

DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE UNIVERSALIZAÇÃO DO ENSINO SUPERIOR PÚBLICO

Fabio Zech Sylvestre*
Letícia Torquato de Menezes**

Resumo

O presente trabalho procura analisar o papel fundamental da educação no desenvolvimento do indivíduo, enquanto sujeito de direitos de um estado social. O direito à educação apresenta-se, portanto, como garantia à cidadania, uma vez que proporciona ao indivíduo a promoção da igualdade em sua vertente substantiva. A Constituição Federal de 1988 inseriu a educação no rol de direitos sociais típicos e, desse modo, originou direitos e deveres inerentes ao estado democrático de direito, nos quais o Estado e a sociedade são os responsáveis por garantir a promoção e o incentivo de acesso à educação. O estudo em tela confronta os princípios da liberdade individual, do amplo acesso a educação e da igualdade de oportunidades, alicerçando-se no entendimento de que a educação, além de socializante, promove o bem estar social e a igualdade. Busca-se determinar o limiar entre os aludidos princípios em face da Lei Federal n. 12.089/09, que limitou o acesso às instituições públicas de ensino superior por aqueles que já estivessem regularmente matriculados em outras instituições públicas de ensino, visando assim à ampliação de oportunidades de acesso. Sob a égide do Princípio da Proporcionalidade, revelou-se o poder do legislador que, sopesando princípios constitucionais aplicáveis à espécie, pretendeu restringir direitos individuais em face da coletividade, promovendo, embora de forma tímida, novos rumos à universalização do ensino público superior.

Palavras chave: Direito à educação. Cidadania. Universalização. Proporcionalidade.

1 INTRODUÇÃO

O direito fundamental à educação, notadamente de viés social, mostra-se imprescindível ao pleno desenvolvimento da pessoa humana e ao exercício de cidadania, pois somente por intermédio da aquisição do conhecimento é que o indivíduo poderá romper o estado de alienação cultural, e, portanto, participar efetivamente da vida e dos acontecimentos políticos, núcleo axiológico de uma democracia participativa.

Não se pode olvidar, nos termos dos ensinamentos de Freire (1967), que o “saber” remetido à ação educativa, com fins de promover o próprio indivíduo a uma condição de reflexão

* Mestre em Ciência Jurídico-Políticas (Direito Público) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Universidade de Fortaleza; Professor da Pós-graduação da Escola Superior da Magistratura; Professor Universitário da Universidade de Fortaleza; fabiozech@yahoo.com

** Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará; leticiatmenezes@hotmail.com

crítica sobre o mundo em que vive, desperta nesse indivíduo a intenção de transformar o mundo que lhe foi apresentado e, não obstante, deixa de ser esse indivíduo um instrumento passivo de ajuste à coletividade da qual faz parte, mas um possível inventor ativo de uma sociedade mais justa e democrática.

As cartas políticas dos Estados ditos modernos estabelecem preceitos normativos no sentido de garantir ao máximo a efetividade e a concretização do direito à educação, inclusive como instrumento apto a construir uma sociedade livre, justa e solidária, como objetiva o art. 3º da Constituição Federal de 1988. Evidencia-se, assim, o relevante papel que a educação representa na libertação e desenvolvimento do indivíduo e, conseqüentemente, na manutenção do Estado Democrático de Direito, em que a igualdade de oportunidades mostra-se fundamental.

É neste cenário de liberdades e garantias fundamentais que o constituinte pátrio despendeu esforços especiais, mormente no capítulo dos direitos sociais (art. 6º da CF/88), a tutelar o acesso de todos à educação, independente de classe social, origem, raça, sexo, cor e idade.

Todavia, essa universalidade, que procura nortear a prestação da educação a todos os cidadãos, vem sendo infirmada diariamente pelas desigualdades materiais existentes na sociedade contemporânea, em que estudar em universidade pública é uma possibilidade real e restrita a uma parcela mínima da população, constituída de indivíduos que possuem condições financeiras diferenciadas.

Assim, observa-se que a preocupação com a democratização do ensino público superior corresponde, na verdade, com os próprios objetivos e princípios assumidos pelo Estado brasileiro, pois, não se pode conceber o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza sem o amplo acesso à educação.

