

**A UNIVERSALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO BÁSICA NO ESTADO  
CONSTITUCIONAL\***

**THE UNIVERSAL PRIMARY EDUCATION IN THE CONSTITUTIONAL  
STATE**

**Denise Souza Costa**

**RESUMO**

O presente artigo se propõe a analisar o direito fundamental à educação tendo como ponto de partida a universalização da educação básica no Estado Constitucional. A educação garante o desenvolvimento e a autonomia da pessoa transformando o indivíduo e conseqüentemente a sociedade, sendo assim, constitui-se em importante instrumento para viabilizar outros direitos e a própria democracia participativa que é imprescindível para viabilizar o verdadeiro Estado Constitucional. Tendo em vista a alta significação social e econômica do direito à educação, a grande relevância da universalização da educação básica se justifica pois constitui-se na primeira etapa para a efetividade deste direito. Por meio da educação básica a pessoa poderá desenvolver suas habilidades e competências de forma mais eficiente e ser capaz de fazer suas próprias escolhas, fazendo uso consciente do seu direito de liberdade. Este estudo pretende analisar os desafios formais e materiais enfrentados pelo Estado Constitucional para buscar concretizar, na maior medida possível, a universalização da educação básica.

**PALAVRAS CHAVES:** DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO; ESTADO CONSTITUCIONAL; UNIVERSALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO BÁSICA; DEMOCRACIA

**ABSTRACT**

This article aims to analyze the fundamental right to education and, as a starting point, the universal primary education in the Constitutional State. Education ensures the person's development and autonomy transforming the individual and hence society.

---

\* Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

Therefore, it is an important instrument for achieving other rights and participatory democracy, which is essential for enabling the true Constitutional State. Bearing in mind the main social and economic significance of the right to education, the great importance of the universal primary education is justified, for it constitutes the first step towards the realization of this right. Through basic education a person can develop their skills and competencies more efficiently and be able to make their own choices, using their right to freedom consciously. This study aims to analyze the procedural and substantive challenges faced by the State Constitution in order to achieve, to the greatest extent possible, the universal education.

**KEYWORDS:** FUNDAMENTAL RIGHT TO EDUCATION; CONSTITUTIONAL STATE; UNIVERSAL PRIMARY EDUCATION ; DEMOCRACY

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente trabalho tem por objeto o direito à educação desenvolvendo uma reflexão sobre as razões pelas quais este deve ser considerado um direito fundamental e, em decorrência disso, ser concretizado, na maior medida possível, mediante políticas públicas eficientes e eficazes no Estado Constitucional. Sendo assim, sua finalidade é buscar a superação de obstáculos de variadas matizes, visando à máxima efetividade do direito fundamental à educação. A prioridade no estudo da universalização da educação básica se justifica por esta ser o primeiro e um dos mais importantes estágios do processo de aprendizagem educacional, o qual está em constante evolução.

Nesse sentido, aborda-se com maior ênfase o direito à educação formal e, mais especificamente, a universalização da educação básica, cujo conteúdo e objeto dependem da atuação positiva do Estado. Cabe ressaltar que as considerações a serem desenvolvidas não reduzem o direito fundamental a educação exclusivamente à educação básica, uma vez que se reconhece sua fundamentalidade em relação a todos os níveis de ensino. Ocorre que a educação básica constitui o núcleo essencial do direito à educação, pois representa o primeiro passo desta longa estrada que é a educação formal.

Ademais, afirmar-se-á a necessidade de se possuir uma visão do direito à educação para além da mera garantia de acesso ao sistema educacional público e

gratuito. O direito ao acesso é o instrumento necessário para se chegar ao objetivo principal que é o aprendizado. Para tanto, é preciso adotar políticas públicas capazes de garantir um eficaz aprendizado que resulte em autonomia individual visando ao desenvolvimento pleno da pessoa, isto é, tornado-a capaz de exercer a cidadania e sua habilidade e qualificação para o trabalho. Tudo isso, utilizando a interpretação topicossistemática da ordem jurídica normativo no cenário do Estado Constitucional brasileiro e suas peculiaridades, para determinar em que condições essas normas jurídicas deverão ser aplicadas a situações concretas, com o fim de atingir a maior eficácia na concretização desse direito social.

Em outras palavras, o objetivo do presente trabalho é defender uma nova postura conceitual do Estado Constitucional como garantidor eficiente e eficaz das prestações associadas à tutela dos direitos fundamentais.

## 1. O ESTADO CONSTITUCIONAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

No sistema normativo do Estado Constitucional, o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais e a sua aplicação direta e imediata contemplam uma nova dimensão ao sentido do direito, a qual migra de uma supremacia meramente formal para uma dimensão material, com a finalidade da concretização dos bens jurídicos e dos interesses tutelados. Caracteriza-se, então, a passagem da legalidade para a juridicidade, o que amplia a abrangência de aplicação das normas para além da mera aplicação da lei. A Administração Pública passa a ser responsável, por força constitucional, de promover, garantir e proteger os direitos fundamentais como ente a serviço dos cidadãos, exercendo suas atividades em obediência aos limites impostos pela ordem constitucional e pelo sistema de normas vigentes.

O direito fundamental à educação desponta, em primeiro lugar, entre os Direitos Sociais. Considerado um direito de segunda geração, cuja fundamentalidade formal nasce no Estado Social, é um direito de cunho prestacional. Sendo assim, depende de uma atuação positiva do Estado/Administração para sua concretização. Entretanto, há uma desafiadora dificuldade doutrinária e jurisprudencial em se estabelecer o conteúdo e o alcance deste direito, assim como verificar as situações em que há real *status* de

direito subjetivo público, uma vez que sua eficácia depende, entre outras coisas, da certeza da fundamentalidade dos diversos preceitos constitucionais.

O direito à educação formal em sentido amplo contém em seu âmbito de proteção: o direito a educação a nível infantil, fundamental, médio e superior, ministrado no sistema público e privado, independente da idade do seu sujeito. Um direito é disciplinado e assegurado pela norma em abstrato, o seu exercício e efetividade dependerão da sua densidade normativa. O direito à educação têm alta densidade normativa pois sua fundamentalidade formal está expressa na ordem constitucional que lhe conferiu *status* de direito subjetivo público, por outro lado o constituinte delimitou o âmbito de proteção do direito à educação a ser prestado pelo poder público.

A Constituição Federal, no capítulo da ordem social, contempla as normas balizadoras para a concretização do direito fundamental à educação. Nela está expressamente previsto que a educação é direito de todos e um dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade. Estabelece, inclusive, que a finalidade da educação é o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Por fim, remete ao Estado o dever de efetivar o direito à educação mediante a garantia de acesso a educação infantil, ao ensino fundamental e ao ensino médio, obrigatório e gratuito, dando-lhe *status* de direito público subjetivo.

A gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais é um dos princípios constitucionais do Direito à educação, sendo que essa atividade deve ser exercida diretamente pelo Estado/Administração. Ocorre, porém, que esse serviço público prestacional não é de exclusiva competência da Administração Pública, podendo ser exercido pela livre iniciativa, desde que atendidas as condições constitucionalmente estabelecidas.

Tendo em vista que o Brasil constitui-se em um Estado Constitucional de regime democrático, o cidadão tem a liberdade de decidir se quer ou não usufruir dos serviços público colocados à sua disposição. Todavia, o Estado não tem liberdade para deixar de oferecer serviços públicos, conforme sua conveniência, quando forem de natureza estratégica, portanto indelegáveis, como a segurança pública. Há, porém, os serviços essenciais, como o direito à educação, que devem ser exercidos pela administração

pública, mas podem ser delegados à livre iniciativa. As normas constitucionais estabelecem a definição do núcleo de atuação dos serviços públicos a serem prestados pelo poder estatal.

No sistema constitucional, a competência para garantir o acesso ao sistema educacional público em relação a educação básica, com atenção especial ao ensino infantil, é, prioritariamente, dos Municípios, enquanto os Estados e o Distrito Federal atuarão no ensino fundamental e médio. Há um dever constitucional da União, dos Estados e Municípios em assegurar a universalização do ensino básico gratuito, organizando seus sistemas educacionais e definindo formas de colaboração entre os entes da federação. O direito à gratuidade da educação básica, contido no texto constitucional, refere-se ao ensino infantil, fundamental e ao ensino médio, sendo o acesso ao sistema educacional obrigatório e gratuito um direito subjetivo público. Merece reparo, que o constituinte expressamente estatuiu a responsabilidade plena, na hipótese de não-oferecimento ou oferta irregular do ensino obrigatório pelo poder público, à autoridade competente.

Juarez Freitas, em inovadora posição, define que cabe ao Estado/administração executar as políticas públicas à luz do

direito fundamental à boa administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e a plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.

Completa, lecionando que a esse direito corresponde “[...] o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem...”, como o princípio da eficiência nas políticas públicas.

Essas novas posições jurídicas e doutrinárias, inseridas pelo Estado Constitucional, deveriam ser suficientes para impedir que o próprio Estado/Administração, em decorrência de sua inoperância e de sua omissão, fosse o causador do dano ao cidadão. Isto, especialmente em relação a direitos que já trazem densidade normativa necessária para gerar direito subjetivo público, como é o caso do direito fundamental à educação, consagrado, expressamente, na ordem constitucional brasileira e regulamentado pelas leis infraconstitucionais.

Ocorre que a crescente omissão do Estado/Administração em promover, garantir e proteger os direitos fundamentais demonstra uma face perversa da realidade social presente, pois o avanço das tecnologias e das riquezas não está em sintonia com as demandas sociais. Significa dizer que não houve o mesmo desenvolvimento obtido pelas grandes transformações científicas, mercadológicas e tecnológicas, na área social, uma vez que a realidade verificada, na sociedade atual, está bem distante das garantias formais inseridas pelo Estado Constitucional. Mesmo diante dos aumentos de arrecadação tributária e superávit, ocorridos antes da crise financeira em andamento, a concretização material dos direitos sociais revela-se, ainda hoje, insuficiente em reduzir as desigualdades e a exclusão dos menos favorecidos, uma vez que, na prática, estes não usufruem da maioria dos benefícios formalizados nas Constituições e trazidos pelos avanços do desenvolvimento econômico da era contemporânea.

Enfrentar os paradoxos tecnoeconômicos trazidos consigo, globalizando de um lado e excluindo de outro, é o maior desafio do Estado Constitucional, da comunidade mundial e dos governos democráticos na atualidade. Observa-se que, infelizmente, diante de uma crise global, os primeiros direitos a serem restringidos são os direitos sociais. A partir dessas ponderações, entende-se que uma das melhores formas de reduzir as distorções sociais existentes é por meio da concretização do direito à educação, começando pela garantia da efetiva universalização da educação básica. Esta, compreende em garantir o acesso ao sistema educacional a todos que desejam dele usufruir, evitar a evasão criando condições reais para que o aluno conclua o ciclo escolar e garantir o efetivo aprendizado de qualidade, tudo isso para tornar o destinatário do direito à educação capaz de exercer a sua cidadania e se tornar capacitado ao trabalho. Ao usufruir de forma plena do direito à educação, a pessoa poderá estar inserida de fato e de direito na sociedade, como ser autônomo, independente e realmente livre.

Dessa forma, cabe à Administração Pública uma atuação mais eficiente e mais ativa no sentido de que todas as suas condutas (comissivas ou omissivas) devem ser legítimas, não podendo resultar em danos aos administrados. Sob essa nova ótica do Estado Constitucional, não se aceita mais a discricionariedade pura da Administração Pública. A vinculação do poder público à Constituição e aos princípios administrativos obriga-o, na tomada de suas decisões, a justificar a escolha dos pressupostos de fato, de

renda e de poder , com a finalidade de efetivar, na maior medida possível, os direitos fundamentais dos cidadãos. Sendo assim, a partir de agora, esses temas serão pontuados e desenvolvidos ao longo do presente trabalho.

## 2. O PROBLEMA DA EFICÁCIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO

No sistema jurídico brasileiro, verifica-se que há dificuldades em estabelecer qual a eficácia do direito fundamental à educação e as situações em que tem real *status* de direito subjetivo público. Conforme acertada afirmação de Ingo Sarlet, a problemática da eficácia do direito social à educação depende, exatamente, da fundamentalidade ou não dos diversos preceitos constitucionais e, em consequência, do complexo de normas que constituem o núcleo essencial do direito à educação.

Como já foi referido, por força constitucional, o dever de efetivar o direito à educação, mediante a garantia de acesso ao sistema educacional público e gratuito, é do Estado, reconhecendo-se seu *status* de direito subjetivo público. Em princípio, significa que qualquer pessoa (sujeito de direito), se assim desejar, terá a tutela dessa garantia inserida na Constituição. Caso lhe seja negado esse direito, tanto por ação quanto por omissão do Estado/Administração, caberá ao seu titular recorrer à justiça para garantir a sua concretização.

A partir dessa posição, está-se diante de um desafio, pois é preciso definir quem é titular deste direito. O que o constituinte quis dizer com “a educação é um direito de *todos*? Qual é a fundamentalidade deste preceito constitucional, meramente formal ou também material? Assim, conclui-se que a origem constitucional não basta para caracterizar os direitos fundamentais, visto que a Constituição subjetiva outros tipos de situações jurídicas. Revela, portanto, a fundamentalidade material, traduzida nos fins da pessoa, individualmente considerada, visados pela afetação de meios serem, em última linha, os da preservação e valorização da dignidade da pessoa humana.

