

A EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL: POSITIVAÇÃO E EFICÁCIA

Education as a fundamental social right: positivation and efficacy

La educación como um derecho social fundamental: positivación y eficacia

Helder Baruffi*

RESUMO: A educação, enquanto princípio pedagógico, tem acompanhado o desenvolvimento da sociedade moderna. Atento ao momento histórico em que foi elaborada a Constituição de 1988, o legislador constituinte catalogou, no art. 6º, a educação, assim como a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, como direitos sociais. Passados 20 anos da promulgação da Constituição cidadã, continuam atuais as indagações sobre a eficácia e a realização do princípio positivado. A resposta é trilhada no sentido de que a positivação do direito à educação como um direito social fundamental se constitui em efetivo avanço em relação às constituições anteriores, enquanto direito subjetivo a ser realizado.

Palavras-chave: direitos fundamentais; educação; sociedade.

ABSTRACT: Education, as a pedagogic principle, has followed the development of modern society. Aware of the historic moment in which the 1988 Constitution was elaborated, the constituent legislator catalogued, on the 6th article, education, just like health, work, leisure, safety, social providence, protection to maternity and childhood, assistance to the needy, as social rights. 20 years after the promulgation of the citizen's Constitution, the questions about the efficacy and realization of the positivated principle remain modern. The answer is trailed in the sense that the positivation of the right to education as a fundamental social right is constituted in an effective advance in relation to the previous constitutions, as a subjective right to be realized.

Keywords: fundamental rights; education; society.

RESUMEN: Educación, como un principio pedagógico, ha seguido el desarrollo de la sociedad moderna. Conscientes del momento histórico en que se elaboró la Constitución de 1988, el legislador constituyente catalogó, en el artículo 6, educación, al igual que salud, trabajo, ocio, seguridad, providencia social, protección a la maternidad y la infancia, asistencia a los derechos de los necesitados, como sociales. 20 años después de la promulgación de la Constitución ciudadana, las preguntas sobre la eficacia y la realización del principio de positivated siguen siendo modernas. La respuesta se quedó en el sentido de que la positivation del derecho a la educación como un derecho social fundamental se constituye en un efectivo

* Professor doutor associado da Universidade Federal da Grande Dourados [UFGD]. Contato: Fone: (67) 34224249– Email: helderbaruffi@hotmail.com.

avance en relación con las constituciones anteriores, como un derecho subjetivo a realizarse.

Palabras clave: derechos fundamentales; educación; sociedad.

INTRODUÇÃO

Nesse sentido, os direitos humanos ou fundamentais assentam-se sobre o valor básico do reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Não por outro motivo, o primeiro parágrafo do Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, afirma que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

A instrução e a educação acompanham o homem e sua história, sendo próprios do ser humano, direito reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, em seu artigo 26, *verbis*: “ART. 26: 1. Toda pessoa tem direito à instrução. [...]”

Esse direito humano é reafirmado na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – Bogotá Resolução X+, Ata Final abril de 1948, artigo 12, *verbis*: “Toda pessoa tem direito à educação [...]”

No mesmo sentido, cabe registrar o disposto na Declaração Universal dos Direitos da Criança - 20 de novembro de 1959, Princípio 7º, *verbis*: “A criança tem direito à educação, que deve ser gratuita e obrigatória, pelo menos nos graus elementares. Deve ser-lhe ministrada uma educação que promova a sua cultura e lhe permita, em condições de igualdade de oportunidades, desenvolver as suas aptidões mentais, o seu sentido de responsabilidade moral e social e tornar-se um membro útil à sociedade.”

Cabe destaque, no que se refere à educação, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de Janeiro de 1992, Art. 13, *verbis*: “1. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais”.

Depreende-se deste artigo, ainda, que a educação proposta “deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz”.

Também na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos - 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 (Pacto de San Jose da Costa Rica), assim como na Convenção sobre os Direitos da Criança – 20 de setembro de 1990 se observa a presença e o reconhecimento da educação como fundamental ao desenvolvimento social.

Esse tratamento atribuído à educação no âmbito internacional importou na interiorização e/positivação do direito à educação enquanto comando constitucional de direito fundamental social e correspondeu a uma resposta ao ambiente jurídico internacional que destacou a educação como um dos principais instrumentos de desenvolvimento humano e de cidadania.