Referida inquietação pode ser evidenciada na elaboração da Lei Federal n. 12.089/2009, que impossibilita um indivíduo de matricular-se, simultaneamente, em duas ou mais instituições públicas de ensino superior, contemplando, assim, um maior número de beneficiários do aludido serviço público fundamental.

A trajetória a ser percorrida na elaboração do presente estudo divide-se em dois momentos distintos, porém conexos e integrantes, dos quais se reputam indispensáveis para a esboçada temática. Numa primeira etapa, imprescindível verificar o direito fundamental à educação e a sua natureza prestacional, destacando, evidentemente, a crise educacional contemporânea.

O segundo momento da pesquisa corresponde à análise da restrição ao direito à educação como elemento de democratização do ensino público superior, decorrente do próprio poder de conformação do legislador.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil proclama, expressamente, a educação como sendo uma espécie de direito social, o qual, na lição de Silva (2005), são prestações

positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Não estabelece, entretanto, de imediato, qualquer especificação de seu conteúdo ou alcance, o que não impede estabelecer, desde já, um conteúdo mínimo.

Nesse sentido, esse direito significa, primariamente, o direito de acesso à educação, que deve ser concedido a todos, especialmente os níveis mais basilares de ensino. Portanto, o conteúdo inicial mínimo do direito à educação é o de acesso ao conhecimento básico, que deve ser oferecido de forma regular e organizado, conforme lição de Tavares (2008). Sobre o tema, destacamos os ensinamentos de Sarlet:

“Também o direito fundamental a educação obteve reconhecimento expresso no art.6º de nossa Constituição, integrando, portanto o catálogo dos direitos fundamentais e sujeito ao regime jurídico reforçado a estes atribuído pelo Constituinte (especialmente o art.5º, §1º, e o art. 60, §4º, IV). No título da ordem social, a educação foi objeto de regulamentação mais detalhada no capítulo III (...) partiremos da análise dos quatro primeiros dispositivos do Capítulo III da ordem social (art.205 a 208), já entendemos que no mínimo quanto a estes se poderá considerá-los integrantes da essência do direito fundamental à educação, compartilhando, portanto, a sua fundamentalidade material e formal.” (SARLET, 2005, p. 79).

Mais à frente, a Constituição preceitua que a educação é direito e dever do Estado e da família, e deve ser promovida e incentivada com a colaboração de toda a sociedade, transparecendo, assim, um “direito-dever” envolvendo o Poder Público e a sociedade. De outra sorte, a norma fundamental da República, estabelece, também, os objetivos da educação nacional que são: (i) o pleno desenvolvimento do homem; (ii) seu preparo para o exercício da cidadania; e (iii) sua qualificação para o trabalho, conforme se depreende do dispositivo 205 da CRF/88.

Portanto, torna-se imprescindível compreender o conteúdo da própria educação, como direito fundamental. Ressalta-se, todavia, que não se trata mais de qualquer direito à educação, mas daquele cujas balizas foram construídas constitucionalmente, ou seja, o direito à educação é o direito de acesso, mas não um acesso a qualquer sorte de educação, e sim àquela que atende às preocupações constitucionais.

Como primeiro objetivo da educação – pleno desenvolvimento da pessoa – pode-se relacioná-lo aos fundamentos do Estado brasileiro, em especial quanto à dignidade da pessoa humana. Sobre o tema, comenta José Afonso da Silva:

A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [...]. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art.170), a ordem social visará à realização da justiça social (art.193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art.205 etc.), não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana. (SILVA, p. 109).

Nesse sentido, como princípio-vetor dos direitos fundamentais, entende-se que a dignidade da pessoa humana reveste o direito à educação de tal forma que a impossibilidade da pres-

tação deste direito ao indivíduo traduz-se como a obstacularização ao pleno desenvolvimento da pessoa humana.

Sobre o objetivo educacional *de preparo da pessoa para o exercício da cidadania*, previsto no art. 1º, II, da CF/88, cita-se os ensinamentos do professor Gabriel Chalita:

“Apesar da importância da preparação para o mercado de trabalho, a Constituição deu primazia ao preparo do cidadão para o exercício da cidadania. A consciência de direitos e deveres, a possibilidade de participar de pleitos decisórios sem ser conduzido por falta de informação, o direito a voz, à manifestação do próprio pensamento, o preparo para autonomia, para a independência, é a grande meta da educação. Todo o conteúdo a ser ensinado se justifica se esse objetivo for mantido.” (CHALITA, 2001. p. 107).

