



FUNDAMENTOS DO DIREITO À EDUCAÇÃO: A TUTELA CONSTITUCIONAL DO FINANCIAMENTO ESTUDANTIL NO BRASIL E EM PORTUGAL

Tese apresentada, em 13 de dezembro de 2021, e aprovada, por unanimidade, obtendo o grau de Doutor, com dupla titulação, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e na Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (UCP).

Orientador na PUCPR: Professor Doutor Antônio Carlos Efig.

Co-orientadora na UCP: Professora Doutora Catarina Santos Botelho.

Banca Examinadora: Prof. Dr. Antônio Carlos Efig (PUCPR), Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet (PUCPR), Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (PUCRS), Prof. Dr. Sandro Mansur Gibran (UNICURITIBA), Profa. Dra. Catarina Santos Botelho (UCP), Prof. Dr. Jorge Pereira da Silva (UCP) e Prof. Dr. Rui Medeiros (UCP).

Leonardo Cacao Santos La Bradbury

Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Faculdade de Direito | Escola do Porto

dezembro, 2021.



Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Luci Eduarda Wielganczuk – CRB 9/1118

B798e
2021
Bradbury, Leonardo Cacau Santos La
Fundamentos do direito à educação : a tutela constitucional do
financiamento estudantil no Brasil e em Portugal / Leonardo Cacau Santos La
Bradbury ; orientador: Antônio Carlos Efiging ; co-orientadora: Catarina Santos
Botelho. – 2021.
519 f. : il. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba,
2021
Bibliografia: f. 486-506

1. Direito à educação. 2. Direito constitucional. 3. Precedentes judiciais.
4. Defesa do consumidor – Legislação. I. Efiging, Antônio Carlos. II. Botelho,
Catarina Santos. III. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de
Pós-Graduação e Direito. IV. Título.

Dóris 4. ed. – 341.27



LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ADPF	Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental
AEE	Atendimento Educacional Especializado
AgR	Agravo Regimental
BACEN	Banco Central do Brasil
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
BVerfGE	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i> (Acórdãos do Tribunal Constitucional Federal Alemão)
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CADHP	Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos
CadÚnico	Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal brasileiro
Cap.	Capítulo
CAPES	Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CE	Conselho Europeu
CE	Constituição espanhola de 1978
CEF	Caixa Econômica Federal
CG-FIES	Comitê Gestor do FIES
CIDPD	Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York em 2007
CLDE	Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no campo do Ensino
CMN	Conselho Monetário Nacional
CODC	Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança de 1989
COEA	Carta da Organização dos Estados Americanos
COVID-19	<i>Corona Virus Disease 2019</i>
COMDESC	<i>Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais</i>
CPC	Código de Processo Civil
CPSA	Comissão Permanente de Supervisão e Acompanhamento do FIES
CRFB	Constituição da República Federativa Brasileira de 1988
CRP	Constituição da República Portuguesa de 1976
DDHC	Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789
DIUDH	Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948
ECG	Educação para a Cidadania Global
ENEM	Exame Nacional do Ensino Médio
EPT	Educação para Todos
EU	União Europeia
FCGM	Fundo de Contragarantia Mútuo
FCO	Fundo Constitucional do Centro-Oeste
FDA	Fundo de Desenvolvimento da Amazônia
FDCO	Fundo de Desenvolvimento do Centro-Oeste
FDNE	Fundo de Desenvolvimento do Nordeste
FG-FIES	Fundo Garantidor do FIES



FGEDUC	Fundo de Garantia de Operações de Crédito Educativo
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FIES	Programa de Financiamento Estudantil
FNDE	Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação
FNE	Fundo Constitucional do Nordeste
FNO	Fundo Constitucional de Financiamento do Norte
FSE	Fundo Social Europeu
FUNDEB	Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais de Educação
ICE	Intercontinental Exchange
IDEB	Índice de Desenvolvimento da Educação Básica brasileira
INPC	Índice Nacional de Preços ao Consumidor
MC-Ref	Referendo de Medida Cautelar
ME	Ministério da Economia
MEC	Ministério da Educação
Min.	Ministro
MP	Medida Provisória
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	página
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966
PISA	<i>Programme for International Student Assessment</i>
PL	Projeto de Lei
PNE	Plano Nacional de Educação do Brasil
POCH	Programa Operacional Capital Humano da União Europeia
pp.	páginas
PROCRED	Programa de Crédito Educativo
PROUNI	Programa Universidade para Todos
RAL	Resolução Alternativa de Litígios de Consumo
RE	Recurso Extraordinário
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
RRCP	Recomendação Relativa à Condição dos Professores de 1966
SAEB	Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica
SINAES	Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior
SISU	Sistema de Seleção Unificada
SPGM	Sociedade de Investimento S.A.
STF	Supremo Tribunal Federal brasileiro
STJ	Superior Tribunal de Justiça brasileiro
TC	Tribunal Constitucional português
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
trad.	tradução
UNESCO	<i>United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization</i>
UNICEF	<i>United Nations International Children's Emergency Fund</i>
vol.	volume