Outra dificuldade está na conceituação do direito subjetivo, Alexy ao comentar o tema diz que a discussão sobre o conceito de direito subjetivo não caminhou na direção de um consenso. Para ele quando se indaga se, em um sistema jurídico, um sujeito tem determinado direito subjetivo, está-se diante de uma questão juridicodogmática. O direito subjetivo decorre de uma situação jurídica, pela qual o ordenamento tutela um

interesse individual mediante o reconhecimento ao titular de um poder da vontade que resultará na proteção jurídica deste direito.

Para Ingo Sarlet, em pertinente observação, o artigo 205 não possibilita, por si só, o reconhecimento de um direito subjetivo público, porque se trata de norma de eficácia limitada que estabelece fins genéricos a serem alcançados e diretrizes a serem respeitadas pelo Estado e pela comunidade na realização do direito à educação. Nesse sentido, em sintonia com a posição referida pelo autor, a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal não reconhece que haja um direito subjetivo público genérico à educação. A máxima corte tem reconhecido o direito subjetivo público à educação a partir da inteligência do artigo 208, inciso IV, por entender que este representa prerrogativa constitucional deferida primordialmente às crianças.

Conforme o que foi exposto, ao abordar os novos marcos legais do Direito à educação no Brasil, o artigo 208 da Constituição Federal estabelece diretrizes e mecanismos que devem ser adotados pelo Estado prevendo, no seu inciso I, expressamente, a universalização da educação básica obrigatória e gratuita, dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria. Enquanto que o inciso IV representa prerrogativa constitucional que garante o atendimento em creches e pré-escola às crianças de zero a seis anos, que constitui o ensino infantil.

Conforme o que foi referido acima, até a presente data, só há o reconhecimento pretoriano do direito à educação como direito subjetivo público pelo STF, em relação ao inciso IV do mesmo artigo da Constituição Federal. As recentes decisões têm determinando a garantia do acesso das crianças de até cinco anos ao sistema educacional oficial e, na falta dele, ao sistema particular, cabendo ao Município concretizar essa garantia constitucional, pagando a vaga em estabelecimento particular. Assim, a doutrina e jurisprudência majoritária têm interpretado que, do texto constitucional e das leis infraconstitucionais citadas, o direito fundamental à educação, como direito subjetivo público, é capaz de garantir o acesso ao ensino fundamental, independentemente da idade do aluno, unicamente em estabelecimentos oficiais e ao ensino infantil, para crianças de zero a cinco anos, independente de ter ou não o estabelecimento oficial de ensino, garantindo à criança sua gratuidade.



Nesses termos, o direito à educação básica está dentre o rol de direitos sociais em que não há qualquer dúvida quanto à imperatividade da norma e a exigibilidade do bem tutelado. Conforme já foi reiteradamente referido, a declaração prevista no parágrafo 1º do mesmo artigo, expressa, que o acesso ao ensino obrigatório é direito público subjetivo. Conclui-se, portanto, que o direito social à educação está inserido no complexo de normas que constituem o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Entretanto, diante das posições doutrinárias e jurisprudenciais majoritárias, a universalização do direito à educação gratuita está relativizada dentro da própria ordem constitucional. Tendo em vista que a universalização deste direito fundamental fica prejudicada, uma vez que o dever do Estado em concretizar o direito à educação fica limitado à garantia de acesso à educação infantil, ao ensino fundamental e ao ensino médio, nos estabelecimentos oficiais de ensino. Ocorre que onde não houver estabelecimentos oficiais de ensino, ou no caso de falta de vagas nos mesmos, ou ainda se forem de difícil acesso, os jurisdicionados que não tiverem condições de recorrer ao sistema de ensino privado ficarão sem a tutela de seu direito.

O direito fundamental à educação está inserido na Constituição Federal como direito de segunda geração, e qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos. Por prerrogativa constitucional, condiciona a administração pública no indeclinável dever jurídico de realizá-lo. O Estado tem a obrigação de criar políticas públicas e condições objetivas que propiciem aos destinatários deste direito, o pleno acesso ao sistema educacional público. Fica aqui em aberto as questões de garantir a concretização do direito à educação quando não houver vagas nos estabelecimentos públicos ou na falta deles.

Sobre o tema, Liberati entende que é dever do Estado garantir o oferecimento da educação formal a todos, fazendo uma interpretação mais extensiva do art. 205 da Constituição Federal. Como foi referido, sua redação inicia dispondo que a educação é um direito de todos, o que significa que, em decorrência do princípio da isonomia e da universalidade, todos têm direito à educação. Por essa razão, sustenta a idéia de que este dispositivo é mais extensivo que o art. 208, e que sacraliza a educação como um direito de todos e dever do Estado, defendendo, assim, um direito subjetivo genérico à educação, e não restrito ao acesso gratuito ao ensino fundamental, médio e infantil em estabelecimentos oficiais. Na sua visão, o direito à educação não pode, simplesmente,

restringir-se ao acesso ao sistema educacional público. Afirma que pensar de outra forma seria colocar à margem a maioria dos titulares deste direito e, por conseguinte, impedir a realização da plena cidadania, tendo em vista que o direito à educação, pela sua fundamentalidade, é um bem da vida, torna a cidadania um atributo que faz parte da própria essência desse direito.

Diante da complexidade da eficácia do direito à educação e do real alcance que lhe foi atribuído constitucionalmente, essas questões permanecem em discussão. É importante ressaltar que não há mais dúvidas quanto ao reconhecimento da fundamentalidade do direito à educação e sua relevância como direito social, cabendo ao Estado buscar sua concretização, na maior medida possível, atendendo as necessidades imediatas dos cidadãos por meio de políticas públicas mais eficientes e eficazes. Neste sentido, a universalização da educação básica é uma prerrogativa constitucional que deve ser concretizada, tema a seguir desenvolvido.

### 3. O DESAFIO DA UNIVERSALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO BÁSICA

Ao enfrentar o desafio da administração pública em concretizar a universalização da educação básica, é indispensável que se esclareça o alcance deste direito. De acordo com o artigo 21 da Lei de Diretrizes Básicas da Educação Nacional, de 20 de dezembro de 1996, a educação escolar, como um processo de formação integral do cidadão, compõe-se em educação básica, formada pela educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio. Define, no artigo 22, que a finalidade da educação básica é o desenvolvimento do educando, assegurando-lhe uma formação suficiente para o exercício da cidadania e fornecendo-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores. Pode-se, então, concluir que, conforme o sistema jurídico pátrio, a universalização da educação básica se estende até o ensino médio. Ressalte-se, todavia, que, a partir da inteligência dos artigos constitucionais já referidos e posição doutrinária e jurisprudencial majoritária, o reconhecimento do dever do Estado para a universalização da educação gratuita, dentro ou fora do sistema público educacional, tem se direcionado à educação infantil. Conforme já exposto, o próprio texto constitucional dispõe que cabe ao Estado/administração garantir a universalização da educação básica, que inclui a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio. Diante das realidades sociais verificadas no Brasil, vamos aprofundar a necessidade de se efetivar o direito à educação partindo-se do seu núcleo essencial, que

é a universalização da educação básica, (do ensino infantil, fundamental e médio), pela simples razão de ser a base que vai sustentar e garantir a concretização posterior de outros direitos fundamentais e do desenvolvimento de uma verdadeira Democracia participativa.

