

O direito à educação superior na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental

Andrea Nárriman Cezne*

Resumo

O artigo analisa o direito à educação superior a partir de sua definição constitucional como direito fundamental. Apresenta um breve histórico da questão nas constituições anteriores, enfatizando as inovações na Constituição de 1988. Distingue a configuração constitucional do ensino superior em relação ao ensino básico, que possui maiores garantias. Discute a atuação estatal no campo do ensino superior e seus limites, a partir de sua estrutura constitucional. Por fim, analisa a educação como direito fundamental social que precisa ser desenvolvido e materializado através da interpretação constitucional, expressa nas decisões dos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Educação Superior. Direito à Educação. Direito Fundamental.

The right to superior education in 1988's Federal Constitution as fundamental right

Abstract

This paper analyzes the superior education's right according to its constitutional definition as a fundamental right. We present a brief historic of this subject in the previous constitutions, emphasizing the innovations present on the 1988's Constitution. This paper also distinguishes the constitutional definitions for Superior Education and Basic Education, the latter possessing greater guarantees. We discuss the specific State actions related to Superior Education and its limitations imposed by the Constitutional structure. Finally, we analyze the role of education as a fundamental social right which needs to be developed and materialized through constitutional interpretation, expressed by Superior Courts decisions.

Keywords: Superior Education. Education Right. Fundamental Right.

* Profa. Centro Universitário Franciscano/UNIFRA - Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul/UFRGS.

1. Introdução

O presente artigo tem como objeto a conformação do direito à educação na atual Constituição, especificamente abordando a questão do ensino superior. Como direito fundamental, o reconhecimento do direito à educação não é recente, embora tenha se observado considerável avanço nesse campo a partir da Constituição Federal de 1988. Posteriormente, será contrastado o direito à educação superior com o direito à educação fundamental na Carta de 1988, a fim de ressaltar suas peculiaridades. Justifica-se a análise da educação superior como direito fundamental no contexto atual para que se possa estudar o papel do Estado nesse campo, e os limites de sua atuação constitucionalmente prevista. Essa análise normativa da definição constitucional do direito ao ensino superior busca também demonstrar os eventuais meios possíveis de desenvolvimento desse direito, enfatizando a importância da concretização pela interpretação constitucional, através das decisões dos Tribunais Superiores.

2. O direito à educação superior a partir da Constituição Federal de 1988

O direito à educação encontra-se genericamente previsto na redação do art. 6º da CF/88, que tratou dos direitos sociais, e encontra sua regulação específica no Capítulo III - Da Educação, da Cultura e do Desporto, Seção I, a partir do artigo 205. Na dicção do art. 6º "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma dessa Constituição."

Não se pode tratar do direito à educação desvinculado dos fundamentos da República brasileira, previstos no art. 1º, e dos objetivos fundamentais previstos no art. 3º da Carta Constitucional. No art. 1º, prevê-se como um dos fundamentos, no inciso II, a cidadania, e no inciso III, a dignidade da pessoa humana, e a educação constitui-se sem sombra de dúvida em uma necessidade para a efetiva aplicação desses fundamentos, pois somente através dela pode-se construir cidadania em seu pleno sentido, como também a dignidade da pessoa humana exige a implementação do acesso à educação para sua concretização. No art. 3º, também se pode ligar o direito à educação aos objetivos fundamentais da República, especialmente ao inciso I, cuja redação prevê a construção de "uma sociedade livre, justa e solidária;" , o que somente é possível através da educação. Demonstra-se aqui a conexão com as estruturas maiores, as linhas mestras que orientam o Estado brasileiro. Entretanto, a efetivação do direito à educação depende não só da sua previsão normativa abstrata, mas de instrumentos jurídicos que obriguem especialmente o Estado à sua concretização. Para conformar tal situação, necessário é analisar especificamente os dispositivos presentes no capítulo específico pertinente ao tema, do art. 205 ao 214 da CF/88. O art. 205 definiu genericamente o direito à

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

Tratando da educação como “direito de todos”, estabelece-se uma continuidade em relação às Constituições de 1934 (no seu artigo 149) que foi a pioneira na sua instituição, repetida nas Constituições de 1946 (art. 166) e de 1967 (art. 168). A Constituição de 1937, promulgada durante o período da ditadura de Vargas, inseriu o direito à educação no capítulo destinado à família, prevendo a colaboração do Estado na manutenção desse dever. Demonstra-se a influência da concepção católica no conceito previsto no art. 125 daquela carta, que colocava a família como principal agente na educação, através do direito de escolha do tipo de educação que seria fornecida, em detrimento do papel do Estado.

