do ensino fundamental para toda educação básica, Art. 208, inciso I. Na conjuntura atual, o bem jurídico exigível em matéria de educação pública e gratuita envolve a educação infantil, ensino fundamental e ensino médio.

Quanto ao vínculo jurídico, o Estado foi responsabilizado com dever de assegurar a efetiva implementação no plano fático. O dever estatal deverá ser efetivado com base nos dispositivos dos artigos 208, 211-214. Com o artigo 208 se tem as garantias essenciais a serem efetivadas para atender a todos os brasileiros. Nos artigos 211 a 214, previu-se o

regime de colaboração entre os entes estatais objetivando atribuir responsabilidades de acordo com o nível educacional, o financiamento e o planejamento periódico, objetivando sua universalização, erradicação do analfabetismo, qualidade.

4.2. O MÍNIMO EXISTENCIAL EM MATÉRIA DE EDUCAÇÃO

Quando o Estado brasileiro se compromete por meio do texto constitucional em ofertar a educação básica obrigatória e gratuita nos estabelecimentos públicos, com as mesmas condições de igualdade para o acesso e permanência na escola, sua obrigação está em promover o mínimo existencial⁵, por ser elemento necessário à vida com dignidade⁶ dos seus membros.

É possível reconhecer eficácia positiva ou simétrica às faixas que compõem o seu núcleo, especialmente àqueles que dizem respeito a condições materiais da existência, isto é, exigibilidade da prestação em si diante do Poder Judiciário – essa constatação foi objetivo principal do estudo. Em suma: o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica (BARCELLOS, 2008, p. 278).

Seguindo o entendimento de Barcellos, o mínimo existencial deve ser reconhecido constitucionalmente, isto é, registrado em lei, para se instituir como modalidade jurídica que poderá ser exigida judicialmente de forma direta pelo detentor do direito. Não se trata do registro constitucional a uma lei, e sim, da garantia constitucional de mecanismos para exigir do Estado o cumprimento do dever de assegurar um direito tido como fundamental.

O direito à educação registrado nos artigos 205 a 214, compõe os princípios constitucionais da educação brasileira, sendo subscrito no artigo 208, o que se pode chamar de mínimo existencial em educação.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

⁵ Núcleo essencial; mínimo vital; substancia mínima.

⁶ A Constituição de 1988 positivou no art. 7º, IV, as necessidades vitais para os brasileiros.

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola (BRASIL. Constituição Federal de 1988).

Não existe faculdade estatal na promoção da educação básica obrigatória. O dever do Estado é garantir aos brasileiros, com idade apropriada, o ensino obrigatório gratuito de acordo com o estabelecido em lei.

Seguindo-se esse imperativo de norma constitucional cogente, a Lei 9.394/96, que fixou as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, no *caput* do artigo 5º e no §2º, elencou:

Art. 5º. O acesso ao ensino fundamental⁷ é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda ao Ministério Público, acionar o Poder Público para exigí-lo.

[...]

§2º. Em todas as esferas administrativas, o Poder Público assegurará em primeiro lugar o acesso ao ensino obrigatório, nos termos deste artigo, contemplando em seguida os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais.

Garcia (2004) diz que o registro constitucional, regulamentado em lei infraconstitucional, consagra a prioridade estatal no âmbito da educação escolar, já que o constituinte de 1988 optou por indicar o mínimo existencial.

Diante do exposto, deve ser entendido que o mínimo existencial em educação é a educação básica obrigatória e gratuita, de acesso universal e com a devida qualidade na prestação desse serviço por parte da Administração Pública, sob pena de vir a ser acionada judicialmente pelos titulares desse direito.

4.3. O DIREITO À EDUCAÇÃO É NORMA DE EFICÁCIA PLENA

O texto constitucional sobre o direito à educação obrigatória é norma de eficácia plena. A esse respeito, Silva (1998 e 2005) classificou as espécies de eficácias das normas constitucionais em: plenas, contidas e limitadas. As primeiras são de aplicação imediata e independem de legislações posteriores, pois com o registro constitucional “criam-se situações subjetivas de vantagens ou de vínculo, desde logo exigíveis (SILVA, 1998, p.