Mesmo diante dessas afirmações, em princípio, qualquer pessoa poderá ter acesso ao sistema educacional público, pois há previsão constitucional expressa quanto à gratuidade deste serviço em estabelecimentos oficiais, conforme redação do inciso IV, do artigo 206. ♦ Como reforço legal para viabilizar essa garantia constitucional, a Lei nº 11.700, de 13 de junho de 2008, acrescentou o inciso X ao caput do artigo 4º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, visando a assegurar vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima da residência de toda a criança, a partir de quatro anos de idade. Apesar de excluir as crianças de zero a três anos deste benefício, essa alteração legal propõe impor à administração pública a obrigação de criar condições materiais que garantam à criança o acesso ao estabelecimento de ensino próximo à sua moradia. Justifica-se devido às dimensões continentais do Brasil, pois há muitos locais em que não há estabelecimento oficial ou são de difícil acesso, e impõe-se ao poder público local, que crie condições de acesso aos alunos no próprio Município, ou o mais próximo possível. A acessibilidade garante, também, a redução da evasão escolar e um maior controle da escola com a frequência dos alunos.

Conforme mencionado, a referida lei excluiu dessa garantia as crianças de zero a três anos, fato que deveria ser revisado pelo legislador, uma vez que a educação infantil é integrante do núcleo essencial do direito à educação, pois representa a primeira etapa do processo educativo que servirá de garantia ao seu desenvolvimento integral. A educação infantil está em posição privilegiada no rol de deveres do Estado e tal privilégio encontra respaldo não somente na esfera jurídico-constitucional e jurisprudencial mas também no campo da psicologia e da pedagogia. A imprescindibilidade da educação infantil, ministrado em creches e pré-escolas, desde estudos realizados, indica que as crianças que frequentam creches e pré-escolas apresentam condições infinitamente superiores de ingressarem na primeira série do primeiro grau do que aqueles que não cursaram. Iniciando-se o processo educativo de qualidade na primeira infância aumentam as possibilidades de se obter resultados mais

eficientes e mais econômicos. As pesquisas desenvolvidas por James Heckman demonstram que para que um indivíduo consiga desenvolver suas competências e habilidades cognitivas e não cognitivas, é mais eficiente que este processo se inicie na primeira infância.

Estas conclusões não pretendem reduzir a importância da educação formal a ser ministrada em qualquer idade. Apenas demonstram que em atendimento aos princípios da eficiência e da economicidade, quanto mais cedo for iniciado o processo educativo de qualidade melhor será sua absorção e aproveitamento por parte de seu destinatário, assim como maiores serão os benefícios para toda a sociedade.

Em relação à idade do aluno, a Constituição define que a educação básica é obrigatória e gratuita, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiverem idade própria. Sendo assim, a garantia de acesso à educação básica se estende a qualquer pessoa, independentemente da sua idade. Essas garantias estão confirmadas na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), e no artigo 5º da Lei de Diretrizes e Bases de Educação Nacional, Lei nº 9.394 de 1996. O artigo 54, inciso I, do ECA dispõe que é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente o ensino fundamental, obrigatório e gratuito; no inciso IV, inclui o dever, também, no atendimento em creche e pré-escola às crianças de até cinco anos; e, no § 1º, dispõe que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. São dispositivos que repetem e regulamentam os ditames constitucionais supracitados.

Nesse sentido, como referido, as garantias constitucionais e as garantias contidas em todo o sistema jurídico pátrio, conferidas ao direito fundamental à educação, e o conceito materialmente aberto e a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais constitucionais, por si só, já seriam suficientes para garantir a concretização universalizada deste direito, não só em relação ao acesso à educação infantil, mas também ao acesso ao ensino fundamental e ao ensino médio. Além da garantia de mero acesso, a garantia do aprendizado de qualidade e equidade também constitui o núcleo essencial do direito à educação. Agora esta garantia está expressa no texto constitucional, com a PEC 277/08, o § 3º do art. 212 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

§ 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, **no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade**, nos termos do plano nacional de educação.”(NR)

redação anterior:

§ 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação.

Constata-se, porém, que a previsão constitucional dos direitos sociais *stricto sensu* não tem sido suficiente para lhes garantir a concretização, por várias razões: por problemas orçamentários, já que dependem de um fazer do Estado; por problemas de fundamentalidade formal e material, uma vez que ainda restam controvérsias quanto ao que realmente pode ser considerado integrante da essência do direito fundamental à educação; e por problemas de seu alcance como direito subjetivo público, entre outros.

É exatamente isso que se verifica, pois, na prática, o acesso ao sistema público de ensino é garantido somente em estabelecimentos oficiais e, muitas vezes, de forma precária e insuficiente para garantir o efetivo aprendizado. Como foi referido, o princípio da universalidade do direito à educação não se aplica de forma plena nem em relação ao acesso ao sistema educacional, nem em relação a garantia de um ensino de qualidade.

Em relação à efetiva garantia de vagas no sistema educacional oficial e, na falta deles, em escolas particulares, a fundamentalidade está inserida no inciso IV, do artigo 208 que garante o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos, cuja competência para satisfação deste direito caberá ao Município. Como já foi demonstrado, essa tem sido a posição majoritária da jurisprudência pátria, reforçada por recentes decisões do STF, em reconhecer como direito subjetivo público o acesso à educação infantil às crianças até cinco anos de idade.

O reconhecimento pretoriano do STF se fundamenta ao firmar entendimento de que a educação básica obrigatória e gratuita constitui-se em direito universal, econômico e social. Reconhecem que a obrigação estatal em garantir o acesso ao ensino

a todas as crianças de zero a cinco anos, indistintamente, é inquestionável, tendo em vista a alta significação social que a educação infantil está revestida, reconhecimento reiterado pela Constituição Federal, pelas leis infraconstitucionais e tratados internacionais

Sendo assim, essa prerrogativa jurídica impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, por força constitucional, sob pena de configurar-se omissão estatal. No entanto, no decorrer do presente estudo, está demonstrado que, na prática, as crianças, nesta faixa etária, não gozam dessa garantia universalizada, sendo recorrente a omissão dos Municípios em criar as condições materiais e objetivas que possibilitem seu acesso em creches ou pré-escolas. Por esta razão é crescente o acesso ao poder judiciário para garantir sua concretização. Não será analisada a sindicabilidade dos atos da administração pública pelo poder judiciário por se tratar de tema muito complexo necessitando maior aprofundamento.