Mostra-se evidente que o exercício da cidadania encontra-se, estritamente, correlacionado ao direito à educação, uma vez que só através desta se pode despertar a consciência dos direitos e deveres inerentes ao Estado democrático de direito.

Em relação ao terceiro objetivo da educação brasileira – qualificação para o trabalho – destacam-se os comentários de Zélia Luiza Pierdoná:

Tendo a doutrina liberal se mostrado insuficiente para compor os conflitos sociais, agravando as desigualdades existentes, o conceito de cidadania atrelada a indivíduos livres dependentes de sua própria sorte sucumbe para dar lugar ao conceito de cidadania vinculada a direitos que propiciem a todos os meios para buscar uma existência digna. Nesse ponto, a função da educação para o trabalho e para o exercício da cidadania se entrelaçam, o que nos permite afirmar a sua interdependência na medida que, por meio do trabalho, o indivíduo poderá alcançar inúmeros direitos à cidadania. (PIERDONÁ, 2004, p. 173).

Nesta perspectiva, o direito à educação apresenta-se como meio idôneo a proporcionar ao cidadão condições laborais dignas, bem como a fonte para o seu sustento, o que, por consequência, ampliará o exercício aos direitos ligados à própria ideia de cidadania.

Ainda no tocante ao conteúdo jurídico, destaca-se que o art. 220 da CF/88 admite que sejam estabelecidos conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. Ou seja, no usufruto do direito à educação, haverá determinadas pautas comuns, estabelecidas pelo Estado. Buscando delimitar o conteúdo jurídico da educação no estado democrático de direito, sem prejuízo dos demais aspectos delineados linhas acima, cita-se Marcos Augusto Maliska:

A educação promove a visão de mundo das pessoas, a forma como elas vão ver os acontecimentos na sua cidade, no seu país e no mundo. Ela pode e deve ter, em um Estado Constitucional, a função de superação das concepções de mundo marcadas pela intolerância, pelo preconceito, pela discriminação, pela análise não crítica dos acontecimentos. Assim, tanto a educação escolar como a educação familiar, devem reproduzir as opções da Constituição, que buscam formar uma sociedade livre, justa e solidária (art.3º, inciso I, da CF), fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (preâmbulo) (MALISKA, 2008. p. 79).

2.2 A NATUREZA “PRESTACIONAL” E “NÃO PRESTACIONAL” DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Esses valores constitucionais “básicos” alcançam todos aqueles que estejam correlacionados com a prestação educacional no Estado, sejam entidades públicas, sejam entidades privadas ou mesmo a família, ou seja, são conteúdos que geram obrigação para todos. Neste momento surgem algumas indagações que merecem ser enfrentadas pelos operadores do direito, quais sejam: (i) Até que ponto encontra-se o Estado vinculado no dever de prestar a educação? (ii) Estaria o Poder Público obrigado a prestar educação à todos os cidadãos? Ou ao maior número possível? (iii) No que consiste a natureza jurídica do direito fundamental à educação?

A Constituição brasileira ostenta, expressamente, o direito à educação como um direito de matiz social, e, como tal, obriga o Estado a oferecer acesso a todos os interessados especialmente àqueles que não possam custear uma educação particular. Os direitos sociais ocupam-se, prioritariamente, dentro do universo de cidadãos do Estado, daqueles mais carentes. Assim, o constituinte originário elegeu os artigos. 6º e 205º do documento político para tecer as linhas gerais ao sistema de educação brasileira.

A proteção dos hipossuficientes na busca da igualdade material entre os homens apresenta-se como a principal característica deste modelo estatal (direitos sociais). Parte-se da ideia de que sem as condições básicas de vida, a liberdade é uma fórmula vazia.

Os direitos sociais - dentre eles a educação - encontram-se vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.

Em síntese, esses direitos sociais são aqueles que têm por objetivo a necessidade de promoção da igualdade em sua vertente substantiva, por meio da atuação Estatal em defesa do mais fraco, sendo realizado na maioria das vezes por intermédio da implementação de políticas e serviços públicos, ou seja, proporcionando o desenvolvimento do ser humano ao fornecer, educação, habitação, previdência social, trabalho, saúde, etc. Neste sentido, cita-se José Afonso da Silva:

A norma, assim explicitada - A educação, direito de todos e dever do Estado e da Família [...] (art.205 e 207 -, 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, hão de ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização. (SILVA, 2009, p. 98).