Sumário

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I – FUNDAMENTOS DO DIREITO À EDUCAÇÃO COM BASE NOS VALORES DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: IGUALDADE, DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE	14
1. FUNDAMENTOS DO DIREITO À EDUCAÇÃO: CIDADANIA E AS FINALIDADES INSTITUCIONAIS DO ENSINO 17	
2. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: CONCEITO, DIMENSÕES PROCEDIMENTAL E SUBSTANCIAL E A DEFESA E PROMOÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	26
3. IGUALDADE E EDUCAÇÃO INCLUSIVA: A SUPERAÇÃO DAS LIMITAÇÕES SOCIOECONÔMICAS E A EQUIVALÊNCIA DE OPORTUNIDADES.....	40
3.1 EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA: O DIREITO DE SER DIFERENTE E A EDUCAÇÃO PLURAL	42
4. DIGNIDADE E EDUCAÇÃO CAPACITANTE: A AUTONOMIA E O DESENVOLVIMENTO DAS POTENCIALIDADES DO SER HUMANO	48
4.1. DIGNIDADE COMO FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE DO ESTADO CONSTITUCIONAL E PREMISSE DEMOCRÁTICA	51
4.2. CRÍTICAS À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ABSTRAÇÃO E INDETERMINABILIDADE	60
4.3. O CONTEÚDO E A ESTRUTURA NORMATIVA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA.....	66
5. SOLIDARIEDADE E EDUCAÇÃO FRATERNA: O ACOLHIMENTO DO EDUCANDO E A SUA INTEGRAÇÃO NA COMUNIDADE.....	76
6. DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO GLOBAL: A REGULAMENTAÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO À INSTRUÇÃO⁸²	
6.1 EDUCAÇÃO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL: REGULAMENTAÇÃO SUPRANACIONAL NOS TRATADOS INTERNACIONAIS E NA UNIÃO EUROPEIA	83
CAPÍTULO II – A ESTRUTURA NORMATIVA-CONSTITUCIONAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO EM PORTUGAL	98
1 DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976.....	98
1.1 EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO EM PORTUGAL.....	98
1.2 DESCENTRALIZAÇÃO DE COMPETÊNCIAS SOBRE EDUCAÇÃO NO ESTADO UNITÁRIO PORTUGUÊS	101
1.3 REGIME DE DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS <i>VERSUS</i> O REGIME DE DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS	107
2 PRESTAÇÕES JURÍDICAS DO DIREITO À EDUCAÇÃO SUBMETIDAS AO REGIME DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS.....	118
2.1 DIREITO E DEVER DOS PAIS SOBRE A EDUCAÇÃO DOS FILHOS	118
2.2 LIBERDADE DE ENSINAR E APRENDER.....	121
2.3 RECONHECIMENTO E FISCALIZAÇÃO DO ENSINO PARTICULAR E COOPERATIVO	128
2.4 DIREITO DE PARTICIPAÇÃO DEMOCRÁTICA NO ENSINO.....	136
2.5 DIREITO AO ENSINO BÁSICO PÚBLICO, GRATUITO, UNIVERSAL E OBRIGATÓRIO E À CRIAÇÃO DO SISTEMA PÚBLICO E DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO PRÉ-ESCOLAR.....	139
2.6 AUTONOMIA UNIVERSITÁRIA	150