Como já referido, a ordem constitucional prevê, expressamente, a responsabilidade plena da autoridade competente na hipótese de não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular. Dada máxima vênia, mesmo concordando que o direito subjetivo público genérico à educação é de difícil concretização, por se tratar de um direito de alta complexidade e, até mesmo, de difícil conceituação, além das sempre limitantes verbas orçamentárias, interpretar o texto constitucional de forma restritiva, reduzindo-se a efetividade do direito à educação à garantia de acesso apenas às crianças de zero a cinco anos, como tem feito o Supremo Tribunal Federal, deixando de reconhecer a norma constitucional expressa que considera o ensino fundamental, também, um direito subjetivo público, não é a aplicação da melhor hermenêutica e dos princípios constitucionais. Essa posição deve ser ampliada, tanto em relação ao acesso ao sistema educacional quanto à criação de condições de manutenção do aluno na rede de ensino e à garantia do aprendizado proposto.

#### 4 UNIVERSALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO BÁSICA NO MUNDO

A educação básica obrigatória e gratuita constitui-se um direito subjetivo público, um direito universal, econômico e social, reiterado pela Constituição Federal, por força de leis já existentes e por diversos documentos internacionais.

No ano de 2000, líderes mundiais assumiram o compromisso de alcançar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio que incluem a universalização do ensino básico e a redução da pobreza extrema, pela metade, até 2015. Atingir o ensino básico universal é o segundo Objetivo de Desenvolvimento do Milênio estabelecido no Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Por meio desse programa, até 2015, todos os 191 Estados-Membros das Nações Unidas assumiram concretizar este, entre oito objetivos do milênio. O primeiro objetivo é erradicar a extrema pobreza e a fome; o segundo é atingir o ensino básico universal; o terceiro, promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; o quarto, reduzir a mortalidade infantil; o quinto melhorar a saúde materna; o sexto é combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; o sétimo, garantir a sustentabilidade ambiental, e o oitavo se estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento.

O relatório da Comissão Econômica para a América Latina e Caribe, CEPAL, de 2005 demonstra que a região não está avançando a um ritmo suficiente, a fim de atingir o segundo objetivo do milênio que é a universalização do ensino básico, a partir do exame baseado no percentual de crianças que, efetivamente, concluem a educação básica.

Se as tendências atuais persistirem, nenhum país alcançará a meta, no ano 2015, nem mesmo os que conseguiram avanços um tanto maiores que os demais, como a Bolívia e o México. Em relação ao Brasil, esse índice estaria entre 7% e 12%. O progresso torna-se mais difícil, à medida que se avança em direção à meta, já que supõe o atendimento de segmentos marginalizados da população: pessoas que vivem em zonas afastadas e de difícil acesso, ou que pertencem a estratos sociais que enfrentam obstáculos maiores, o que se traduz em elevados índices de evasão escolar e repetência. O relatório adverte para o fato de que se deve assegurar o acesso ao ensino aos grupos mais atrasados com a finalidade de diminuir a evasão escolar prematura. Para tanto, sugere a criação de programas com a finalidade de identificar essas populações excluídas e adotar estratégias especiais para assegurar seu acesso ao sistema educativo e nele retê-las. Para isso, é necessário, ainda, melhorar a eficiência interna dos sistemas

educativos, a fim de reduzir as taxas de repetência. O custo anual da repetência em 15 países da América Latina e do Caribe é estimado em 11 bilhões de dólares. O Brasil paga o custo mais alto: 8 bilhões de dólares. Estes dados demonstram que as políticas públicas em andamento na área de educação não estão conseguindo atingir seus objetivos de forma satisfatória. Sem resolver o problema da universalização da educação básica não será possível resolver e nem desenvolver os outros níveis de educação. Da mesma forma não será possível a concretização de um verdadeiro Estado Constitucional, pois esta umbilicalmente ligado à participação cidadã.

Como ficou demonstrado a universalização da educação básica tem alta significação social e econômica. Há mais de vinte anos está expressamente tutelada e reconhecida como direito subjetivo público no sistema constitucional nacional. Sua fundamentalidade também tem reconhecimento recente pela jurisprudência pátria. Sua importância e relevância se confirma a nível internacional pois integra os Objetivos do Milênio estabelecidos pela Organização das Nações Unidas (ONU). Ocorre, porém, que os relatórios acima referidos demonstram que esse objetivo encontra, ainda, barreiras intransponíveis, se não forem tomadas medidas urgentes, por meio de uma visão integrada de desenvolvimento, com a modernização da gestão do Estado/Administração e a construção de novas parcerias com o setor privado e com a sociedade.

## **CONCLUSÃO**

A pertinência das posições apresentadas vem ao encontro da moderna dogmática dos direitos fundamentais sociais, de cunho prestacional, onde se tem sustentado que o Estado/Administração esta obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao efetivo e eficaz exercício dos direitos fundamentais reconhecidos como direitos subjetivos públicos.

Como ficou bem demonstrado, o sistema normativo pátrio impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso ao sistema público educacional com um atendimento de qualidade, sob pena de configurar-se omissão estatal. Neste sentido há o reconhecimento da fundamentalidade do direito à educação e sua relevância como direito social, cabendo ao Estado buscar



sua concretização, na maior medida possível, atendendo as necessidades imediatas dos cidadãos por meio de políticas públicas mais eficientes e eficazes. Neste sentido, a universalização da educação básica, é uma prerrogativa constitucional que deve ser concretizada para viabilizar o Estado Constitucional com regime democrático participativo. Educação básica abrangendo o ensino infantil, ensino fundamental e o ensino médio, não se restringindo a educação infantil, tendo em vista sua alta significação social e econômica.