Destarte, a própria Constituição de 1988 considera que o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, é direito público subjetivo, ou seja, reconhece que é direito plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata, isto é, direito exigível judicialmente, senão prestado judicialmente. A educação, portanto, corresponde à categoria de serviço público essencial que ao Poder Público impende possibilitar a todos, o que permite reconhecermos a sua “natureza prestacional”.

Apesar da sua conotação de direito social, que assume explicitamente, o direito à educação deve ser também reconhecido em seu caráter ou dimensão de clássica liberdade pública. Assim é que o art. 206, II da CB, estabelece a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento. Na liberdade de ensinar encontram-se diversas liberdades: (i) liberdade de cátedra propriamente dita; (ii) liberdade de escolha, inclusive dos pais, uma vez que a Constituição estabelece como dever dos pais educar os filhos menores, em seu art. 229, quanto a certos conteúdos e estabelecimentos de ensino.

Considera-se ainda que, no Brasil, o ensino é aberto à livre iniciativa privada (art. 209, caput, da CRFB). Como ensina Canotilho (2009.), trata-se de um processo público aberto às mediações de entidades privadas. Isto significa, pois, que os pais e mesmo os interessados podem escolher não frequentar estabelecimentos públicos de ensino, mas sim privados, dentro da dimensão individual do direito à educação.

Desta sorte, é possível defender, também, uma dimensão não-prestacional do direito à educação, condizente no direito de escolha, livre, sem interferências do Estado, quanto à orientação educacional, conteúdos materiais e opções ideológicas. Nas palavras de Tavares:

O Estado cumpre e respeita o Direito à educação quando deixa de intervir de maneira imperial ditando orientações específicas sobre a educação, como “versões oficiais da história” impostas como únicas admissíveis e verdadeiras, ou com orientações políticas, econômicas ou filosóficas. (TAVARES, 2008.p. 156).

Conclui-se que a natureza do direito à educação à luz da Constituição de 1988, contempla tanto à dimensão “prestacional”, em que o Estado tem o dever de prestar o referido serviço essencial público, como também a dimensão “não prestacional”, respeitando a liberdade de escolhas dos cidadãos no tocante a educação.

2.3 OS PRINCÍPIOS BÁSICOS DO ENSINO PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A efetividade do direito à educação, nos moldes traçados pelo constituinte originário somente será viável no Estado Democrático de Direito em que a organização da educação formal possa concretizar o direito ao ensino, informada por princípios a ela coerentes, que, realmente, foram acolhidos pela Constituição. A educação, neste contexto, possui um papel fundamental na erradicação da pobreza e no combate ao contraste social, pois deve colocar todos no mesmo

ponto de partida, proporcionando a todos os cidadãos a oportunidade do estudo, seja ele fundamental, médio ou superior.

Inicialmente, destaca-se o princípio da igualdade de condições de acesso à educação, que consiste em possibilitar aos indivíduos oportunidades iguais na obtenção do serviço essencial da educação, abrangendo, ainda, certos valores, dentre eles o de promover a igualdade de oportunidades, a equidade e escolaridade universal.

Sobre a igualdade de oportunidades, cita-se o posicionamento da professora chilena Emma Salas Neumann (2010, p. 20.), a qual considera tratar-se de oportunidade para desenvolver aptidões através da educação formal e a possibilidade de aproveitá-las.

Nessa perspectiva, a equidade traduz o ideal de que a educação deve estar disponível aos mais distintos grupos sociais, junto com os necessários aportes econômicos e pedagógicos para a otimização das oportunidades de desenvolvimento que se oferecem, principalmente para os grupos sociais menos favorecidos. É evidente que para um país que possui um histórico de acentuado contraste social e de concentração de renda, o tema igualdade de acesso à educação deve ser analisado com bastante cautela.