O legislador constituinte de 1988 não se afastou do quadro internacional. Ao contrário, responde positivando o direito à educação no art. 6º, atribuindo-lhe status de direito social fundamental.

É certo que a Constituição é o lugar onde quase todos os princípios podem ser encontrados. Por força dessa virada metodológica pós-positivista, também denominada neoconstitucionalismo, que reconhece efetiva força jurídica aos princípios, os valores e princípios expressos na Constituição não se apresentam apenas como conselhos morais ou um catálogo de boas intenções. Ao contrário, afirma Marmelstein (2009, p. 20) “são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico”.

Distinguem-se dos direitos do homem – valores ético-políticos ligados à dignidade da pessoa humana, não positivados, e dos direitos humanos – valores ligados à dignidade da pessoa humana que foram positivados na esfera internacional, através de tratados.

A POSITIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

É evidente que a formatação da Carta de 1988 é resultado do quadro teórico e político-social em que foi elaborada. O fracasso da política educacional delineada na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1971, voltada para uma formação profissional, cartorial, de busca de diplomas, associado ao novo modelo de ensino superior francamente privatista sustentado por cursinhos pré-vestibular, e à crítica ao modelo educacional sustentada por educadores brasileiros que denunciavam a visão capitalista do “trabalho improdutivo” da escola (Cf. FRIGOTTO, 2001) a partir de uma leitura de Marx, Gramsci e Althusser, além da militância de educadores como Paulo Freire, Dermeval Trigueiros, Dermeval Saviani, Moacir Gadotti ou de sociólogos do naipe de Florestan Fernandes, deu ao texto constitucional um vigor não conhecido nas Cartas que a precederam.

A própria academia já havia conseguido avançar na crítica que se fazia necessária à educação para ações propositivas. A efetiva participação dos intelectuais nos debates que se procederam na constituinte, permitiu uma releitura dos princípios educacionais e a construção do texto constitucional numa perspectiva social. Nela estão presentes os fundamentos para as políticas públicas. A simples, mas fundamental importância de situar a Educação como direito fundamental social, art. 6º da CF, é sintomática dessa resposta que o legislador constituinte deu à sociedade, revelando que a Educação não pode ser mera retórica, nem se constitui uma simples folha de papel, mas tem força transformadora.

A declaração do direito à educação expressa na Constituição de 1988 representa um salto de qualidade com relação à legislação anterior e uma maior precisão técnica e detalhamento com efetiva possibilidade de eficácia, através dos instrumentos jurídicos de garantia constantes da Carta Magna (Cf. OLIVEIRA, 1999) como se observa do art. 208 que, em seus incisos, inova em relação às constituições anteriores, ao estabelecer: I- extensão aos que não tiveram acesso na idade própria; II - obrigatoriedade e gratuidade do ensino médio; III - atendimento especializado aos portadores de necessidades especiais (rede regular de ensino); IV- inclusão do nível de ensino de 0 a 6 anos (creche e pré-escolar) ao sistema regular, exigindo regulamentação e normatização na legislação educacional complementar; V- [...]; VI - reconhecimento do Estado para com o ensino noturno: adequação às condições de cada um; VII - gratuidade ativa. Além da escola gratuita, o Estado garante condições de permanência: transporte escolar, material didático, bolsa-salário.

Para dar efetividade ao comando normativo que estabelece a educação como um direito fundamental, a Constituição de 1988 destinou toda uma seção ao direito à educação: art. 205 a 214. Cabe destaque, neste estudo, ao Art. 205, a seguir transcrito:

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.

Observa-se do comando normativo, o princípio colaborativo. Para tanto, atribuiu a cada um dos entes federativos atribuições de ordem material, determinando competências e responsabilidade, e estipulou que cada um deles deve contribuir, anualmente, com um percentual mínimo estabelecido em lei, proveniente das suas receitas (União: 18 %; Estados, Distrito Federal e Municípios: 20%).