3	PRESTAÇÕES JURÍDICAS DO DIREITO À EDUCAÇÃO SUJEITAS AO REGIME DO DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS	155
3.1	DIREITO À EDUCAÇÃO E À CULTURA E AS FINALIDADES CONSTITUCIONAIS DO ENSINO	156
3.2	DIREITO AO ENSINO COM IGUALDADE DE OPORTUNIDADES E ÊXITO ESCOLAR.....	159
3.3	VALORIZAR A LÍNGUA PORTUGUESA E ASSEGURAR AOS FILHOS DOS EMIGRANTES O ENSINO ADEQUADO À CULTURA PORTUGUESA.....	160
3.4	GARANTIA DA EDUCAÇÃO PERMANENTE, DA REDUÇÃO DO ANALFABETISMO E DA INTERLIGAÇÃO DO ENSINO COM AS ATIVIDADES ECONÔMICAS	161
3.5	PROMOVER E APOIAR A EDUCAÇÃO INCLUSIVA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	167
	CAPÍTULO III – A ESTRUTURA NORMATIVA-CONSTITUCIONAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL.....	171
1	DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	171
1.1	EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL	172
1.2	REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS SOBRE EDUCAÇÃO NO FEDERALISMO COOPERATIVO BRASILEIRO	177
1.3	REGIME NORMATIVO-CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO NO BRASIL	183
2	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO ENSINO NO BRASIL	193
2.1	IGUALDADE DE CONDIÇÕES PARA O ACESSO E PERMANÊNCIA NA ESCOLA	193
2.2	LIBERDADE DE APRENDER, ENSINAR, PESQUISAR, DIVULGAR O PENSAMENTO, A ARTE E O SABER	198
2.3	PLURALISMO DE IDEIAS E DE CONCEPÇÕES PEDAGÓGICAS E COEXISTÊNCIA DE INSTITUIÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS DE ENSINO.....	203
2.4	GRATUIDADE DO ENSINO PÚBLICO EM ESTABELECIMENTO OFICIAIS	208
2.5	VALORIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DA EDUCAÇÃO ESCOLAR E PISO SALARIAL PROFISSIONAL NACIONAL	215
2.6	GESTÃO DEMOCRÁTICA DO ENSINO PÚBLICO.....	222
2.7	GARANTIA DE PADRÃO DE QUALIDADE	224
2.8	GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO E À APRENDIZAGEM AO LONGO DA VIDA	229
3	DIREITO SUBJETIVO AO ENSINO BÁSICO, OBRIGATÓRIO, GRATUITO E UNIVERSAL E O ATENDIMENTO AOS ALUNOS COM DEFICIÊNCIA.....	231
3.1	O DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO BÁSICA OBRIGATÓRIA, GRATUITA E UNIVERSAL	231
3.2	ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO AOS ALUNOS COM DEFICIÊNCIA.....	239
	CAPÍTULO IV – ESTUDO COMPARADO ENTRE OS MODELOS DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL DO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL E EM PORTUGAL.....	245
1	O MODELO PORTUGUÊS DE CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMO PARA FINANCIAMENTO DOS CURSOS DO ENSINO SUPERIOR	245
1.1	ESTRUTURA NORMATIVA: POLÍTICA PÚBLICA IMPLEMENTADA POR MEIO DAS SOCIEDADES DE GARANTIA MÚTUA....	245
1.2	BENEFICIÁRIOS E CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE	249
1.3	ESPECIFICIDADES DO CRÉDITO: MONTANTE, PRAZO DE UTILIZAÇÃO, REEMBOLSO, DESEMPENHO ESCOLAR, CARÊNCIA E TAXA DE JUROS	250
1.4	QUANTITATIVO DE CONTRATOS E VALORES INVESTIDOS E A SUSPENSÃO DA POLÍTICA PÚBLICA	252
1.5	APLICAÇÃO DA LEI DE DEFESA DO CONSUMIDOR	255
2	O MODELO BRASILEIRO DE CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMO PARA O FINANCIAMENTOS DOS CURSOS DO ENSINO SUPERIOR (FIES).....	257



2.1	ESTRUTURA NORMATIVA: POLÍTICA PÚBLICA IMPLEMENTADA POR MEIO DO FIES.....	258
2.2	BENEFICIÁRIOS E CONDIÇÕES DE ELEGIBILIDADE	267
2.3	ESPECIFICIDADES DO CRÉDITO: MONTANTE, PRAZO DE UTILIZAÇÃO, REEMBOLSO, DESEMPENHO ESCOLAR, CARÊNCIA E TAXA DE JUROS	273
2.4	QUANTITATIVO DE CONTRATOS, VALORES INVESTIDOS E A CONTINUIDADE DA POLÍTICA PÚBLICA	275
2.5	NÃO INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	278
CAPÍTULO V – O DEVER ESTATAL DE PROTEÇÃO DO ENSINO NAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS.....		279
1	O REGIME NORMATIVO-CONSTITUCIONAL DO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL E EM PORTUGAL	280
1.1	O ACESSO AO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL E EM PORTUGAL: O REGIME DO <i>NUMERUS CLAUSUS</i> E A UNIVERSALIDADE CONDICIONADA.....	281
1.2	A POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE MENSALIDADES NAS INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO SUPERIOR EM PORTUGAL: PLURALIDADE DE FONTES DE CUSTEIO E SUSTENTABILIDADE	285
1.3	POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR: A CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMOS COMO DESPESA PÚBLICA JUSTA E OTIMIZADOR DA CAPACIDADE.....	299
2	O DEVER DE PROTEÇÃO DO ENSINO À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	305
2.1	DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONCEITO, INDIVISIBILIDADE E HETEROGENEIDADE.....	305
2.2	EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A BAIXA DETERMINABILIDADE CONSTITUCIONAL	316
2.3	A DUPLA DIMENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: SUBJETIVA E OBJETIVA	331
2.4	AS TEORIAS GERACIONAL E DUALISTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS CRÍTICAS DA TEORIA UNITÁRIA.....	336
2.5	MÍNIMO EXISTENCIAL, RESERVA DO POSSÍVEL E PODER DE CONFORMAÇÃO DA NORMA.....	352
2.6	DISCRICIONARIEDADE DO LEGISLADOR E PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: PROIBIÇÃO DE EXCESSO E DA PROTEÇÃO DEFICIENTE E GRAUS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	371
2.7	FINANCIAMENTO DA EDUCAÇÃO: DEVER DE GASTO MÍNIMO, DIMENSÃO MATERIAL DA QUALIDADE DO ENSINO E O MÍNIMO EXISTENCIAL EDUCACIONAL.....	379
3	A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE EDUCAÇÃO: DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS RESTRIÇÕES, CAPACIDADE DE RESISTÊNCIA E PROTEÇÃO CONTRA ABUSOS DE TERCEIROS.....	386
3.1	O DEVER DE ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO DAS RESTRIÇÕES ORÇAMENTÁRIAS	391
3.2	A CAPACIDADE DE RESISTÊNCIA E A MARGEM DE ESTABILIDADE MÍNIMA DOS DIREITOS SOCIAIS CONCRETIZADOS ...	398
3.2.1	VEDAÇÃO DO RETROCESSO: PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO OU MOTE DE LUTA POLÍTICA?	403
3.2.2	PARÂMETROS DA ESTABILIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE FINANCIAMENTO DO ENSINO SUPERIOR.....	413
3.2.3	O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA	416
3.2.4	O DEVER DE PROGRESSIVA VALORIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO	420
3.2.5	O DIREITO À PARTICIPAÇÃO E À CONTINUIDADE DA POLÍTICA PÚBLICA DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL	427
3.3	O DEVER DE PROTEÇÃO CONTRA ABUSOS COMETIDOS POR AGENTES PRIVADOS	428
CAPÍTULO VI – A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DO FIES E O OVERRULING DA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL N.º 1.155.684/RN		431
1.	FRAGMENTAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: A FILTRAGEM CONSTITUCIONAL E O DIÁLOGO DAS FONTES	431
2.	TEORIA DOS PRECEDENTES: CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	435
2.1	A EVOLUÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL NOS SISTEMAS DA <i>COMMON LAW</i> , <i>CIVIL LAW</i> E <i>STARE DECISIS</i>	435