De acordo com os ensinamentos de Maliska (2008.), a igualdade formal, a chamada igualdade diante da lei, deve ser sempre vista sob o ponto de vista da realidade para a qual será concretizada. Logo, se o intérprete da norma constitucional não tiver sensibilidade para compreender o ambiente social no qual a norma será aplicada, ele por certo poderá atingir finalidade contrária ao disposto no texto da Constituição, ou seja, a igualdade (MULLER, 2005).

Ainda sobre o princípio da igualdade de condições no acesso à educação, citamos as brilhantes palavras de Maliska:

“Trata-se de uma igualdade através da lei, uma igualdade que é buscada pela lei por meio da regulação diferenciada das situações desiguais. A premissa de que haveria uma igualdade jurídica abstrata é substituída pelo inverso desta afirmação e pela confirmação de que as desigualdades devem encontrar, na Constituição e nas Leis, instrumentos jurídicos de libertação e não de opressão”. (Silva, 2009).

Destaca-se, ainda, outros princípios básicos do ensino, devidamente previstos na Carta Fundamental, que orientam o legislador infraconstitucional, como por exemplo, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber.

A liberdade do aprendizado (ensinar, pesquisar, arte, divulgar, etc.) corresponde ao propósito de garantir ao indivíduo o irrestrito respeito na oportunidade da escolha da ciência, possibilitando-o, manifestar sua livre opção quanto ao curso desejado, sem interferências. Desta sorte, um indivíduo que almeja a área das ciências jurídicas, desde que preenchidos os requisitos legais (habilitação específica, aprovação no vestibular, etc.) encontra-se apto a realizar, livremente, sua matrícula.

Nesta oportunidade, poderia ser questionada, em tese, a ofensa ao princípio da liberdade do aprendizado pela Lei n. 12.089/09, devido à “limitação” quanto ao número de cursos superiores públicos a disposição de cada cidadão, pois alguém que almeja estar matriculado, simultaneamente, em dois cursos afins (ex. Direito e Sociologia), estaria impedido de fazê-lo.

Acredita-se, contudo, ser admissível, em determinados casos, a restrição ao princípio da liberdade de aprendizado em face de outro interesse público acolhido, também, pela Constituição Federal de 1988, limitação esta inerente ao “Poder de Conformação do Legislador”.

2.4 RESTRIÇÕES AO DIREITO À EDUCAÇÃO E O PODER DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR

Na sociedade contemporânea, estudar em universidade pública, é uma possibilidade real apenas para uma parcela mínima da população, constituída de indivíduos que possuem condições financeiras diferenciadas, tendo sido estudantes de escolas particulares, e tiveram a oportunidade de enfrentar um exame de vestibular devidamente preparados.

Não restam dúvidas que, em regra, um indivíduo dotado de recursos financeiros capazes de proporcionar uma vida escolar em instituições de ensino particulares, estão mais preparados para a submissão ao exame de admissão para as universidades públicas.

Neste sentido, a Lei n. 12.089/2009 apresenta-se como mecanismo hábil a minorar as desigualdades sociais, principalmente no tocante ao acesso ao ensino público superior, pois possibilita a participação maior dos indivíduos nas instituições públicas de ensino superior, proporcionando, inclusive, a tão sonhada redemocratização da educação nacional. Funda-se, na verdade, este dispositivo legal nos princípios da igualdade de direitos e oportunidades, que conduz à prática da justiça distributiva e da equidade no ensino superior público nacional.

Com acerto, a iniciativa parlamentar mostra que, atualmente, há poucos alunos matriculados nas universidades e faculdades públicas, que concentram a excelência em ensino, pesquisa e extensão no País, em comparação com o grande contingente de jovens que também gostariam de ali estudar, mas que não conseguem passar nos concorridos vestibulares anuais daquelas instituições.

2.5 AS RESTRIÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

É pacífico na doutrina constitucional,² de que apesar da relevância impar do papel que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais.

Tratando-se a educação de um direito fundamental, outra não seria a conclusão quanto à possibilidade de sofrer restrições e limites em face de outros interesses sociais que permeiam a coletividade, exigindo uma atenção/ação das instituições públicas. No próprio art. 6º da vigente Constituição da República brasileira, instituidor de um conjunto de direitos fundamentais - sociais, a educação encontra-se devidamente prevista, todavia, decorrente da própria sistemática constitucional, esta pode sofrer limitações.