A respeito da relação entre o Estado e a família, na responsabilidade sobre a educação, o debate é antigo e ainda importante. A questão aparentemente não seria relevante, se não fosse o resultado da composição de interesses diversos, no conflito entre os grupos ligados à defesa do ensino público, e dos grupos ligados à defesa do ensino privado (defendendo a responsabilidade da família, determinando a livre escolha das instituições) no país. Segundo Oliveira (2001, p. 19), essa definição ocupou boa parte dos debates na Constituição de 1934, opondo os católicos, para quem a primazia da família significava a livre escolha do tipo de educação, ao Estado só cabendo estabelecer as condições para sua efetivação, através por exemplo de subsídios públicos; e os liberais, para quem o papel do Estado deveria ser primordial, cujo dever seria de garantir a escola pública a todos, sendo a opção por uma instituição particular arcada pela família. A influência católica é muito forte até a Constituição de 1967, que ainda tratava do direito à educação inicialmente no lar, conforme a redação do art. 168: “A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana.”

Somente a partir da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, começa-se a tratar da educação como um dever do Estado (OLIVEIRA, 2001, p. 23), em seu art. 176 (A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e *dever do Estado*, e será dada no lar e na escola). Na sua redação atual, o papel primordial é do Estado, conjuntamente com a família, mas na ordem do art. 205 encontra-se clara a obrigatoriedade da atuação deste, que deverá não somente fornecer a educação gratuitamente nos estabelecimentos oficiais, como estabelecer políticas públicas visando a ampliação desse sistema, possibilitando a colaboração com a sociedade. A relação entre o Estado e as instituições particulares é prevista pelos arts. 209 e 213, mas é explícita a vinculação atual

da educação como um dever do Estado, maior do que ocorria nas Constituições anteriores, o que é sumamente relevante em termos de análise do direito à educação e do papel do Estado neste campo. A explicitação do dever do Estado no art. 208, somada aos mecanismos jurídicos presentes na atual Constituição, instrumentalizam o direito à educação de forma marcante a partir de 1988. O art. 206 tratou dos princípios que regem este campo:

Art. 206 O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I. igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II. liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III. pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV. gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.
- V. valorização dos profissionais do ensino, garantindo, na forma da lei planos de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;
- VI. gestão democrática do ensino público, na forma da lei
- VII. garantia de padrão de qualidade.

Ressaltam-se entre os princípios previstos como inovação a questão da gratuidade, previsão anteriormente existente mas restrita ao período de escolarização compulsória. A ampliação do alcance da gratuidade apresenta-se como peculiar, conforme Oliveira (2001), ressaltando a ampliação da gratuidade para o ensino médio, anteriormente exceção e declarando expressamente a gratuidade do ensino superior, em estabelecimentos oficiais. Passou-se também a incorporar a educação infantil nestas disposições. Sublinha o autor que “estes níveis de ensino já eram gratuitos nos estabelecimentos oficiais, apesar da inexistência de disposição legal nesse sentido no âmbito federal; entretanto, é um dos principais alvos dos conservadores em suas críticas à Constituição de 1988.” (OLIVEIRA, 2001, P. 23). Entretanto, apesar da garantia existente no referido artigo, a instrumentalização prevista no artigo 208 de certa forma reduziu a garantia ao regular a atuação estatal no campo da educação, através da seguinte forma:

Art. 208 O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de

- I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito:

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade:

V - acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular adequado as condições do educando;

VII - atendimento ao educando no ensino fundamental através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

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

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

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

Observe-se que o nível obrigatório e gratuito é somente o ensino fundamental, prevendo-se em relação ao ensino médio sua “progressiva universalização” (com a redação alterada após a Emenda Constitucional nº 14 de 1996, pois originalmente o artigo referia a “progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio”) e o ensino superior não é referido especificamente no mesmo artigo, somente tratando-se do acesso aos níveis mais elevados de ensino, deduzindo-se portanto a diferenciação de tratamento em relação ao ensino fundamental e médio. Também é ressaltado que a garantia da gratuidade estendeu-se àqueles que não tiveram acesso à educação na idade própria (inciso I), inovando em relação às previsões constitucionais anteriores, que restringiam a obrigatoriedade e gratuidade apenas a determinada faixa etária (no caso da Emenda Constitucional de 1969, dos 7 aos 14 anos), e possibilitavam a restrição do atendimento àqueles indivíduos fora desta faixa etária (OLIVEIRA, 2001, p. 26).

Em relação ainda ao tema da gratuidade, observe-se que esta se constituiu, nas discussões da Constituição de 1988, em objeto de polêmica entre os grupos privados e públicos, juntamente com a questão das bolsas de estudos, acirrando-se o conflito mais ainda em relação à destinação de recursos públicos. Cury, Horta e Fávero (1996, p. 23) referem o trabalho de Pinheiro ao analisar o processo constituinte, que trabalha com a questão da definição dos eixos público e privado, abordada sob três pontos de vista conceituais diversos,

de acordo com os grupos em conflito: o público como estatal, como não estatal e como serviço. Em relação à primeira posição, a responsabilidade é do Estado pelas atribuições públicas (relativas não somente ao campo educacional) que somente ele seria capaz de propiciar; a segunda posição trabalha com o conceito de público oposto a lucratividade (permitindo portanto o compartilhamento da função com entidades não-estatais) e o terceiro com o conceito de público ligado a serviço, e neste último ponto de vista toda a educação seria pública (*apud* CURY, HORTA e FÁVERO, 1996, p. 23).