2.2 RATIO DECIDENDI, OVERRULING, OVERRIDING, DISTINGUISHING E OVERRULED	439
2.3 O SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS NO <i>CIVIL LAW</i> BRASILEIRO: EM BUSCA DE COERÊNCIA, PREVISIBILIDADE E IGUALDADE DE TRATAMENTO.....	441
3. A MOTIVAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL 1.155.684/RN PARA A NÃO INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DO FIES.....	446
3.1 NÃO CARACTERIZAÇÃO DE RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO: POLÍTICA PÚBLICA EM PROL DO ESTUDANTE.....	447
3.2 NÃO CONFIGURAÇÃO DE SERVIÇO BANCÁRIO: APLICAÇÃO DE RECURSOS DA UNIÃO E NÃO DE VERBAS PRÓPRIAS DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA	449
4. FUNDAMENTOS PARA O OVERRULING DA DECISÃO DO STJ NO RESP N.º 1.155.684/RN: ATUAÇÃO DO ESTADO COMO AGENTE ECONÔMICO E O REGIME JURÍDICO APLICADO AO FIES	450
4.1 A SUPERAÇÃO NORMATIVA DA RATIO DECIDENDI: AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI N.º 13.530/2017	452
4.2 A EQUIVOCADA PREMISSA DA RATIO DECIDENDI: A AUTORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DO FIES.....	453
4.3 A CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO NOS CONTRATOS CELEBRADOS NO ÂMBITO DO FIES	459
4.4 A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO: CONCEITO DE CONSUMIDOR E AS TEORIAS FINALISTA, MAXIMALISTA E FINALISTA MITIGADA.....	459
4.4.1 A DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE FORNECEDOR: HABITUALIDADE DOS ATOS NEGOCIAIS OU O SEU EXERCÍCIO PROFISSIONAL.....	461
4.4.2 O OBJETO DA RELAÇÃO CONSUMERISTA: SERVIÇO OU PRODUTO	462
4.4.3 A CONFIGURAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO NOS CONTRATOS CELEBRADOS PELO FIES	463
CONCLUSÃO	478
REFERÊNCIAS.....	487
LEIS, ATOS NORMATIVOS E DECISÕES JUDICIAIS CONSULTADAS.....	508

INTRODUÇÃO



A educação e a cidadania inclusiva são conceitos indissociáveis. Só participa efetivamente do processo democrático quem possui a capacidade de apreender a realidade a qual está inserido e formulá-la de maneira crítica¹. Daí não ser exagero concluir que a educação liberta²: torna autônomo o ser considerado individualmente e fortalece o povo na manifestação de sua soberania, desenvolvendo sociedades cada vez mais livres, justas e solidárias.