Consoante o art. 1º da CF, (forma de Estado federativa) as atribuições são de ordem material e de competência. Neste sentido, à União, de maneira privativa, cabe legislar, sobre as diretrizes e bases da educação em

todo o território nacional, nos termos do artigo 22, inciso XXIV: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]. XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;”

Mas essa competência para legislar é concorrente com os Estados e o Distrito Federal, nos termos do artigo 24, *verbis*: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] IX - educação, cultura, ensino e desporto;”

Especificamente aos estados compete a normalização, em consonância com as normas gerais, do ensino fundamental e médio, bem como poderão legislar sobre as matérias que ainda não tenham sido alvo de leis federais, com eficácia até que a União disponha sobre os assuntos.

Ao Município cabe a responsabilidade pelo ensino fundamental e educação infantil.

O ensino obrigatório, mais do que uma norma programática, trata-se de um direito público subjetivo. Desta maneira, o legislador constitucional quis tornar exigível a sua total efetividade.

O direito à educação, pelo menos a fundamental, é parte da condição de dignidade da pessoa humana e integra o que se chama de mínimo existencial.

NÃO BASTA DIZER, É PRECISO REALIZAR

Com o reconhecimento da efetiva força jurídica dos princípios, a Constituição passou a ocupar papel especial, tendo o direito necessariamente assumido uma “pretensão de correção”, no sentido de se aproximar da ideia de justiça, na perspectiva assinalada por Robert Alexy (2006). E essa “pretensão de correção” se manifesta precisamente através dos direitos imunes à ação do legislador ordinário: nenhum ato será conforme ao direito se for incompatível com os direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2009, p.12-13).

Discorrendo sobre os direitos positivados, Sanchis (2009) assinala, em tradução livre, que nem todos os direitos possuem a mesma fisionomia dos direitos fundamentais: não protegem bens ou valores que em hipóteses podem ser atribuídos ao homem ou às instituições; nem seu titular é o sujeito abstrato e racional, ou seja, qualquer homem, independentemente de sua posição social e independentemente do objeto material protegido; nem seu conteúdo consiste em uma mera abstenção por parte dos demais e, em particular, das instituições, senão que exigem por parte desta uma ação positiva que interfere no livre jogo dos sujeitos privados. Estes são chamados direitos econômicos, sociais e culturais ou, simplesmente, direitos sociais.

A positivação dos direitos do homem representa, sem dúvida, uma das grandes contribuições da modernidade. Representa, também, a consciência de que todos os homens são sujeitos de direitos e, portanto, credores de condições mínimas de existência capazes de assegurar a sua dignidade. Registra a garantia de liberdade, consciência, participação, autonomia.

Essa positivação foi considerada necessária para permitir uma interpretação consentânea com os respectivos momentos históricos e promover sua plena realização. Flávia Piovesan (2006) com fundamento em Norberto Bobbio (1992) e Hannah Arendt (2000) destaca que, enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas. São um construído, uma invenção humana e representam um determinado momento histórico. Apresentam-se como direitos de defesa e como garantias de proteção.

Porém, participar e usufruir destes direitos requer (a) a consciência destes direitos e (b) a garantia de participação naquilo que a sociedade produz. Em outros termos, é ter direito aos direitos reconhecidos pela sociedade.

Para José Afonso da Silva (2009), na Constituição de 1988, os direitos sociais positivados “constituem direitos fundamentais da pessoa humana, considerados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” e sua positivação representou, na sua essência, “a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente.” E ainda, [...] eles constituem, em definitivo, os novos direitos fundamentais do homem”.

A grande questão que se apresentou na evolução das declarações de direitos foi a de assegurar a sua efetividade. Ultrapassar o campo das intenções, dos bons propósitos, para o campo da concretização dos direitos, da efetividade, propósito alcançado com a positivação desses Direitos na Constituição. É o que se observa no caso brasileiro.

O Constituinte de 1988, atento à realidade social internacional, imprimiu aos direitos sociais, um caráter concreto ao explicitar: são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais os expressamente indicados no art. 7º, ou quando diz: a saúde ou a educação é direito de todos e mais, indica mecanismos, políticas, para a satisfação desses direitos, como a indicação de fontes de recursos para a seguridade social (art. 194 e 195) ou reserva recursos orçamentários para a educação (art. 215).