Ao analisar a última posição (educação como um serviço de caráter público) verifica-se que esta encontra respaldo constitucional, visto que a própria Constituição prevê tipos diversos de entidades no campo educacional, inclusive as de caráter privado lucrativas (conforme se vê do art. 213) ao lado dos estabelecimentos públicos e dos estabelecimentos privados não-lucrativos. Entretanto, apesar do art. 209 prever que o ensino é livre à iniciativa privada, estabelecem-se condições, que são o cumprimento das normas gerais da educação nacional (inciso I) e a autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público (inciso II).

Manifesta-se como inovação muito importante no campo do direito ao ensino fundamental a previsão do parágrafo primeiro do art. 208: "O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo." A carga de vinculação dos poderes públicos ao cumprimento desse artigo e os meios jurídicos para sua obtenção existentes ultrapassam a mera declaração do direito, existente desde 1934 mas carente de instrumentos adequados para promover uma ação contra o próprio Estado na eventualidade de atos omissivos na implementação desse direito (CURY, HORTA e FÁVERO, 1996, p. 25). Conforme Oliveira (2005):

Este reconhecimento poupa longa discussão jurídica, presente nas obras de comentaristas da CF/1946, qual seja, se o Direito à Educação constituía direito público subjetivo, mesmo que isto não fosse explicitado como tal na Lei Maior. Pontes de Miranda, nos seus comentários à CF/1946, afirma: 'Quanto à estrutura do Direito à Educação, no estado de fins múltiplos, ou ele é um direito público subjetivo, ou é ilusório.' (1953, p. 151)

A obrigatoriedade da prestação estatal, declarada expressamente, é muito significativa, pois remete aos mecanismos capazes de garantir os direitos presentes na Constituição de 1988,; como o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e a ação civil pública. A possibilidade de responsabilização da autoridade competente no caso de não-oferecimento do ensino obrigatório ou sua oferta irregular pelo Estado soma-se a esses mecanismos, reforçando a previsão do parágrafo primeiro.

Obviamente, o acionamento desses instrumentos existentes e a

cobrança na implementação dos referidos direitos depende da sociedade civil, a qual passa a dispor de uma gama de atuação além da pressão política, por expressa disposição constitucional. Para Cury, Horta e Fávero (1996, p. 28-29), essas prerrogativas previstas permitem tanto pressionar o Estado no sentido de conduzi-lo à realização desses direitos, como controlar o abuso de poder por parte deste.

O direito à educação fundamental como dever do Estado expresso como direito público subjetivo representa uma dimensão de formalização muito superior a das constituições anteriores, mesmo que se saiba da distância ainda entre a previsão constitucional e a realidade concreta. Entretanto, não é desprezível essa formalização e o alcance a novos instrumentos jurídicos, embora não estejam vinculados ainda a todos os níveis educacionais. Apresenta-se a crítica no sentido de não abranger especialmente o ensino médio a respectiva formalização como direito público subjetivo, pela tendência à incorporação desse nível ao ensino obrigatório.

De forma sintética, fazendo um balanço geral sobre as modificações trazidas na Constituição de 1988 que ampliaram o direito à educação, Oliveira (2001, p. 41) ressalta os seguintes itens:

- a) a gratuidade do ensino oficial em todos os níveis;
- b) a garantia do direito aos que não se escolarizaram na idade ideal;
- c) a perspectiva da obrigatoriedade do ensino médio, substituída pela perspectiva de sua universalização com a EC 14;
- d) o atendimento especializado aos portadores de deficiência;
- e) o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
- f) a oferta do ensino noturno regular;
- g) a previsão dos programas suplementares de material didático-escolar;
- h) a prioridade de atendimento à criança e ao adolescente.

A base normativa dos itens “d”, “e”, “f” e “g” encontra-se também no artigo 208 supracitado, e a prioridade de atendimento à criança e ao adolescente no tratamento ao ensino fundamental, bem como expressamente através do art. 227 da CF/88 (É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação [..]).

Analisando-se as alterações destacadas, vê-se que a Constituição

preocupou-se mais em regular e garantir o ensino fundamental, considerado prioritário; em ampliar os graus de ensino, ao inserir a educação infantil também como parte do sistema; em prever as competências da União, dos Estados e Municípios em termos de educação e o financiamento da educação pública (respectivamente, nos artigos 211, 212 e 213, abaixo referidos); mas que em termos da educação superior, há pouquíssimos dispositivos tratando especificamente desta.