O acesso ao ensino possibilita o autorreconhecimento do indivíduo como ser humano dotado de vontade, consciência e capacidade de elaboração de seu próprio projeto de vida. A educação, nesse trilhar, funciona como um propulsor para o exercício de tantos outros direitos, constituindo-se – em maior ou menor grau, a depender do tempo e espaço analisado – como um pressuposto mínimo a materialização da dignidade humana³. Para se reconhecer a vulneração de direitos, é necessário apreendê-los previamente. Não há dignidade sem autoconsciência e a consciência desta humanidade passa, invariavelmente, pelo acesso à educação.

Ao longo deste trabalho, procura-se solidificar esta percepção do direito à educação como integrante de um piso mínimo de direito inerente à própria concepção do adjetivo

¹ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013, pp. 118-120, ao tratar sobre a educação dialógica afirma que “somente o diálogo, que implica um pensar crítico, é capaz, também, de gerá-lo. Sem ele não há comunicação e sem esta não há verdadeira educação” e que o diálogo verdadeiro, pautado na confiança, na esperança e na humildade, simboliza o compromisso da ação transformadora e o encontro dos educandos para ser mais, libertando-os da opressão gerada pela mera doutrinação, o que intitula de concepção *bancária* da educação.

² A respeito da concepção libertadora da educação e dos seus pressupostos, orientados para a humanização dos educandos e o desenvolvimento do pensar autêntico, vide FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido...op.cit.*, pp. 89-177.

³ BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporânea e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais RT*, v. 919, pp. 127–196, 2012., p.171; TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Eds.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.82; BARCELOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.258; LIMA, Maria Cristina de Brito. A Educação como Direito Fundamental. *Revista da EMERJ*, v.4, n.13, 2001, pp. 212-233, p.231; MARTINS, Flávio. *Direitos Sociais em Tempos de Crise Econômica*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pp.256-258. LIMA, Carolina Alves de Souza. *Cidadania, Direitos Humanos e Educação: avanços, retrocessos e perspectivas para o século 21*. São Paulo: Almedina, 2019, pp.19-23. Na doutrina portuguesa, vide ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 361; MATOS, André Salgado de. O Direito ao Ensino: Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*. Vol. III, p.438; HOMEM, António Pedro Barbas. Fontes do Direito à Educação na União Europeia. In: HOMEM, António Pedro Barbas (coord.). *Temas de Direito à Educação*. Coimbra: Almedina, 2006, pp.29-30; MIRANDA, Jorge; SILVA, Jorge Pereira da. Artigo 18.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010, p. 321; MIRANDA, Jorge. Artigo 74.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 1.415; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I. 4.ed., portuguesa, revista. Coimbra: Coimbra Editora. 1. ed., brasileira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 374.



humanidade, elevando o mero direito à existência biológica a uma experiência que concebe o indivíduo como ser político e cultural. Transcendendo o direito de existir, compreende-se a pessoa como titular do direito de ser realmente humano e ter consciência de que sua existência é dotada desta humanidade.

Esta compreensão da importância da educação não só como um projeto de desenvolvimento pessoal, mas como um plano de aprimoramento do Estado, não passou despercebida pelo constituinte português e brasileiro, porquanto em ambas as Constituições a educação fora consagrada como um direito de todos e um dever do Estado (artigo 206.º, *caput*, CRFB, e artigo 74.º, n.º 1, CRP). É na fixação da amplitude deste dever e da abrangência deste direito, especificamente voltada para a progressiva democratização do acesso ao ensino superior, que se insere a presente tese.

De um lado, ambas as Constituições garantem a igualdade de condições de acesso e permanência a escola, aprendizado ao longo da vida e acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um (artigo 208, V, CRFB e artigo 74.º, n.º 2, alínea *d*, CRP). De outro, as limitações sociais e econômicas impedem que parte dos alunos concluam o ensino básico e tornam um privilégio de poucos o acesso ao ensino superior. Seria, então, a garantia constitucional aos mais elevados níveis do saber uma mera ficção?

Para se responder a esta indagação parte-se da averiguação do regime normativo ao qual o direito constitucional à educação está submetido, notadamente diante das diferentes concepções adotadas pelo modelo constitucional no Brasil e em Portugal.

Esta jornada ainda perpassa pela compreensão do caráter multidimensional do direito à educação, uma vez que desta disposição, em seu sentido amplo (*lato sensu*) é possível serem extraídos direitos subjetivos, cuja concretização é obrigatória, e normas que materializam os objetivos do Estado, cuja eficácia parece sempre encontrar entraves sociais, econômicas e políticas.

O grau de eficácia decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cuja função axiológica irradia-se por todo o ordenamento, vinculando não somente a relação jurídica do cidadão com o Estado, mas também entre os particulares, resulta no reconhecimento e na atribuição de deveres estatais de proteção e de promoção da educação, não somente em relação aos níveis do ensino básico obrigatório, universal e gratuito, mas também no ensino superior.



A atividade estatal é guiada para a salvaguarda contínua dos bens jurídicos considerados prioritários pela Constituição, dentre o qual está a educação, cuja valorização permanente, nos termos dos artigos 9.º, alínea *f*, e 81.º, alínea *b*, ambos da CRP e 214.º da CRFB, em todos os níveis de ensino – o que inclui o superior – é tarefa essencial dos Estados brasileiro e português.