⁷ Com a Emenda Constitucional nº 59/2009 o Ensino obrigatório é constituído por toda a Educação Básica.

262). As segundas, mesmo com a garantia de situações subjetivas de vantagens ou de vínculo exigível, podem sofrer restrições com a criação de uma legislação infraconstitucional⁸. Já na terceira classificação, encontram-se as normas que precisam de complementações infraconstitucionais para torná-las eficazes⁹ perante o ordenamento jurídico e seus jurisdicionados.

Sendo a educação obrigatória norma de eficácia plena e de aplicação imediata, fica notório o argumento que, independentemente da ausência de normas infraconstitucionais, seja na esfera federal, estadual, distrital ou municipal, o Poder Público está condicionado a promovê-la em face de todos os brasileiros, sob pena de ser responsabilizado por sua omissão ou oferta irregular.

Com efeito, não há como olvidar que sendo a matéria constitucional, acerca do assunto, de eficácia plena e aplicação imediata, como já mencionado, o dever do Estado não depende de apenso legal, também não cabendo escusas a não oferta da educação básica sob alegação de ausência de recursos financeiros. É circunstância de prioridade nas políticas públicas, não cabendo, ainda, ao Poder Público, recorrer-se ao princípio da “Reserva do Possível”¹⁰. A garantia do “direito à educação” com fundamento na igualdade e diferença é obrigação constitucional.

4.4. A DEFESA DO DIREITO À EDUCAÇÃO EM JUÍZO

O texto constitucional elencou no Art. 5º, XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nesse sentido quem se encontrar com seus direitos violados poderá exigir em juízo a lúdima reparação.

[...] A norma, assim explicitada - A educação, direito de todos e dever do Estado e da família (...) (arts. 205 e 227) -, significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, não que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização. A Constituição mesmo já considerou que o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, é direito público subjetivo; equivale reconhecer que é direito plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, isto é, direito exigível judicialmente, se não for prestado espontaneamente

⁸ O exemplo clássico que se tem é do **Art. 5º, inciso XIII da CF88**: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

⁹ Exemplificando, tem-se a greve dos servidores públicos no Art. 37, inciso VII da CF88: “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites defendidos em lei específica”.

¹⁰ O princípio da reserva do possível tem sua origem no direito alemão. No Brasil passou a ser recorrido pelo Poder Público para justificar sua omissão ou oferta irregular na implementação de direitos fundamentais.

(SILVA, 2009, p. 313).

A intervenção do Judiciário no direcionamento de políticas públicas educacionais não tem finalidade de tornar esse órgão julgador de questões que são da esfera do juízo de oportunidade e conveniência da Administração Pública¹¹, mas tornar concreto um direito assegurado que está sendo omitido ou ofertado de maneira irregular. Recorrer ao Judiciário, portanto, é adotar o pêndulo da coerção jurídica sobre o Estado para implementar políticas que não estão sendo oferecidas pela Administração Pública, ou o são de forma irregular.

O direito à educação pode ser demandado na esfera do Poder Judiciário em caso de omissão ou oferta irregular, por se tratar de direito público subjetivo, já que o mínimo existencial exigível em educação escolar é norma de eficácia plena.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hodiernamente, os princípios da igualdade e da diferença são mecanismos que integram o ordenamento jurídico de diferentes Estados Nacionais. No caso do Brasil, a partir da Constituição de 1988, ganharam primazia no âmbito das obrigações estatais visando assegurar direitos adquiridos por força constitucional e de lei específica.

Considerar o princípio da igualdade em sua relação com a diferença, é imprescindível para que se possa assegurar o usufruto de direitos fundamentais, especialmente quando se refere à matéria do direito à educação.