Embora se considere que os princípios expressos no art. 206 também se apliquem ao ensino superior, devem ser adaptados à definição e conformação próprias deste campo. A exemplo, tem-se a questão da universalização e da gratuidade do ensino, na qual se deve considerar que o ensino superior não pode ser tratado nos mesmos parâmetros do ensino fundamental e médio, visto que não é considerado nível obrigatório de ensino. Há a previsão de acesso aos níveis mais elevados de ensino condicionado às capacidades de cada um (conforme o inciso V do art. 208), havendo a necessidade de se tornar pública a forma e os critérios de seleção utilizados, tanto em relação às instituições públicas quanto privadas (obrigatoriedade explicitamente prevista no art. 44, II da Lei 9394/96- a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, e no Decreto 2207/97, art. 12). Tomando posição a respeito do tema, Maliska traz a posição de Jorge Miranda, referindo-se à Constituição Portuguesa, mas aplicável também à Constituição brasileira:

[...] ao passo que o ensino básico é necessariamente universal (por imperativo iniludível da Constituição) e o ensino secundário pode vir a ser (por decisão legislativa), o ensino superior não o é. Nem poderia ser, por causa das desigualdades naturais entre os homens (de aptidões, de vocações, de interesses) e reconhecê-las não vai contra o princípio, como se sabe. Tudo está em apurar tais capacidades mediante provas e formas objetivas, fiáveis e minimamente consensuais (MIRANDA apud MALISKA, 2001, p. 232).

Em relação ao acesso ao ensino superior, deve-se portanto garantir que haja igualdade no acesso, a que fazem referência tanto os artigos 5º quanto o 206, I da CF/88, para que seja adequadamente interpretada a disposição do inciso V do art. 208 supracitado. O comprometimento do ensino superior vincula-se ao desenvolvimento humanístico, científico e tecnológico do país (art. 214, V, da CF/88), entre outros objetivos.

Desta forma deve ser interpretada a obrigatoriedade do ensino superior: a atuação do Estado nesse campo é necessária para a formação de quadros qualificados, levando-se em consideração como único critério de ingresso nas universidades públicas a questão da intelectualidade (MALISKA, 2001). O comprometimento de desenvolver mecanismos para possibilitar esse acesso é compromisso do poder público, maior ainda em relação às

universidades públicas. Segundo o autor (2001, p. 233):

No momento, então, que o Estado compromete-se com a educação superior, no limite da capacidade intelectual individual, deve levar em conta a isonomia Constitucional e os processos legítimos previamente disciplinados em leis e nos estatutos das universidades (art. 51 da LDB). Neste sentido, o vestibular torna-se a principal forma de ingresso na universidade, pois é através dele que o conhecimento do candidato é auferido e a legitimidade de assento em um banco universitário público é garantida.

Observe-se que não estão vedadas outras formas de acesso, como as transferências dependentes de vagas (art. 49 da LDB) e as transferências compulsórias. Tudo isso demonstra a necessidade de tratamento específico sobre os princípios quando se referirem à educação superior. Em termos constitucionais, a respeito do tema tem-se as disposições do art. 207, relativas às Universidades, e dos artigos 209 já referido, sobre a iniciativa privada, além dos artigos 211, sobre os sistemas de ensino, e dos artigos 212, 213 e 214.

Sobre as universidades, deve-se examinar o art. 207:

Art 207 As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

§ 1º É facultado às universidades admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros, na forma da lei.

§ 2º O disposto neste artigo aplica-se às instituições de pesquisa científica e tecnológica.

Inicialmente, deve-se ressaltar a aplicabilidade imediata e eficácia plena do dispositivo referente à autonomia universitária. Desta forma, não ficou dependente de legislação infraconstitucional regulatória o reconhecimento e exercício desse direito, vinculando à sua concretização a ação do Judiciário, a dos poderes legislativos da União e dos Estados em matéria universitária, bem como a atuação dos Conselhos de Educação. De acordo com LOPES (1999, p. 218-219), a sistematização da legislação até a Constituição de 1988 não valorizou a autonomia universitária, ressaltando-se a dependência em relação ao órgão governamental mantenedor. Essa situação foi agravada nas universidades federais, mister na sua regulação nos períodos de exceção, visando controlar e restringir a ação das universidades. A idéia era que através da aplicação do artigo 207, e de sua regulamentação posterior, pudessem as universidades exercer essa autonomia a fim de se tornarem verdadeiras entidades produtoras de conhecimento, voltadas ao ensino, à pesquisa e à extensão, já que a autonomia deve ser instrumento de consecução de sua

finalidade social.

A definição de autonomia seria vinculada à possibilidade de direção própria, consentida por normatização superior e manifestada por meio de regras exclusivas (RANIERI *apud* MALISKA, 2001, p. 266). Dito de outra forma, como poder funcional derivado, circunscrito ao peculiar interesse da entidade que o detém, e limitado pelas normas que o criaram (LOPES, 1999, p. 221), ou seja, que autorizaram seu exercício. Não se confunde com a soberania estatal ou com independência, porque é operacional, ligado aos interesses peculiares da entidade. Já se manifesta aqui um de seus limites. Deve ser exercida, portanto, em consonância com o artigo 206 já examinado, e com os direitos individuais e coletivos previstos na Carta Constitucional (LOPES, 1999, p. 223). Essa autonomia encontra-se inicialmente regulada pelo artigos 53 e 54 da LDB.