Esse mandamento constitucional não retira do legislador a liberdade para, atento às diversas condicionantes sociais, políticas, econômicas, orçamentárias e jurídicas, escolher os meios para sua concretização, embora limite a sua discricionariedade que não pode resultar em escolhas arbitrárias desprovidas de fundamentação racional e transparente.

Nessa ordem de ideias, o dever de progressiva expansão da educação superior pode ser realizado por inúmeras formas, seja com a concessão de bolsas de estudo, como ocorre no Brasil com a política pública do PROUNI⁴ ou em Portugal com as medidas de ação social, ou o aumento gradual de vagas nas instituições de ensino público existentes, ou a criação de novas instituições de ensino superior ou mediante a concessão de subsídios estatais para que instituições privadas instalem-se em áreas carentes de ensino público superior ou mediante a concessão de empréstimos aos estudantes para o custeio dos cursos em instituições não gratuitas de ensino superior, como se verifica, no Brasil com o FIES e em Portugal com os empréstimos bonificados.

Dentre essa gama de alternativas disponíveis a serem concretizadas pelo legislador ordinário, delimita-se o *objeto de pesquisa* e investigação que será a política pública de concessão de empréstimos subsidiados aos estudantes para o custeio das mensalidades das instituições de ensino superior não gratuitas, que em Portugal engloba tanto as instituições públicas quanto as privadas e, no Brasil, as particulares.

No tocante aos *objetivos da pesquisa*, buscar-se-á responder às seguintes *problematizações*: *a)* qual a eficácia das normas constitucionais previstas no Brasil e em Portugal que garantem o acesso a todos ao ensino superior segundo a capacidade de cada um, conforme o artigo 74.º, n.º 2, alínea *d*, da CRP e o artigo 208.º, V, da CRFB?; *b)* Dentre os efeitos jurídicos dos referidos preceitos, é possível extrair, notadamente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, deveres estatais de proteção e promoção da educação superior que gerem certa capacidade de resistência e margem de estabilidade em prol da continuidade, ainda que em grau

⁴ A respeito da política pública do PROUNI, vide o nosso LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. *Direito à Educação: Judicialização, Políticas Públicas e Efetividade do Direito Fundamental*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 95-101.



mínimo, de certas políticas públicas direcionadas à democratização do acesso ao grau mais elevado do ensino?; c) Qual o significado de dever de progressividade em relação à expansão do ensino superior?; d) Não obstante a gama de políticas públicas disponíveis para serem concretizadas pelo legítimo poder de conformação do legislador, pode-se considerar a política de concessão de empréstimos subsidiados para o financiamento dos cursos em instituições de ensino superior não gratuitas como adequada para, simultaneamente, otimizar a capacidade de liberdade científica e cultural do aluno e assegurar a sustentabilidade orçamentária e a solidariedade intergeracional?; e) Especificamente em relação à realidade brasileira, é possível sustentar a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de empréstimo celebrados no âmbito do FIES, a ponto de se buscar a superação do precedente (*overruling*) firmado pelo STJ no Recurso Especial n.º 1.155.684/RN?

Utiliza-se, como *metodologia*, para responder tais questionamentos, o *procedimento indutivo*, partindo-se, inicialmente, nos Capítulos I, II e III, da análise das diversas disposições constitucionais atinentes à educação, tanto na ordem constitucional brasileira quanto na portuguesa e em tratados internacionais, bem como investiga-se a evolução constitucional da regulamentação da educação em ambos os países, passando, inclusive, pela abordagem da distribuição das competências em matéria educacional considerando as diferentes formas de Estado adotadas no Brasil e em Portugal. Utiliza-se, como parâmetro interpretativo de tais normas, os valores essenciais do regime democrático implementado nos referidos países, notadamente a dignidade, igualdade e solidariedade que moldam uma educação inclusiva, capacitante, plural, fraterna e global.

No capítulo IV realiza-se a comparação entre o sistema de financiamento estudantil através de concessão de empréstimos subsidiados para o custeio das mensalidades em instituições de ensino superior não gratuitas tanto em Portugal quanto no Brasil, estabelecendo as respectivas estruturas normativas, suas semelhanças e diferenças, bem como os beneficiários e as condições de elegibilidade.

São, ainda, abordados aspectos práticos referentes à forma de implementação e de execução da referida política pública em cada país, notadamente em relação às especificidades do crédito concedido aos estudantes (montante, prazo de utilização, reembolso, desempenho escolar, carência e taxa de juros remuneratórios), bem como a respeito da quantidade de contratos celebrados desde a sua criação e os valores investidos.