Esse esforço histórico de positivação, ou afirmação constitucional dos direitos sociais, é ressaltado por José Afonso da Silva como de trans-

cidental importância, por adquirirem sua primeira condição de eficácia jurídica. Mas alerta: “não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado, e quanto!” E neste sentido cita lição de Canotilho (apud SILVA, 2009, p.5):

[...] a força dirigente e determinante dos direitos a prestações (econômicas, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objecto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma pretensão de omissão dos poderes públicos (direito de exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma proibição de omissão (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos).

É certo que as pautas de políticas públicas na área social constituem prestações positivas que se efetivam quando o Estado executa programas específicos que possibilitam sua ação concreta. Mas, quais as garantias políticas da eficácia desses direitos?

Nas lições de Paulo Bonavides, Dalmo de Abreu Dallari, José Afonso da Silva, Fábio Konder Comparato, Lênio Streck, para citar alguns juristas defensores da democracia participativa, a garantia de realização dos direitos fundamentais sociais se dá (a) pela construção de um regime democrático que tenha como conteúdo a realização da justiça social; (b) pelo apoio a partidos e candidatos comprometidos com essa realização; (c) pela participação popular no processo político que leve os governante a atender suas reivindicações.

A Constituição Federal prevê a imediata exigibilidade estes direitos prestacionais (em não observados) perante o poder judiciário.

Os mecanismos de eficácia estão previstos no artigo 208 e seus parágrafos¹ e no art. 227, caput.²

Acompanhando a linha programática da Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, buscou dar real efetividade ao que já fora tratado na Constituição, em especial no seu art. 54 que ressalta o dever do Estado de assegurar à criança e ao

¹ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: § 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 frequência à escola.

² Art. 227. 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, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

adolescente o ensino fundamental, obrigatório e gratuito e a progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio.³

O legislador infraconstitucional foi, no art. 98, preciso ao determinar que as medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados por omissão da sociedade ou do Estado ou por falta, omissão ou abuso dos pais.⁴

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB, Lei nº 9.394/96, em seu artigo 5º, ressalta a garantia de sindicabilidade junto ao poder judiciário como meio de dar efetividade aos direitos nela consagrados.

INSTRUMENTOS DE REALIZAÇÃO

Para a efetivação do direito à educação, não só ela deve ser ofertada pelos poderes constituídos, como também são necessárias ações no sentido de permitir que as pessoas tenham condições de chegar até a escola, de freqüentar e participar das aulas. A carência do povo brasileiro é tão gritante que na falta destas ações o direito em si, mesmo que regularmente ofertado, não atenderia às suas finalidades.

Pensando nisso, o legislador tratou de elencar uma série de medidas que visam possibilitar o gozo desse direito, mesmo para os mais pobres, através dos programas de merenda escolar, transporte, entrega de material didático, entre outros, ações propositivas para a realização de direitos historicamente construídos, como destacado por Norberto Bobbio (1999). A noção de direitos do homem surge na Europa no séc. XVIII como fruto do iluminismo e do jusnaturalismo, ganha fôlego nas lutas contra o Estado absoluto e se desenvolve ao longo do tempo para alcançar status de reconhecimento internacional após a Segunda Guerra Mundial.

Para Luis Prieto Sanchís (2009, p. 168), o reconhecimento dos direitos humanos ou fundamentais no constitucionalismo do final do séc. XVIII representa a transposição ao direito positivo da teoria dos direitos

³ Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; 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 do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador; VII - atendimento 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 responsável, pela freqüência à escola.

⁴ Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta.

naturais elaborada pelo jusnaturalismo racionalista: seu objeto ou finalidade, seus titulares e seu conteúdo resultam coincidentes. “O objetivo era, em ambos os casos, preservar certos valores ou bens morais que se consideravam inatos, inalienáveis e universais, como a vida, a propriedade e a liberdade”.

Afirma Luis Roberto Barroso (2009, p. 347), ao discorrer sobre a nova interpretação constitucional, e assinalar a virada metodológica entre a tradição e a modernidade, que “as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – não possuem em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem.”