Os limites constitucionais da autonomia universitária expressam-se através de seus componentes: a autonomia didática, a autonomia científica, a autonomia administrativa, e a autonomia de gestão financeira e patrimonial. Tratando-se sinteticamente da conceituação de cada uma delas, observe-se que a autonomia didática refere-se a definição da relevância do conhecimento a ser transmitido, bem como de sua forma de transmissão (MALISKA, 2001, p. 269); associando-se a esta a autonomia científica, como expressão do princípio expresso no art. 206, II, a “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;” expressa através da autonomia coletiva da instituição (autonomia organizacional na organização das disciplinas) e da autonomia pessoal do professor universitário, em termos de pesquisar e ensinar o que crê ser verdade (MALISKA, 2001, p. 271). Relaciona-se esta também com a autonomia de gestão financeira e patrimonial, pois através da autonomia científica pode-se garantir a possibilidade de sobrevivência às áreas de pesquisa que não possuam imediata relevância política ou econômica (LOPES, 1999, p. 227).

A autonomia administrativa trata da auto-organização das universidades em termos da discriminação de formas e meios para atingir os fins específicos da instituição (LOPES, 1999, p. 229). Basicamente, consiste no direito de elaborar normas próprias de organização interna em matéria didático-científica e de administração de recursos humanos (tratando de matérias onde não haja determinação normativa superior ou em consonância a elas) e na escolha de seus dirigentes. As normas que edita são imperativas em sua órbita de incidência, constituindo-se em normas especiais que prevalecem em relação a normas exógenas de igual valor (RANIERI *apud* MALISKA, 2001, P. 273). Trata-se, portanto, de instrumento e condição da autonomia didático-científica e pressuposto da autonomia de gestão financeira e patrimonial.

A autonomia de gestão financeira e patrimonial consiste em gerir os recursos que lhe são postos à disposição. Neste sentido, tem alcance específico

em relação às universidades estatais, uma vez que estas gerenciam recursos públicos, que em sua alocação e disposição devem possuir garantia de utilização criteriosa e destinação certa (RANIERI *apud* MALISKA, 2001, p. 277), exigindo-se das instituições responsabilidade institucional, ou seja, o processamento interno de demandas, estabelecimento de prioridades, de planos de desenvolvimento a médio e longo prazo, possibilitando também a busca de fontes alternativas de custeio que não os recursos públicos. O exercício da autonomia é submetido a controle a posteriori, conforme prevê o art. 70 da CF/88, que trata da prestação de contas de qualquer pessoa física ou jurídica que atue com dinheiro público. Embora a autonomia de gestão financeira e patrimonial possa ser comprometida pela irregularidade nos repasses de dotações orçamentárias globais e pela problemática da regulação da captação externa de recursos pela universidade, constitui-se sem sombra de dúvida em aspecto essencial da autonomia universitária, que deve ser desenvolvido, a fim de se garantir sua plena efetivação.

Observe-se que a autonomia universitária é mais direcionada à universidade pública, mas se aplica também às instituições privadas, a medida em que esteja consonante com a sua regulação específica, compreendida nos princípios gerais do ensino e no regime jurídico próprio destas entidades. A autonomia didático-científica é semelhante à da universidade pública, subordinando-se à regulação estatal no que se restrinja às normas gerais de educação nacional, e submetidas também à fiscalização da qualidade efetuada pelo Poder Público (MALISKA, 2001, p. 281), nos termos do art. 209, que refere a liberdade condicionada ao cumprimento das normas gerais da educação nacional (inciso I) e à autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

O artigo 209 prevê a coexistência de entes privados e públicos no campo educacional, alcançando todos os níveis de ensino. Todavia, a liberdade prevista não pode ser entendida com a livre iniciativa nos termos de uma atividade econômica qualquer, tendo em vista o caráter específico da educação, como função pública. O condicionamento da atividade às normas gerais de educação nacional, e à autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público instrumentaliza-o para que ele exerça sua função primordial em relação à educação, seja prestando-a diretamente, seja controlando a sua prestação pelos setores privados. No art. 7º da LDB especificam-se os mesmos limites, adicionando-se a questão do autofinanciamento como requisito, em seu inciso III: “Art. 7º O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: (...) III - capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no art. 213 da Constituição Federal.”

Tratando-se da autorização e avaliação qualitativa das instituições de ensino superior, as entidades privadas (genericamente, não-estatais) submetem-se à autorização de funcionamento e à avaliação de incumbência da União, nos termos do art. 9º da LDB. A autorização e o credenciamento dos cursos serão renovados periodicamente, bem como o credenciamento das

instituições de educação superior, nos termos do art. 46 da mesma.