Em sede de direito à educação, a solidariedade e a responsabilidade social se ampliam para além do Estado, pois se trata de um direito de todos e dever do Estado e da família; assim sendo, necessita, para sua promoção, da colaboração de todo o corpo social. Com essa abordagem, o desenvolvimento político e social está associado à construção de condições jurídico-institucionais que permitam uma ampliação da autonomia dos indivíduos e da sociedade. O processo de desenvolvimento depende, portanto, da remoção dos obstáculos à expansão dessa autonomia, dentre eles o analfabetismo e a educação de má qualidade. Depende, também, da ampliação da oferta de possibilidades democráticas e de inclusão social, estimulando uma maior participação da sociedade civil na vida pública, dando condições ao fácil acesso ao Judiciário e o estabelecimento de mecanismos democráticos de controle do poder. Por esta razão, o presente estudo demonstra que o direito à educação só será concretizado de forma eficaz, se os indivíduos, que são os destinatários finais dos direitos fundamentais contidos na ordem constitucional, puderem usufruir do direito à educação por meio da universalização do ensino básico como primeiro passo desta longa estrada.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

CORREIA, Sérvulo. **O direito de manifestação – Âmbito de proteção e restrições**. Coimbra: Almedina, 2006.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**, Parte Geral, 4ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

DE DAVID, Tiago Bitencourt, in dissertação de mestrado “**A Eficácia e a Efetividade do Direito Fundamental à Saúde na Constituição Federal de 1988 à luz do Princípio e Dever de Eficiência.**” Porto Alegre. PUCRS 2008.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HECKMAN James J. and Yona Rubinstein **The Importance of Noncognitive Skills: Lessons from the GED Testing Program**. Published by: American Economic Association

\_\_\_\_\_ **The American Economic Review**, Vol. 91, No. 2, Papers and Proceedings of the Hundred Thirteenth Annual Meeting of the American Economic Association (May, 2001),

LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Educação uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros. 2004.

MALISKA, Marcos Augusto. Educação, Constituição e democracia. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords). **Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008

MIRANDA, Pontes de Miranda. **Tratado do Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi. 1954. v. 1 - Parte Geral.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 3. ed. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2007.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação Imunidades e Isonomia**, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1995.

Especialista em Direito Público PUC/RS. Mestranda em Direito Público PUC/RS. E.mail: [denise\\_asmadvogados@terra.com.br](mailto:denise_asmadvogados@terra.com.br)

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 351.

SARLET, op. cit., p. 350. O direito fundamental social à educação obteve seu reconhecimento expresso no art. 6º da Constituição Federal de 1988, passando e integrar o catálogo dos direitos fundamentais, estando, assim, sujeito ao regime

jurídico reforçado face ao disposto no art. 5º,§1º, e art.60, § 4º, inc.VI da CF, que confere aplicação direta e imediata aos direitos fundamentais.

O direito subjetivo veicula a faculdade conferida ao seu titular de agir em conformidade com a situação jurídica abstratamente prevista na norma, resultando na capacidade de exigir de outrem o cumprimento de um dever jurídico.

O direito subjetivo é intitulado de público ou privado conforme a natureza da norma que o consagra.Sendo assim, direito subjetivo público é o decorrente da norma de caráter público, obtendo suas características básicas no objeto da relação jurídica e na sua indisponibilidade, sendo necessário que o Estado figure em um dos pólos da relação jurídica.

Ibidem, p. 350.

Conforme referido nas considerações iniciais, o direito à educação não se reduz a garantia do mero acesso ao sistema de ensino, é mais amplo pois tem como objetivo proporcionar o efetivo e eficaz aprendizado que vai resultar na autonomia da pessoa.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**, Parte Geral, 4ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 151/154. Não se deve confundir direito subjetivo com faculdade jurídica ou qualidade jurídica. Enquanto os direitos subjetivos são caracterizados pela possibilidade de exigir o cumprimento de um dever jurídico por parte de outrem, as faculdades jurídicas, também designadas de direitos potestativos, independem da existência de um dever que recaia sobre outra pessoa, sendo a aptidão reconhecida na norma para que determinado ato produza efeitos jurídicos (v.g.: a faculdade de casar, de contratar, de testar etc.). Quanto à qualidade jurídica, indica ela os atributos de que o indivíduo se encontra revestido e que lhe permitem praticar certos atos jurídicos (v.g.: o *status* de cidadania, de família - casado, solteiro ... - etc.). São os pressupostos para o exercício de um direito ou de uma faculdade jurídica.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação Imunidades e Isonomia**, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1995, p. 161. O autor assevera que “a elevação do direito à educação como subjetivo público confere-lhe o *status* de direito fundamental, mínimo existencial, arcando o Estado, nos limites propostos, com prestações positivas e igualitárias, cabendo a este, também, através de sua função jurisdicional, garantir-lhes a execução”.

A partir do Capítulo III, art. 205 da Constituição Federal de 1988.

MALISKA, Marcos Augusto. **Educação, Constituição e democracia**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords). **Direitos sociais, fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008, p. 792.

Previsto de forma expressa no §1º do art. 208, significa que qualquer pessoa (sujeito de direito) tem garantia constitucional ao acesso gratuito ao sistema público educacional, podendo recorrer à Justiça para garantir tal direito. Trata-se de um direito do cidadão perante o Estado, que uma vez violado, poderá ter sua tutela por via judicial.

O art. 209 da Constituição Federal dispõe que “O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I- cumprimento das normas gerais da educação nacional; II- Autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.” Pois a educação, assim como a saúde, assistência social, previdência social entre outros é um típico serviço público que deve ser prestado pelo Estado, mas pode ser prestado por particular. Tendo em vista que seu núcleo de atuação é essencial, sua prestação tem ser autorizada e fiscalizada pelo Estado na forma da Constituição e das leis infraconstitucionais.

O art. 175 da Constituição Federal de 1988 dispõe que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Cabe ressaltar que há uma confusão, na legislação e na doutrina para se estabelecer quais os níveis de ensino abrangidos pelo termo “educação básica”, no presente trabalho utilizaremos o termo conforme estabelecido na Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. “Capítulo I - Da Composição dos Níveis Escolares. Art. 21. A educação escolar compõe-se de: I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; II - educação superior.”

Previsão expressa do parágrafo 2º do artigo 211 da Constituição Federal de 1988.

Conforme o parágrafo 3º do artigo 211 da Constituição Federal de 1988. Ocorre que, em relação ao ensino médio (inc. II), a Carta Magna prevê a progressiva universalização da sua gratuidade, enquanto que há a garantia constitucional expressa da universalização do ensino fundamental e infantil gratuito.

Em relação ao ensino médio, o art.208, inc. II da Constituição Federal de 1988 contempla a sua progressiva universalização.

Conforme o parágrafo 2º do artigo 208 da Constituição Federal de 1988.

**FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

Segundo posição esclarecedora de Juarez Freitas “mingua o espaço da discricionariedade, substituída, pouco a pouco, pela noção de liberdade vinculada e justificável racionalmente, sem sucumbir a particularismos contrários à idéia de universalização, de sorte que toda discricionariedade resta vinculada aos princípios fundamentais, donde se extrai a inexistência de discricionariedade pura. (p. 26). DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003. Para Dworkin, questões jurídicas e morais estão interligadas, por isso critica os “positivistas” (que fundados nas idéias de Kelsen que defendia que a moral é extra jurídica, e que não posso ter argumentos não jurídicos para validar uma norma, por isso teria considerado os princípios, normas extra legais), sendo assim sustenta que não há discricionariedade pois os juizes sempre vão fundamentar suas decisões com base nos princípios, dentro de uma sistema jurídico aberto, defende a tese de que toda fundamentação tem que se dar no interior de um sistema lógico-formal, no qual proposições são deduzidas de proposições (p. 202).