Verifica-se que, do ponto de vista teórico, igualdade e diferença não são conceitos excludentes, dualismos que se mutilam, uma vez que o funcionamento da Administração Pública deve considerar esse par conceitual de forma permeável, tanto no momento da concepção, quanto da realização e avaliação das políticas públicas promovidas, de forma equitativa, pelo Estado.

Sob a vigência do Estado Democrático de Direito, o conjunto das ações estatais deve ter como horizonte a promoção de direitos, mas respaldando-se nos princípios da igualdade e da diferença no processo de formulação e realização das políticas públicas, o que lhes dará um caráter multicultural e pluriétnico.

No âmbito da oferta do direito à educação, o Estado deve se esmerar para que a formulação de suas políticas públicas seja capaz de promover tal direito de forma equitativa,

¹¹ O Direito Administrativo brasileiro define Administração Pública sendo o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a Lei atribui o exercício da função Administrativa.

respaldando-se nos princípios da igualdade e da diferença. Entretanto, assegurar a inscrição desse direito e de tais princípios em normas constitucionais ou infraconstitucionais, não é garantia de que essas obrigações serão efetivamente cumpridas pelo ente estatal.

Sob o prisma da igualdade e da diferença, no Brasil, o direito à educação se converteu em direito público subjetivo, pois sua oferta irregular ou a omissão estatal em prestar esse serviço público de qualidade, devem sofrer sanções a partir da interposição de demandas dos jurisdicionados perante a esfera do Poder Judiciário, de modo a impor à Administração Pública a necessidade imperiosa de cumprir seu dever constitucional.

Em face da possível ameaça ou a oferta irregular do direito à educação por parte do Estado, pode-se requerer as devidas providências a esse mesmo ente estatal, manejando o remédio constitucional do Mandado de Segurança, ou, representando ao Ministério Público para que este interponha a devida Ação Civil Pública, e, ainda, qualquer cidadão poderá se utilizar da Ação Popular para evitar ou combater ato que possa causar dano ao patrimônio público.

Por se constituir um direito público subjetivo, o combate em favor da efetivação do direito à educação poderá ensejar demanda judicial perante o ente público que esteja a promover frontal ameaça, ou, ao agir com o propósito de dar efetividade, comete lesão a esse bem jurídico tido como direito fundamental, por força de previsão constitucional.

O Estado tem por obrigação promover políticas públicas educacionais visando assegurar o mínimo existencial aos titulares desse direito, uma vez que a educação pública faz parte da dignidade humana, é obrigatória e regida pela gratuidade nos estabelecimentos públicos que prestam esses serviços de formação escolar.

Por se constituir um direito público subjetivo e estar constitucionalmente previsto, o direito à educação se caracteriza enquanto norma de eficácia plena, portanto, sua aplicação deve ocorrer de forma imediata por parte da Administração Pública em suas diferentes esferas, sob pena de se ver coagida a cumprir o direito mediante defesa perpetrada no Juízo competente para apreciar e julgar a causa reivindicada.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria Geral do Estado**. 3 ed. Barueri-SP: Manole, 2010.

ASSIS, Eneida Correia de. **Direitos Indígenas num contexto interétnico**: quando a democracia importa. Tese de Doutorado em Ciência Política. Programa de Pós-

Graduação em Ciência Política do Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro (IUPERJ). Rio de Janeiro, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. 2 ed. Rio de Janeiro-RJ: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7ª impressão. Rio de Janeiro-RJ: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 12 mar 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a Ação Popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm Acesso em 12 mar 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm Acesso em 12 mar 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.394/1996**. Estabelece as Diretrizes e Normas Bases da Educação Nacional. Diário Oficial, Brasília, 23 de dez. 1996.

BORGES, Rodrigo Lanzi de Moraes; LARAYA, Larissa Benez. Efetivação dos direitos fundamentais na concretização do estado democrático de direito. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 6, n. 6, 2009. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/275>. Acesso em: 28 jul. 2022.