A necessidade de capacidade de autofinanciamento das entidades privadas encontra-se implícita no art. 213, que trata da destinação dos recursos públicos como exceção às entidades ali discriminadas:

Art.213 Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I - comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação:

II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

§ 1º Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

§ 2º As atividades universitárias de pesquisa e extensão poderão receber apoio financeiro do Poder Público

Pela redação, os recursos públicos deveriam ser destinados primordialmente às entidades públicas, com exceção das escolas de caráter comunitário, confessional ou filantrópico que cumprissem os requisitos expressos no artigo. A contrário senso, define-se que instituições privadas com fins lucrativos não poderiam ser destinatárias de recursos públicos. A LDB trata dos tipos de instituições não-estatais (privadas em sentido amplo) em seu artigo 20¹; contudo, não se pode permitir que o art. 213 e o art. 20 da LDB regulem o direito à imunidade relativa a impostos do art. 150, VI, 'c'² da Constituição Federal, objeto de normas específicas. Portanto, a definição de entidades particulares em sentido estrito dá-se por exclusão, a contrário senso das entidades comunitárias, confessionais e filantrópicas, e a estas entidades particulares não haveria repasse de recursos públicos.

A exceção a respeito de financiamento encontra-se expressa no parágrafo segundo do art. 213: "As atividades universitárias de pesquisa e extensão poderão receber apoio financeiro do Poder Público". A previsão de recursos públicos destinados à pesquisa e à extensão não estaria vinculada à situação supramencionada, portanto não seriam somente as entidades comunitárias, confessionais e filantrópicas que receberiam esses recursos. A avaliação aqui deveria se ater à proposta de pesquisa e extensão, ou seja, diretamente ao projeto apresentado e não às atividades em geral desenvolvidas

pela entidade, já que esse parágrafo teria como objetivo o incentivo à pesquisa e à extensão, independente de qual entidade as estivesse desenvolvendo (MALISKA, 2001, p. 194).

Genericamente, a organização dos sistemas de ensino encontra-se prevista na redação do art. 211, e seu financiamento no art. 212. A estruturação e o financiamento do ensino superior (especialmente das instituições de ensino públicas federais) são de competência da União, que exerce função normativa, redistributiva e supletiva em relação aos Estados e Municípios, coordenando a política nacional de educação e o repasse de recursos adicionais. Essas atribuições estão explicitamente previstas no art. 9º da LDB.

Ao analisar a previsão normativa a respeito da atuação estatal em relação à educação superior, há de se ressaltar a função pública a ser exercida através das entidades estatais. Deve-se compreender a necessidade da existência do ensino superior público e gratuito como indispensável à democracia, distinguindo-o como espaço diferenciado das instituições privadas. Nas palavras de Maliska (2001, p. 281-282),

A universidade pública, neste sentido, deve-se distinguir da universidade privada, deve ser o local próprio daqueles que procuram a continuidade dos estudos apenas pelas qualidades que possuem, independente de condição social, credo, origem étnica, cor, etc. Isso não implica afirmar que a universidade privada não cumpre uma função pública. Pelo contrário, a universidade privada deve ser compreendida como um espaço público não estatal, portanto, como um espaço democrático, um espaço que respeita a diferença, enfim, como um espaço livre.

No entanto, o financiamento do poder público e a garantia dos princípios da isonomia e da gratuidade fazem da universidade pública um lugar especial e a preservação deste lugar implica a definição clara de uma política pública para as universidades estatais.

Portanto, destaca-se a ótica da educação como uma função pública essencial, que não pode ser tratada somente como atividade econômica, e na qual o Estado tem ainda um papel primordial, normatizando e prestando diretamente o serviço. A educação seria um dos serviços de interesse público, que visam a implementação de direitos sociais, mas que não são de titularidade estatal exclusiva.

Todavia, o Estado não pode se eximir de suas responsabilidades por não ter a titularidade exclusiva na prestação desses serviços, e sim deve ter a obrigação de regular essas atividades, exercidas também por ele, embora não com exclusividade. O que se busca é estabelecer uma regulamentação jurídica adequada, a fim de que a colaboração com os entes não-estatais não signifique

falta de controle e irresponsabilidade do Estado na prestação dos serviços, que não são propriamente atividades econômicas, mas visam a implementação de relevantes direitos sociais, a exemplo da educação. Ressalte-se que a colaboração nesse sentido encontra respaldo constitucional, e na verdade o setor não estatal representa hoje numericamente a maior parte do ensino superior. Seria uma forma de garantir a prestação da atividade com qualidade, uma obrigação dúplice do Estado, neste caso especificamente da União, seja como prestador, seja como fiscal da prestação da educação pelas entidades não estatais.

3. A conformação dogmática do Direito à Educação como direito fundamental

Após a análise normativa do direito à educação na atual Constituição brasileira, é mister se fazerem algumas considerações a respeito dele como direito fundamental. Conceitua-se direito fundamental como aquele direito positivado por uma ordem constitucional, de forma que poderia ser exigido judicialmente. Essa conceituação de direito fundamental é baseada em um critério formal (ALEXY, 1997, p. 65), que se associa a critérios materiais e estruturais. Distingue-se, desta forma, dos direitos humanos previstos em tratados e convenções internacionais (SARLET *apud* MALISKA, 2001, p. 43) como também dos chamados direitos naturais, direitos abstratamente previstos, mas que ainda não se encontram em uma ordem jurídica concreta.