Paulo Bonavides ressalta a importância da utilização da metodologia interpretativa da Nova Hermenêutica para se ter o domínio dos fenômenos políticos e constitucionais de nossa época. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p 31.

SARLET, op. cit., 2009, p. 353. O autor entende que, no mínimo, quanto aos artigos 205 a 208 da CF, “se poderá considerá-los integrantes da essência do direito fundamental à educação, compartilhando, portanto, a sua fundamentalidade material e formal”.

CORREIA, Sérvulo. **O direito de manifestação** – Âmbito de proteção e restrições. Coimbra: Almedina, 2006. p. 49.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 181. O autor sustenta que há um modelo de direitos subjetivos em três níveis, pois são compreendidos como posições e relações jurídicas, sendo possível distinguir entre “(a) razões para direitos subjetivos, (b) direitos subjetivos como posições e relações jurídicas e (c) a exigibilidade jurídica dos direitos subjetivos.” Para ele, uma das principais causas da interminável polêmica acerca do conceito de direito subjetivo, é a insuficiente distinção entre estas três questões. p. 185. Em nota de rodapé o autor se refere às teorias do interesse e da vontade citando o conceito de direito subjetivo segundo alguns autores. Segundo Windscheid, “direito subjetivo é um poder ou um domínio da vontade, outorgado pelo ordenamento jurídico”. Para Jellinek, direitos subjetivos são “interesses juridicamente protegidos (...) direito subjetivo, é portanto, um poder da vontade humana, reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico, e dirigido a um bem ou interesse”. Alexy diz que “os pólos em redor dos quais gira a polêmica sobre os direitos subjetivos foram caracterizados com insuperável concisão por Jhering: “Dois são os momentos que constituem o conceito de direito: um substancial, no qual reside a finalidade prática do próprio direito, a saber, a utilidade, a vantagem, o lucro, a qual deve ser garantida pelo direito; e a formal, o qual se relaciona com aquela finalidade apenas como meio, a saber, a proteção jurídica, a ação judicial”. p.186

Sobre o artigo 205 diz que “está, na verdade, revelando uma feição notadamente programática e impositiva, não possibilitando, *por si só*, o reconhecimento de um direito subjetivo – já que – norma de eficácia limitada – apenas estabelece fins genéricos a serem alcançados e diretrizes a serem respeitadas pelo Estado e pela comunidade na realização do direito à educação... Enquanto exerce a função de impor tarefas e objetivos aos órgãos públicos e, em especial, ao legislador, servindo, além disso, como parâmetro obrigatório para a aplicação e interpretação das demais normas jurídicas” (p.350-352). Nesse sentido, não defende que haja um direito subjetivo genérico à educação, e sim os colacionados no art. 207 e no inciso I e IV do artigo 208 da CF.

O ministro Celso de Mello, relator de recente decisão do STF sobre o tema, diz que “é preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação – que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, “caput”) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de

prestação positiva, consistente num “facere”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao atendimento, em creche e pré-escola, “às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006). “ AI 677274.SP, 18 de setembro de 2008.

Alteração do texto constitucional inserida pela Emenda Constitucional nº 59, PEC 277/08. Art. 1º Os incisos I e VII do art. 208 da Constituição Federal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 208. ....

I – **educação básica** obrigatória e gratuita dos **4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade**, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;(NR)

redação anterior:

I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; (EC 11/96)

Informativo do STF 520. No AI 677274/SP, o relator Min. Celso de Mello, reconhece o direito à creche como direito fundamental à educação, dando-lhe status de direito subjetivo público. Garantindo à criança de até cinco anos de idade, o atendimento em creche e em pré-escola (CF,art. 208, IV, redação dada pela EC nº 53/2006). “Compreensão global do Direito Constitucional à educação, dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao Município”.

Wilson Donizeti Liberati, em seu artigo “**Conteúdo material do direito à educação escolar**”, coloca que, embora o texto do art. 208, § 1º, da CF tivesse indicado como direito público subjetivo o acesso ao ensino obrigatório e gratuito, o principal comando constitucional, disposto no artigo 205, orienta para outra direção, mais extensiva, sacralizando a educação como um direito de todos. Para ele, o princípio da universalização do atendimento escolar significa que todos têm direito a ingressar na escola e nela permanecer. Não se trata somente de um movimento mecânico de garantir a matrícula; a garantia da matrícula passa pela disposição política de implantar o serviço essencial da educação. In: LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Educação uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros. 2004. p. 214.

MIRANDA, Pontes de Miranda. **Tratado do Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi. 1954. v. 1 - Parte Geral. Sempre atual, o autor entende que a capacidade de direito é a mesma para todos os homens. Todos são iguais perante a lei, baseando-se no princípio da igualdade formal, pois entendia que a capacidade de direito era um direito subjetivo: “a pessoa já nasce com a titularidade concreta, que é a do direito de personalidade como tal, o direito a ser sujeito de direito” (p.160). “A personalidade em si não é direito; é qualidade, é o ser capaz de direito, o ser possível estar nas relações jurídicas como sujeito de direito” (p.161) “[...] porque ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito [...] O ser pessoa é fato jurídico” (p.153).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 416-417. O *princípio da universalidade* preza que, em regra, os direitos fundamentais são para todos os seres humanos, pois o processo de fundamentalização dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, como centro da titularidade de direito. A dificuldade está em se identificar a delimitação do âmbito desta titularidade, isto é, para quem e quando começa e acaba a titularidade de cada direito fundamental.

Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Seção II - Da Educação Infantil - Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade. Art. 30. A educação infantil será oferecida em: I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade; II - pré-escolas, para as crianças de quatro a seis anos de idade. Art. 31. Na educação infantil a avaliação far-se-á mediante acompanhamento e registro do seu desenvolvimento, sem o objetivo de promoção, mesmo para o acesso ao ensino Fundamental.

Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Seção III - Do Ensino Fundamental - Art. 32. O ensino fundamental, com duração mínima de oito anos, obrigatório e gratuito na escola pública, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: I - o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo, II - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade; III - o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores; IV - o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.

LDB Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Capítulo I - Da Composição dos Níveis Escolares. Art. 21. A educação escolar compõe-se de: I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; II - educação superior. Art. 22. A educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores.

Cabe ressaltar que o presente trabalho visa abordar o direito à educação em relação ao ensino básico e público, não será abordado o ensino particular ou superior,

Lei nº 11.700 de 2008. Art. 1º. O caput do art. 4º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso X – vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima de sua residência a toda criança a partir do dia em que completar 4 (quatro) anos de idade” (NR). Art. 2º Esta Lei entra em vigor em 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua publicação.