Por sua vez, nos Capítulos V e VI buscar-se expor fundamentos para se concluir pela existência, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, do dever estatal de proteção e promoção adequada do ensino superior que implica no reconhecimento de certa capacidade de resistência e margem de estabilidade, ainda que mínima, das políticas públicas de financiamento estudantil mediante a concessão de empréstimos bonificados, bem como na possibilidade de aplicação, na realidade brasileira, do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados no FIES, a indicar a necessidade de superação do precedente (*overruling*) firmado pelo STJ no Recurso Especial n.º 1.155.684/RN.

Mais do que uma vontade do legislador, o grau de concretização do direito à educação, em todos os níveis de ensino, está submetido às condições de tempo, espaço e modo, pois o direito não está despreendido da realidade, sendo uma construção inserida em um contexto social.

A compatibilização do direito à educação com as condicionantes econômicas e sociais de ambas as nações – Brasil e Portugal – é o palco em que se apresenta a discussão sobre as ferramentas para se efetivar esta proclamação constitucional e se elaborar o papel da política pública de financiamento estudantil mediante concessão de empréstimos subsidiados como instrumento indispensável, desde que levado à sério, para a concretização da democratização de acesso ao ensino superior.

A respeito dos traços distintivos da referida política em cada país, embora Portugal reconheça a incidência da Lei de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados no âmbito do programa de financiamento estudantil, diversamente, o Brasil não aceita a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no âmbito do FIES, em razão de precedente judicial firmado pelo STJ no Recurso Especial n.º 1.155.684/RN.

Por outro lado, enquanto no Brasil há uma maior continuidade da oferta de financiamento estudantil, realizada desde 1992 sem suspensões abruptas (embora tenha sido alvo de sucessivas reformulações), diversamente, em Portugal, a oferta dos contratos bonificados foi suspensa, de forma total, por diversos períodos desde a sua instituição em 2007, como se verificou entre 2015 e 2018.

Com base nessas realidades fáticas vivenciadas por ambos os países na concretização da política de financiamento estudantil é que se desenvolve a presente tese, visando assegurar a salvaguarda constitucional do ensino superior, cuja democratização do acesso é imprescindível para a otimização da capacidade do aluno, sua qualificação profissional, a elevação do nível



científico-cultural do país, a superação das desigualdades socioeconômicas e a isonomia de oportunidades.

Capítulo I – FUNDAMENTOS DO DIREITO À EDUCAÇÃO COM BASE NOS VALORES DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: IGUALDADE, DIGNIDADE E SOLIDARIEDADE

Há um consenso doutrinário em apontar a dignidade da pessoa humana⁵, bem como a igualdade e a solidariedade, como valores estruturantes do Estado constitucional⁶. Esta conclusão, invariavelmente elevada a axioma jurídico, decorre da compreensão filosófica kantiana da pessoa como um fim em si mesmo⁷ e espelha uma miríade de conhecimentos acumulados ao longo dos séculos. Ser valor estruturante, no entanto, pouco diz a seu respeito, o que acende o debate acadêmico em torno dos limites e do conteúdo desses valores e, mais pragmaticamente, os seus reflexos nas instituições estatais, em especial, no sistema de ensino instituído nas democracias contemporâneas.

Isso porque, como valores abstratamente considerados, por si só, não materializam automaticamente os elementos necessários à existência humana e nem indicam, especificamente, quais são os horizontes galgáveis para além deles. Afinal, não há dúvidas de que o simples

⁵ Os termos dignidade da pessoa humana e dignidade humana são muitas vezes usados como sinônimos, nesse sentido, vide SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. pp. 189-190, diferentemente, MIRANDA, Jorge *in Manual de Direito Constitucional*. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 223, os diferencia destacando que aquele concentra-se no aspecto individual do ser humano, ao passo que este a analisa sob uma visão global, da humanidade. Na presente tese, utilizaremos os aludidos termos como sinônimos.

⁶ Vide, dentre outros, NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*. Editora AAFDL: Lisboa, 2017, pp. 51-60; MIRANDA, Jorge; CORTÊS, António. Artigo 1.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010, pp. 82-86; ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Organização e Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp.111; 162; 228; BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise: ou Revisitar as Normas Programáticas*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 50; ROLLA, Giancarlo. El valor normativo del principio de la dignidad humana: consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 6, pp. 463–490, 2002, pp. 468-485; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, pp. 105-112 e 177-182; BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais RT*, Ano 101, Vol.919, maio de 2012, pp. 127-196, p. 154.

⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Inês A. Lohbauer. São Paulo: Martin Claret, 2018, p. 77.



existir é insuficiente para abarcar todos os anseios humanos. Além de estar (vivo), é necessário ser⁸.

Nesse trilhar, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, vem se concebendo um piso mínimo de direitos e garantias inerentes ao próprio conceito de ser humano, transcendendo a acepção biológica para abarcar direitos políticos, sociais, econômicos e culturais que não só nos fazem humanos, como asseguram a existência com *sabor de humanidade*⁹. É neste âmbito de transcendência do mero existir que os conceitos de dignidade humana, igualdade e solidariedade emergem com força e que se verificam evoluções substanciais que moldam seu conteúdo, mas sendo neles também que são tecidas algumas críticas.