No mesmo sentido, Mendes (2007), Alexy (2007) e Hans-Jürgen Papier (1990) preceituam que as restrições ao direito a educação poderão revelar-se legítimas, caso adequadas para garantir a o interesse social, ou ilegítima, se desproporcional, desarrazoada, ou incompatível com o núcleo essência desse direito.

Portanto, deve-se reconhecer que o direito à educação está submetido a um intenso processo de relativização, sendo interpretada, principalmente, de acordo com os parâmetros fixados pela legislação infraconstitucional. A definição desse conteúdo pelo legislador há de preservar o direito a educação enquanto dever institucional, e as limitações impostas ou novas conformações emprestadas e este direito, não de observar especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as limitações legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais.

Vale destacar a manifestação desse entendimento pela Corte Constitucional Alemã, ao reconhecer que a faculdade confiada ao legislador de regular o direito à educação obriga-o a compatibilizar o espaço de liberdade do indivíduo no âmbito da ordem da educação com o interesse da coletividade.

Assim, o poder de conformação do legislador é tanto menor quanto maior for o significado da educação social como elemento de preservação da liberdade individual. Ou, numa perspectiva invertida, a faculdade do legislador para definir o conteúdo e impor restrições à educação há de ser tanto mais ampla quanto mais intensa for à inserção do objeto do direito de educação na sociedade. Apesar de conferir ao legislador uma margem de liberdade na definição do conteúdo e limitações ao direito à educação, este deve preservar e observar o núcleo essencial do direito fundamental em questão.

Em Portugal, também se reconhece a possibilidade do legislador, dentro de certos limites e patamares, conformar e concretizar este direito e ao mesmo tempo harmonizar os interesses privados com os interesses sociais, matéria, inclusive já enfrentada pelo Tribunal Constitucional.

O simples reconhecimento da legitimidade de conformação/restricção do direito à educação pelo legislador não se apresenta suficiente para a admissibilidade das restrições e dos limites. Necessário se faz a verificação da compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.

De acordo com o entendimento, já pacificado pela Corte Constitucional Alemã, a definição do conteúdo e a imposição de limitações ao direito à educação não de observar o princípio da proporcionalidade. Assim, o legislador está obrigado a concretizar um modelo social fundado, de um lado, no reconhecimento da liberdade da educação e, de outro, no princípio da função social da educação (o maior número de beneficiários). Ademais, cumpre observar se a atividade legislativa apresenta-se realmente necessária, adequada e proporcional, sob pena de vislumbrar-se uma restrição eivada de inconstitucionalidade.

Neste sentido, destacamos os ensinamentos de Clèmerson Merlin Clève:

“[...] pode ocorrer inconstitucionalidade material quando a norma, embora disciplinando matéria deixada pelo Constituinte à ‘liberdade de conformação do legislador’, tenha sido editada ‘não para realizar os concretos fins constitucionais, mas sim para prosse-

guir outros, diferentes ou mesmo de sinal contrário àqueles', ou, tendo sido editada para realizar finalidades apontadas na Constituição, ofende a normativa constitucional por fazê-lo de modo inapropriado, desnecessário, desproporcional ou, em síntese, de modo não razoável. [...] Em muitos casos a teoria do excesso de poder e o princípio da razoabilidade cobrem um mesmo campo teórico, oferecendo, portanto, soluções semelhantes (senão idênticas) quando da aferição da legitimidade de determinados atos normativos do Poder Público". Ressalte-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a inconstitucionalidade material de várias leis com base na ofensa ao princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade (CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, 2000. p. 156).

Portanto, o direito à educação possui, evidentemente, inúmeros limites, que podem ser verificados tanto no próprio corpo constitucional, bem como na legislação ordinária.

Vislumbra-se que a restrição ao direito à educação decorrente da Lei n. 12.089/2009 se dá de forma parcial e temporária, uma vez que não se retira a possibilidade do indivíduo, aprovado no exame de admissão, de cursar o ensino público superior (garantia do mínimo existencial). Todavia, o que lhe é vedado é a matrícula, simultaneamente (restrição temporária), em duas ou mais instituições de ensino público (restrição parcial).