A problemática e a evolução dos direitos fundamentais é especialmente relevante perante o contexto contemporâneo, pois sua força normativa³ a partir das Constituições do pós-guerra (a exemplo, na Lei Fundamental alemã e na Constituição Espanhola) tem levado a questionamentos, relacionados ao papel do Estado perante a concretização desses direitos. Enquanto os direitos fundamentais eram somente direitos de cunho individualista e liberal, destinados a assegurar a liberdade dos indivíduos perante o Estado, não se apresentavam maiores questões. Entretanto, a partir dos direitos sociais, e de sua positivação constitucional modificou-se o quadro, colocando o Estado em xeque por exigir dele uma postura ativa em relação à concretização desses direitos, ao contrário do que ocorria em relação aos direitos individuais, direitos de defesa que exigiam do Estado somente a abstenção. O problema manifesta-se em relação aos direitos políticos e alguns direitos a prestações de garantias de direitos e liberdades (MALISKA, 2001, p. 117), e especialmente quanto aos direitos sociais.

Tratando-se dos direitos fundamentais, pode-se dividi-los em dois grandes grupos: direitos de defesa e direitos de prestações. Nesse sentido, Alexy (1997, p. 188) classifica-os pelo objeto específico: respectivamente, direitos de defesa como direitos a ações negativas (omissões) e direitos a prestações como direitos a ações positivas (um fazer do destinatário). Os direitos a ações negativas podem ser subdivididos em a) direitos a não impedimentos

de ações, b) direitos a não afetação de propriedade e situações e c) direito a não eliminação de posições jurídicas. Já os direitos a prestações podem se apresentar como a) direitos a ações positivas fáticas, e b) direitos a ações positivas normativas. Em relação a estes últimos, são direitos a prestações em sentido estrito os enunciados na letra "a" – direitos a prestações positivas fáticas (ALEXY, 1997, p. 195), que podem ser exercidos também através de regulação jurídica, mas que apresentam irrelevância quanto à forma jurídica específica da realização da ação, bastando que ocorra a satisfação do direito. Definindo-se os direitos a prestações em sentido estrito, Alexy (1997, p. 482) os conceitua como direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que, se o indivíduo possuísse meios suficientes e se encontrasse no mercado oferta suficiente, poderia obter também de particulares. Enquadram-se aí tanto direitos explicitamente postos, como direitos implícitos, adscritos interpretativamente. A interpretação ocorre naqueles casos em que é necessária derivá-los de princípios e de outros direitos expressos na Constituição, como ocorre no caso da Lei Fundamental alemã, em que não há direitos sociais explícitos (encontrando-se aí o problema da definição de quais direitos teriam esse caráter). Já a Constituição Federal brasileira de 1988, possui uma série de direitos sociais explicitamente previstos, a exemplo do direito à educação.

Alexy classifica os direitos a prestações em três critérios: normas que conferem direitos subjetivos ou normas que obrigam o Estado objetivamente; normas vinculantes ou não vinculantes e direitos e deveres definitivos ou *prima facie* (que devem ser sopesados no processo interpretativo). A proteção mais forte seria dada quando se tratassem de normas vinculantes que garantissem direitos definitivos a prestações (ALEXY, 1997, p. 484). O autor defende a idéia de que o problema dos direitos fundamentais sociais não pode ser tratado como uma questão de tudo ou nada, devendo-se introduzir diferenciações. Isso para que se garanta a implementação desses direitos, que dependem de ponderações não somente de questões jurídicas, mas das condições concretas apresentadas. Aplicando-se a proporcionalidade, que permite em uma lógica de ponderações a efetivação dos direitos de acordo com as possibilidades concretas e jurídicas (sem perda de seu caráter normativo), é possível conjugar a necessária força normativa e a realidade concreta na sua aplicação, não deixando que se transforme a norma constitucional em letra morta.

Nesse sentido, o direito à educação classificar-se tipicamente como um direito a prestações em sentido estrito. Somente a vinculação varia conforme se trate da educação em nível fundamental, médio ou superior, não se negando com isso sua força normativa. Para isso, deve-se examinar a norma que incidirá no caso concreto, conforme a sistemática demonstrada na parte inicial deste trabalho. Desta forma, a respeito da educação fundamental há uma série de garantias e instrumentos expressamente previstos, inclusive a previsão como direito público subjetivo. Portanto, aqui se estaria diante de norma vinculante garantindo um direito definitivo à prestação estatal. Já em relação ao ensino

médio não haveria a mesma força de proteção constitucional, e muito menos ainda em relação ao ensino superior, sendo necessária a construção interpretativa no caso concreto.