CAPANO, Fernando Fabiani. Igualdade como meta das políticas públicas. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 8, n. 8, p. 270–286, 2010. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/103>. Acesso em: 28 jul. 2022.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As grandes ideias, obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8ª ed. Rio de Janeiro-RJ: Agir Editora, 1999.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Políticas da Educação: um convite ao tema. IN: FÁVERO, Osmar; SEMERARO, Giovanni (Orgs.). **Democracia e construção do público no pensamento educacional brasileiro**. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 147 a 162.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Cadernos de pesquisa**. Fundação Carlos Chagas. São Paulo, n. 116, p. 245 a 262, jul. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/x6g8nsWJ4MSk6K58885J3jd/?format=pdf&lang=pt> Acesso em 02 mai. 2022.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A questão Federativa e a Educação Escolar. IN: OLIVEIRA,

Romualdo Portela; SANTANA, Wagner (Orgs). **Educação e Federalismo no Brasil: combates as desigualdades, garantir a diversidade**. Brasília-DF: UNESCO, 2010, p. 149 a 168.

DE LIMA, Marcela Catini. Eficácia e efetividade do direito à educação enquanto direito fundamental social á luz da Constituição de 1988. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 7, n. 7, p. 352–378, 2010. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/87>. Acesso em: 28 jul. 2022.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais. São Paulo-SP: **Perspectiva**, 2004, p. 113 a 118. Disponível em: www.scielo.br/pdf/spp/v18n2/a12v18n2.pdf Acesso em: 02 mai. 2022.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educ. Soc.**, Campinas, vol. 28, n. 100 – Especial, p. 691 a 713, out. 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/es/a/Sys3c3j8znnWkyMtNhstLtg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 02 mai. 2022.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação nas Constituições Brasileiras. IN: VEIGA, Cynthia Greive (Org). **Carlos Roberto Jamil Cury: Intelectual e Educador**. Belo Horizonte: Autentica Editora, 2010.

GARCIA, Emerson. O direito a Educação e suas perspectivas de efetividade. IN: GARCIA, Emerson (Coord). **A Efetividade dos direitos sociais**. Rio de Janeiro-RJ: Lumen Juris, 2004, p. 149 a 198.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 11 ed. Rio de Janeiro-RJ: DP&A, 2006.

MONTARROYOS, Heraldo Elias. Programa de pesquisa sobre os direitos humanos relacionados com o direito à educação: A contribuição dos trabalhos de pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Brasil, entre 2013-2018. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 24, n. 2, p. 283–314, 2019. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i21441. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1441>. Acesso em: 28 jul. 2022.

RAYMUNDO, Giseli Valezi. Interpretação e aplicação do direito – a atuação do poder judiciário no Brasil - direitos sociais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 4, n. 4, 2008. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/105>. Acesso em: 28 jul. 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. IN: BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, José Afonso da Silva. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3 ed. São

Paulo-SP: Malheiros, 1988.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo-SP: Malheiros, 2009.

VEIGA, Cynthia Greive (org.) **Carlos Roberto Jamil Cury: Intelectual e Educador**. Belo Horizonte: Autentica Editora, 2010.

WEFFORT, Francisco Correia. **Os clássicos da Política**, Vol. 1. São Paulo: Editora Ática, 2006.

WEFFORT, Francisco Correia. **Os clássicos da Política**, Vol. 2. 10ª ed. São Paulo: Editora Ática, 2.

WESTPHAL, Fernanda Prince Sotero. Direitos humanos na educação, um pilar para o exercício da cidadania e a concretização da dignidade da pessoa humana. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 5, n. 5, 2012. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/227>. Acesso em: 28 jul. 2022.

Recebido em 31/03/2023.

Aprovado em 26/04/2023.

Received in 31/03/2023.

Approved in 26/04/2023.