Destaca-se, entretanto, que nada impede o indivíduo, após a conclusão do curso inicialmente optado, de ingressar, novamente, nos bancos da universidade pública, mediante aprovação no vestibular, para aprender outra ciência. Portanto, a limitação de sua liberdade de aprender, se dá de forma temporária (enquanto ocorrer à simultaneidade de matrículas), e, não prejudica o conteúdo essencial do direito à educação.

Restringir o direito à educação do indivíduo (direito de cursar quantos cursos desejar) em face da necessidade de contemplar o maior número de indivíduos nas universidades públicas, como preceitua a própria Lei n. 12.089/2009, é fruto do próprio poder de conformação inerente ao legislador, em.

2.6 O PODER DE CONFORMAÇÃO E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Torna-se imprescindível, após a análise do poder de conformação do legislador, a abordagem do princípio da proporcionalidade, uma vez, repita-se, para que as restrições à educação não sejam maculadas pela inconstitucionalidade, precisam ser adequadas, necessárias e proporcionais. Destarte, estar-se diante de situação jurídica envolvendo o conflito entre a liberdade de aprendizado (direito à educação na perspectiva individualista) e o interesse público na maximização do número de pessoas com acesso a educação superior (direito à educação na perspectiva do interesse público – coletividade).

O princípio da proporcionalidade surge exatamente como o equacionador da colisão desses princípios fundamentais, a ser utilizado pelo operador do direito na ponderação dos valores.

De acordo com os ensinamentos de Freitas (1997, p. 267) “[...] o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos”.

Conclui-se que o princípio da proporcionalidade constitui meio adequado e apto instituído para a solução dos conflitos tendo seu relevante papel de concretizador dos direitos fundamentais, fazendo um controle das atividades restritivas a esses direitos e impedindo a violação do texto constitucional de sorte a impedir a aniquilação de direitos fundamentais sem qualquer reserva de restrição autorizada pela Constituição Federal.

Assim, deve-se observar o princípio da proporcionalidade sob o aspecto da proteção e como limitador de liberdade de atuação do legislador em eleger valores que imporão graves mazelas aos cidadãos.

Para Canotilho (2008, p. 144), a consagração expressa do chamado princípio da proporcionalidade “[...] proíbe nomeadamente as restrições desnecessárias, inaptas ou excessivas de direitos fundamentais”. Continua o professor português dizendo que “[...] os direitos fundamentais só podem ser restringidos quando tal se torne indispensável, e no mínimo necessário, para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

Na aferição da constitucionalidade de leis, o princípio da proporcionalidade é de suma importância, servindo como regra de interpretação de leis infraconstitucionais em conformidade com a Constituição, o que significa interpretá-las num sentido que favoreça o mais possível o seu conteúdo, restringindo-o ao estritamente necessário, mas com controle, pelo juiz, com a recusa à validade da lei regulada pelo legislador quando contradiz princípio constitucional.

Neste momento, já é possível lançar a seguinte indagação, a ser respondida à luz da proporcionalidade: Diante da crise envolvendo o sistema de ensino público superior, em que apenas um número restrito de cidadãos possui acesso as universidades públicas, qual medida trará mais benefícios à sociedade brasileira? A restrição parcial e temporária ao direito à educação do indivíduo em prol do maior número de pessoas matriculadas nas universidades públicas ou a permissibilidade egoística ao indivíduo para matricular-se em quantos cursos desejar?

Parece-nos que a resposta ao questionamento acima só é possível ao verificarmos se a medida mostra-se adequada, necessária e proporcional. Não se pode olvidar que a medida constante no preceito normativo da lei nº 12.089/2009 apresenta-se necessária a redução das desigualdades sociais e a redemocratização do ensino superior público, possibilitando um maior número de estudantes nas universidades públicas.

Da mesma forma, considera-se que a Lei n. 12.089/2009 mostra-se adequada (meio utilizado e fim pretendido) ao fim que deseja atingir (democratizar o ensino superior público e possibilitar o maior número de indivíduos nas universidades públicas), ou seja, restringe a liberdade de aprendizagem individual (garantindo, porém, o mínimo existencial) e permite a utilização dos serviços de ensino público superior ao maior número de usuários.