AI 677274/SP: “A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).- Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de

que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças até 5 (cinco) anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal”.

HECKMAN James. **The American Economic Review**, Vol. 91, No. 2, Papers and Proceedings of the Hundred Thirteenth Annual Meeting of the American Economic Association (May, 2001), p. 145-149. Vencedor do prêmio Nobel de economia de 2000, desenvolveu uma pesquisa comprovando as vantagens econômicas e sociais da educação na primeira infância. Sua conclusão: "Quanto antes os estímulos vierem, mais chances a criança terá de se tornar um adulto bem-sucedido". <http://www.jstor.org/stable/2677749>

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 346. O autor assevera que “o princípio da economicidade, inobstante sua autonomia no texto constitucional, é abrangido pela idéia de eficiência. A economicidade corresponde a uma análise de otimização de custos para os melhores benefícios. A economicidade é, assim, uma das dimensões da eficiência. [...] a eficiência administrativa encerra um vetor para a ação administrativa, devendo ser entendida como a busca da *otimização* da gestão com vistas à consecução dos melhores resultados com os menores custos possíveis.”

### **The Importance of Noncognitive Skills: Lessons from the GED Testing Program**

James J. Heckman and Yona Rubinstein. Published by: American Economic Association

DE DAVID, Tiago Bitencourt, in dissertação de mestrado “**A Eficácia e a Efetividade do Direito Fundamental à Saúde na Constituição Federal de 1988 à luz do Princípio e Dever de Eficiência.**” Porto Alegre. PUCRS 2008. p. 54. Ele assevera que “A doutrina majoritária, mesmo sem confrontar os conceitos de eficiência e economicidade, atribui ao primeiro uma função mais ampla, de modo a sopesar os custos e resultados sociais da ação estatal, ao passo que o segundo atua como uma prescrição de que o Estado gaste o mínimo possível para fazer um determinado investimento.”

Com as alterações trazidas pela PEC 277/08, deverá haver uma alteração as legislações infra-constitucionais, para que fiquem de acordo com a nova redação dos artigos constitucionais. Onde consta “ensino fundamental” deverá constar “educação básica”.

Lei nº 11.274 de 06.02.2006. Altera a redação dos arts. 29, 30, 32 e 87 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, dispondo sobre a duração de 9 (nove) anos para o ensino fundamental, com matrícula obrigatória a partir dos 6 (seis) anos de idade. D.O.U.: 07.02.2006. Refere-se o limite do ensino infantil às crianças de até cinco anos em função da lei que alterou as regras do ensino fundamental, aumentando para nove a duração do ensino fundamental, mas reduzindo a idade de acesso à primeira série para seis anos e não mais para sete anos como era originalmente.



Em recente decisão, no pedido de Suspensão antecipada de tutela formulada pelo governo fluminense na STA 241, o Presidente do STF, o ministro Gilmar Mendes, recordou, também, que a liminar impugnada está em consonância com a jurisprudência do STF que “firmou entendimento, em casos como o presente, de que se impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, a efetiva proteção de direitos constitucionalmente assegurados, com alta prioridade, tais como: o direito à educação infantil e os direitos da criança e do adolescente”. Citou as precedentes decisões da Segunda Turma do STF no Agravo de Instrumento (AI) 677274/SP, relatado pelo ministro Celso de Mello; da Primeira Turma no AI 474444/SP, tendo como relator o ministro Marco Aurélio; e da Segunda Turma no Agravo de Instrumento no Recurso Extraordinário (RE) 410715/SP, relatado pelo ministro Marco Aurélio.

Norma contida no Art. 208, § 1º, inciso IV da Constituição Federal, com o reconhecimento pretoriano do STF no RE 436996/SP, na ADPF/DF 45 e, recentemente, no AI 677274/SP informativo do STF 520, relator Min. Celso de Mello, reconhece o direito subjetivo público à educação somente à criança de até cinco anos de idade, com atendimento em creche e em pré-escola (CF, art. 208, IV, redação dada pela EC nº 53/2006). “Compreensão global do Direito Constitucional à educação, dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao Município”.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 90. Posição alinhada a melhor doutrina como a de Alexy, quando afirma que os princípios são mandamentos de otimização e devem ser realizados, na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/odm/>> Acesso em: 18 abr. 2009. **OBJETIVO 2: ATINGIR O ENSINO BÁSICO UNIVERSAL** Meta 3: Garantir, para o ano 2015, que os meninos e meninas de todo o mundo possam concluir um ciclo completo do ensino fundamental.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 3. ed. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2007. p.66. “A noção de autonomia humana é complexa, já que ela depende de condições culturais e sociais. Para sermos nós mesmos, precisamos aprender uma linguagem, uma cultura, um saber, e é preciso que esta própria cultura seja bastante variada para que possamos escolher no estoque das idéias existentes e refletir de maneira autônoma. Portanto, esta autonomia se alimenta na dependência; nós dependemos de uma educação, de uma linguagem, de uma cultura, de uma sociedade, dependemos claro de um cérebro, ele mesmo produto de um programa genético, e dependemos também de nossos genes”.

Ibidem, p. 68. Estes oito objetivos do milênio vêm ao encontro da necessidade de uma consciência da multidimensionalidade defendida pelo autor através de um pensamento complexo. Para ele, “no fim das contas tudo é solidário. Se você tem o senso da complexidade, você tem o senso da solidariedade. Além disso, você tem o senso do caráter multidimensional de toda a sociedade”. O que significa dizer que para se resolver um problema não se pode visualizá-lo de forma isolada, pois ele está inserido em um contexto social e cultural e, dessa forma, dependerá da solução de outros problemas a ele relacionados. Para tanto, sua solução também está

condicionada a um esforço conjunto de todos os setores do governo e da sociedade, como é o caso do direito à educação.

Disponível

em:

<[http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/1/21541/P21541.xml&xsl= /tpl/p9f.xsl&base= /tpl/top-bottom.xsl](http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/1/21541/P21541.xml&xsl=/tpl/p9f.xsl&base=/tpl/top-bottom.xsl)> Acesso em: 17 abr. 2009.

**Objetivos de Desarrollo del Milenio:** una mirada desde América Latina y el Caribe.

O relatório de 2005 sobre os “Objetivos de Desenvolvimento do Milênio - Uma visão a partir da América Latina e do Caribe”, sobre o desempenho da América Latina e do Caribe nos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, organizado pela CEPAL (Comissão Econômica para a América latina e Caribe), revela que a partir do exame baseado no percentual de meninos e meninas que, efetivamente, concluem a educação básica a região não está avançando a um ritmo suficiente a fim de universalizá-la.