As cláusulas constitucionais possuem um conteúdo aberto, principiológico e dependente da realidade subjacente. Não se prestam ao sentido unívoco e objetivo da tradição exegética. Constituem, sim uma “moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas” e o sentido da norma é dado “à vista do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados” (Ibidem, p. 357). Existem cláusulas constitucionais de baixo teor valorativo, que uma interpretação singela permite a subsunção da regra constitucional ao fato concreto, podendo ser destacado o disposto no art. 40, § 1º, II; 14, §3º, IV, a; 226, §6º, o que não é o caso dos direitos sociais, altamente densificados.

Os direitos sociais ocupam essa outra dimensão – direitos à prestações positivas, também reconhecidos como direitos prestacionais e que conduzem a uma atividade proativa do Estado, podendo ser acionado, nos dizeres de Gilmar Mendes (1999, p.3) "por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão".

O sentido e alcance de uma determinada norma constitucional (e também infraconstitucional) terão que ser delimitados pelo intérprete, em cada situação concreta a ser apreciada pelo aparato decisional do direito dogmaticamente organizado.

Em que pese as cláusulas constitucionais possuírem um conteúdo aberto e a solução adequada somente ser formulada à vista dos elementos do caso concreto. Com efeito, a realidade dantesca em que vive milhões de brasileiros destituídos de seus direitos fundamentais é mais do que suficiente para comprovar essa inobservância das metas constitucionais. A marginalização, o desemprego, a miséria, a degradação humana a que grande parte do nosso povo é reduzida, demonstram como a lei, embora exista para todos, não os atinge igualmente. Ademais, se a cidadania é um dos fundamentos do nosso Estado de Direito, como pode o próprio Estado desrespeitá-los e não realizá-los?

A função principal dos direitos fundamentais é realizar o princípio da “dignidade da pessoa humana”, não abstrata, idealizada, mas situada,

real, concreta. A pessoa em causa deve ser considerada em sua integralidade, não somente do ponto de vista profissional, mas, também em sua vida privada.

José Afonso da Silva (2009) na análise sobre a aplicabilidade das normas definidoras dos direitos fundamentais, destaca que, nos termos do §1º do art. 5º, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, com incidência, também, às normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11, embora a Constituição faça depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos.

Neste sentido, indaga: Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no § 1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o poder judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes, e assinala os seguintes instrumentos jurídicos de eficácia:

Mandado de injunção - Este é o instrumento que, correlacionado com o citado § 1º do art. 5º da Constituição, torna todas as normas constitucionais potencialmente aplicáveis diretamente. Assim, é o enunciado de sua previsão constitucional: "Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Inconstitucionalidade por omissão - A inconstitucionalidade por omissão verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais que postulam lei ou providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática. Prevê autoridades, pessoas e entidades que podem propor a ação direta visando a declaração da omissão. Foi tímida, no entanto, nas conseqüências do seu reconhecimento. Apenas dispôs, no § 2º do art. 103, que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. A mera ciência ao poder legislativo pode ser ineficaz, já que ele não pode ser obrigado a legislar, embora um dever moral de legislar possa impulsionar o legislativo a atender ao julgado.

Iniciativa popular - O exercício da iniciativa popular também pode contribuir para a elaboração de leis ordinárias ou complementares integradoras da eficácia de normas constitucionais. Ela é prevista no art. 61,

§ 2º nos termos seguintes: "A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estado, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles". A omissão do poder legislativo não pode ser totalmente suprida pela participação popular, mas a falta de iniciativa das leis o pode, e por certo que a iniciativa, subscrita por milhares de eleitores, traz um peso específico, que estimulará a atividade dos legisladores.

Sindicalização e direito de greve - A possibilidade de instituir sindicatos autônomos e livres e o reconhecimento do direito de greve (arts. 8º e 9º) é que encontramos os dois instrumentos mais eficazes para a efetividade dos direitos sociais dos trabalhadores.

Mandado de segurança coletivo, conforme o art. 5º, LXIX, LXX. "Pelo mandado de segurança podem ser defendidos os chamados direitos líquidos e certos, distintos da liberdade de locomoção, contra atos ou omissões abusivas do Poder Público" (Fabio Konder Comparato).