3 CONCLUSÃO

Após a análise aprofundada do direito fundamental à educação e suas restrições decorrentes do poder de conformação inerente ao legislador, foi possível formular as seguintes considerações finais:

i. O Direito à educação consiste numa espécie de direito social-fundamental, refletindo seu propósito de garantir o *a) pleno desenvolvimento do homem; b) seu preparo para o exercício da cidadania; e c) sua qualificação para o trabalho* e progresso social.

ii. A natureza do direito à educação, à luz da Constituição de 1988, contempla tanto à dimensão “prestacional” (em que o Estado tem o dever de prestar o referido serviço essencial público) como também a dimensão “não prestacional” (respeitar a liberdade de escolhas dos cidadãos no tocante a educação).

iii. Quanto aos princípios constitucionais que norteiam o Direito Fundamental à Educação, verifica-se que a igualdade de condições de acesso à educação, a escolaridade universal e a liberdade do *aprendizado*, possuem o propósito de garantir o desenvolvimento de uma sociedade mais justa e livre, ao mesmo tempo, contribuindo para a erradicação da pobreza e minimização da acentuada disparidade social.

iv. A definição do conteúdo desse direito sociofundamental pelo legislador, há de preservar o direito a educação enquanto dever institucional, e as limitações impostas ou novas conformações emprestadas a este direito, não de observar especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as limitações legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais.

v. Verifica-se, portanto, que as limitações propostas pela Lei n. 12.089/2009 mostram-se proporcionais, visto que adequadas ao fim que desejam atingir (democratizar o ensino superior público), ou seja, restringe parcialmente a liberdade de aprendizagem individual (impedindo que um mesmo aluno possa matricular-se, simultaneamente, em duas ou mais instituições de ensino público superior), permitindo, assim, a utilização dos serviços de ensino público ao maior número de usuários.

Fundamental right to education and the public politics for the universalization of the public higher education

Abstract

This study aims to analyze the role of the education in the development of the individual as subject of rights embedded in a social state. The right to education is a guarantee of the citizens, once it provides the individual's promotion of equality in its substantive aspect. The Brazilian Constitution settled the education as one of the main social rights and, therefore, assigned rights and duties of the democratic rule-of-law state, in which the state and society are responsible for ensuring the promotion and encouragement of access to education. The study under discussion faces the principles of individual liberties, broad access to education and equality of opportunities, justifying on the understanding that the education, besides its social meaning, promotes the welfare state and the equality. It aims to define the threshold between the principles above in the context of the Federal Law 12.089/09, which denied the access to the public higher education to the ones already enrolled in any other public's education institution, in order to create vacancies and to spread the opportunities to the higher education. Under the auspices of the proportionality principle, it has been unveiled the power of the legislative branch that, measuring constitutional principles that applies to

the case, sought to deny individual rights on the light of the society, promoting, although modestly, new paths to the universalization of the public higher education.

Keywords: education. Citizen. Universalization. Proportionality.

Notas explicativas:

¹ Apesar de ser dever do Estado e da Família e direito de todos, deixou claro o constituinte a participação da sociedade que promoverá e incentivará a Educação. Nítido caráter solidário.

² Neste sentido: Vieira de Andrade, Jorge Miranda, Jorge Reis Novais, J. J. Gomes Canotilho, Paulo Bonavides, Robert Alexy, Friedrich Muller, Perez Luno, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, José Afonso da Silva, Gilmar Ferreira Mendes, Luis Roberto Barroso, Martônio Mont'Alverne, entre outros.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2009.

CHALITA, Gabriel. **Educação: a solução está no afeto**. São Paulo: Ed. Gente, 2001.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2 ed. São Paulo: RT, 2000.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional**. Fortaleza: UFC, 1989.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1995.

KREBS, Walter. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*. JURA, 1988.

MALISKA, Marcos Augusto. Educação, Constituição e Democracia. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista IOB**. São Paulo: IOB THOMSON, n. 23, 1994.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MORAES, Guilherme Pena. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010.

MULLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEUMANN, Emma Salas. **Democratización de la educación em Chile**. Santiago de Chile: Editorial Universitária, 2010.

PAPIER, Hans-Jürgen. **Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz**. München: C.H. Beck, 1990.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. Objetivos constitucionais da educação e sua relação com os fundamentos do Estado brasileiro. In: FERREIRA, Dâmares (Org.). **Direito educacional em debate**. São Paulo: Cobra, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.

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

TAVARES, André Ramos. **Direito Fundamental à Educação in Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.