Haveria portanto um direito fundamental à educação superior? A pergunta não poderia ser respondida de forma abstrata. Somente atrelada às normas concretas previstas na Constituição haveria o direito. Como exemplo, analise-se o direito ao acesso à educação superior, que não é garantido, somente que o ingresso deveria ser conforme o mérito intelectual, e sua aferição por instrumentos publicizados anteriormente; também em relação à gratuidade, a garantia existe somente em relação às entidades estatais. Não há garantia formal de ampliação do quadro dessas instituições, ou de bolsas a serem concedidas a alunos carentes, obrigatoriamente, na Constituição. Atualmente, portanto, o direito à educação superior na Constituição Federal pode ser considerado como direito fundamental, mas de proteção mais frágil, cujos instrumentos precisam ainda ser desenvolvidos através de estudos teóricos e especialmente da sua aplicação concreta pelos tribunais.

Considerando-se a obrigatoriedade de aplicação das decisões proferidas por um tribunal com competência de controle constitucional (como é o caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro) poderia o direito à educação superior ser desenvolvido e seus instrumentos de proteção jurídica aperfeiçoados no âmbito da jurisprudência constitucional. Não se trata simplesmente de apoiar quaisquer medidas de intervenção do Poder Judiciário perante as ações da Administração Pública (embora não se possa excluí-la *a priori*), mas de desenvolver a concretização desse direito tão relevante à cidadania e ao desenvolvimento do país. Claramente, coloca-se a necessidade de políticas públicas preocupadas com a expansão e qualificação do setor estatal, a fim de que o ensino superior seja parte da efetivação da dignidade da pessoa humana. Necessita-se de uma interpretação constitucional que leve em consideração o todo dos princípios e diretrizes previstos, de forma a concretizar os direitos sociais adequando-os às condições fáticas e jurídicas, mas sem deixar que estes direitos, especialmente o direito à educação, perca a sua aplicabilidade. Somente dessa forma se poderá deixar que a Constituição Federal de 1988 exerça sua força normativa plenamente.

4. Referências

ALEXY, R. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Tradução de Theorie der Grundrechte.

CURY, C. R. J.; HORTA, J. S. B.; FÁVERO, O. A relação Educação-sociedade-Estado pela mediação jurídico-constitucional. In: FÁVERO, Osmar (Org.). **A Educação nas constituintes brasileiras: 1823-1988**. Campinas, SP: Autores Associados, 1996. p. 5-30.

HESSE, K. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução, Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. Tradução de: Die normative Kraft der Verfassung.

LOPES, M. A. R. **Comentários à Lei de Diretrizes e Bases da Educação**: Lei 9394, de 20.12.1996. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

MALISKA, M. A. **O Direito à Educação e a Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

OLIVEIRA, R. P. de. O direito à Educação. In: OLIVEIRA, R. P.; ADRIÃO, T. (Org.). **Gestão, financiamento e direito à educação**: análise da LDB e da Constituição Federal. São Paulo: Xamã, 2001. p. 15-43

_____. **O direito à Educação na Constituição Federal de 1988 e seu re-estabelecimento pelo sistema de Justiça**. Disponível em: <http://www.educacaoonline.pro.br/direito_educacao.asp> Acesso em: 10 jan. 2005.

Notas

¹ Art. 20. As instituições privadas de ensino se enquadrarão nas seguintes categorias:

I - particulares em sentido estrito, assim entendidas as que são instituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que não apresentem as características dos incisos abaixo;

II - comunitárias, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas de professores e alunos que incluam na sua entidade mantenedora representantes da comunidade;

III - confessionais, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendem a orientação confessional e ideologia específicas e ao disposto no inciso anterior;

IV - filantrópicas, na forma da lei.

² “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI – instituir impostos sobre: c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei” A regulação do presente artigo é extremamente polêmica, entendendo a maioria da doutrina pela necessidade de regulação através de lei complementar específica. Tem-se defendido a utilização do Código Tributário Nacional (cuja hierarquia é de lei complementar), em seu art. 14, a fim de estabelecer os requisitos para cumprimento da imunidade, embora haja questionamento, especialmente pelas decisões divergentes existentes nos tribunais.

³ A força normativa refere-se à aplicação das normas constitucionais no plano concreto, sem depender necessariamente da legislação ordinária para sua efetivação, havendo vinculação a partir das próprias normas constitucionais. Essa força normativa é condicionada pela realidade histórica de inserção da Constituição, ao mesmo tempo que influi nessa realidade, no jogo entre essas determinações e a obrigatoriedade de aplicação das normas constitucionais, dependente também do que Hesse chama de “vontade de Constituição”, isto é, a disposição para sua aplicação. Segundo o autor, “A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. (...) Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p. 24)”

Andrea Nárriman Cezne

Correspondência

Andrea Nárriman Cezne - Rua D, n. 13 - Bairro Novo Horizonte - Camobi - Cep: 97110-090 - Santa Maria - RS.

E-mail: ancezne@via-rs.net

Recebido em 28 de março de 2005

Aprovado em 07 de julho de 2005