Mandado de injunção, conforme o art. 5º, LXXI. Constitui o remédio constitucional para a obtenção, mediante decisão judicial de equidade, a imediata e concreta aplicação de direito, liberdade ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania popular ou à cidadania, quando a falta de norma reguladora torne inviável o seu regular exercício.

Ação civil pública, nos termos do art. 129, III. Estabelece a competência do MP.

Na prática forense, algumas ações podem ser visualizadas: (a) ações visando à conquista de vagas para o ensino fundamental; (b) hipótese de intervenção federal em caso de greve sem perspectiva de negociação; (c) ações visando a inibição de cobrança de anuidade em escola pública; (d) ações objetivando a matrícula de crianças fora da idade ideal e (e) retenção de documentação do estudante

Entretanto, em que pese a educação ser considerada direito fundamental social, pesquisas têm apontado, por ordem de importância, os seguintes problemas: (a) Insegurança nas escolas e drogas; (b) professores desmotivados e mal pagos, sem condições de atualização e (c) baixa qualidade do ensino.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos sociais foram consagrados como instrumento para a busca de ideais de igualdade e de dignidade da pessoa humana, estando fundados no dever de solidariedade que anima a sociedade.

Por implicarem, via de regra, direitos a prestações, exigindo uma atuação positiva do Estado, a sua efetivação depende da disponibilidade, por parte do Estado, de recursos financeiros para fazer frente aos respectivos encargos. Diz-se, por isso – e com acerto –, que os direitos sociais a prestações estão sob a “reserva do possível”.

A constitucionalização dos direitos sociais, entretanto, mormente quando colocados na posição de direitos fundamentais auto-aplicáveis, como na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, impõe ao Legislativo e ao Executivo que atuem no sentido da sua realização. É o reconhecimento da eficácia normativa da constituição que garante a proteção do núcleo essencial de cada um dos direitos sociais, podendo o Judiciário, inclusive, provocado em razão da omissão dos demais poderes, tutelar a eficácia mínima de tais direitos com suporte direto no texto constitucional.

O Legislador, forte no princípio democrático, só está vinculado à garantia do núcleo essencial dos direitos sociais, não se podendo extrair do texto constitucional normas atinentes à forma e ao grau da sua atuação nas respectivas áreas. A sociedade pode redefinir, através de seus representantes, como o Estado deve atuar para a realização dos direitos sociais. Apenas o núcleo essencial de cada um dos direitos sociais, por estar acima da vontade da maioria e ter a sua realização garantida como decorrência da eficácia mínima da sua constitucionalização, é alcançado pela chamada “proibição do retrocesso”.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm>. Acesso em 18 de agosto de 2009.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Adotada em Assembléia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Disponível em: < http://www.onu-brasil.org.br/doc_crianca.php>. Acesso em 18 de agosto de 2009.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. Resolução XXX, Ata Final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948. Disponível em: < http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em 18 de agosto de 2009.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 18 de agosto de 2009.

FREIRE, P. *Educação como prática de liberdade: a sociedade brasileira em transição*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2000.

FREIRE, P. *Pedagogia da Autonomia: Saberes Necessários à Prática Educativa*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

FRIGOTTO, Gaudêncio. *A produtividade da escola improdutiva*. Um re-exame das relações entre educação e estrutura econômico-social capitalista. São Paulo: Cortez Editora, 2001.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Guiomar Namó de. Políticas públicas de educação. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v5n13/v5n13a02.pdf>>. Acesso em 10 de agosto de 2009.

MENDES, Gilmar. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O Direito à Educação na Constituição de 1988 e seu re-estabelecimento pelo sistema de Justiça. *Revista Brasileira de Educação*, São Paulo, v. 11, p. 61-74, 1999.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Adotada pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo

Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em: <[http:// portal.mj. gov.br/ sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm)>. Acesso em 10 de agosto de 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANCHIS, Luis Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. In: BARUFFI, Helder (org.). *Direitos fundamentais sociais*. Dourados: Edufgd, 2009, p. 121.

SILVA, José Afonso da. Garantias Econômicas, política se jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais. Disponível em:<<http://mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10.02.2009.