A igualdade, nas acepções formal e material, deve ser implementada quando a diferença inferioriza o ser humano, diversamente, a diferença deve ser preservada quando a isonomia banaliza as legítimas escolhas do indivíduo¹⁰. Disso resulta a transformação do conceito de igualdade que não pode ser entendido, tão somente, como sinônimo de padronização e igualdade de oportunidades, mas também a salvaguarda do direito de ser diferente, quando favorece o desenvolvimento da personalidade individual, constitui a identidade de um grupo ou representa os desejos e as aspirações de uma pessoa¹¹.

A solidariedade também foi alvo de modificações em seu significado, inicialmente, na visão liberal, com viés conservador e moderador atrelado à redução dos desequilíbrios causados pelo capitalismo, transmudou-se em pauta revolucionária, emancipatória e de eliminação de classes sociais¹². No entanto, verificou-se a degradação dessa acepção realizada por governos totalitários, como o nazismo e o fascismo, que a associava ao mero coletivismo, aniquilando os interesses do indivíduo e submergindo-o num ideal coletivo construído à base de violência, obediência e tirania¹³.

Em relação à dignidade humana, é necessário extrair do seu conceito, além da existência fisiológica, a aptidão, inerente a todo indivíduo, de despertar as suas potencialidades. Afinal,

⁸ A este respeito, lapidares são os ensinamentos de ARENDT, Hannah. *In Origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 378, ao afirmar que se chega ao extremo da violação dos direitos humanos quando o indivíduo é privado “*não do seu direito à liberdade, mas o direito à ação; não do direito de pensarem o que quiserem, mas do direito de opinarem*”.

⁹ Expressão usada por SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana...op.cit.*, pp. 184-185.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

¹¹ ROLLA, Giancarlo. *El valor normativo...op. cit.*, p. 466.

¹² PISARELLO, Gerardo. Solidaridad e insolidaridad en el constitucionalismo contemporáneo: elementos para una aproximación. *Revista de Estudios Sociales*, n. 46, pp. 86-97, 2013, pp. 87-92.

¹³ *Ibid.*



ser um humano digno perpassa também pela consciência e autonomia para reconhecer situações que colocam a nossa humanidade em risco. Se não conheces o que pode ser, como saberás o que não te deixam ser?

Esta conclusão não é novidade. Desde a passagem do Estado liberal para o Estado social tem-se apontado a inconsistência – e por que não, a hipocrisia – em se garantir direitos individuais quando não há condições sociais mínimas para o seu exercício¹⁴. Não há como usufruir da liberdade estando faminto ou doente. É impossível participar ativamente da vida política, se inexistente educação básica para formulação de um argumento minimamente coerente.

É nessa ordem de ideias que se passou a entender a dignidade da pessoa humana em uma acepção ampla, recheada de um piso mínimo de direitos que propicia o desenvolvimento e o pleno exercício físico e intelectual do indivíduo. Mais de que um anseio social, trata-se de uma realização democrática alicerçada na igualdade e na solidariedade e concretizada por uma sociedade fraterna, na qual sobressai-se o espírito de tolerância e a compreensão mútua direcionada para a promoção plena da igualdade de oportunidades e o respeito às diferenças numa sociedade cada vez mais multicultural e complexa. Não é possível se falar em uma real democracia deliberativa se não há condições mínimas para que todos participem¹⁵.

Para tanto, a doutrina debruça-se arduamente em traçar o conteúdo mínimo da dignidade humana, a essência da qual ninguém pode ser privado, ao passo que representa igualmente um mínimo que a todos deve ser garantido¹⁶.

Não há dúvidas de que a educação, ao menos o ensino básico e fundamental, faz parte deste mínimo existencial¹⁷, inserindo-se como um pressuposto para o exercício de tantos outros

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1993, p. 41; FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 18; BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 11. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2018, pp. 383-385.

¹⁵ Sobre o tema, Manuel Afonso Vaz in *Direito Económico: A ordem económica portuguesa*. 3.ed. Coimbra Editora: Coimbra, 1994, p. 131, destaca que “prestar a cada cidadão um mínimo de educação e ensino, de segurança social, de condições de habitação e de sanidade é a forma mais segura de corrigir desigualdades e possibilitar a igualdade de oportunidades”.

¹⁶ A respeito do mínimo existencial, sobre o qual analisaremos em capítulo próprio, vide Ricardo Lobo Torres, sobre o tema, in *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In: SARLET, Wolfgang Ingo; TIMM, Luciano Benetti (orgs). *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008, p.74; BARCELLOS, Ana Paula de in *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 304-305 e BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar...op.cit.*, pp. 160-182.

¹⁷ Reconhecendo o ensino básico como direito prestacional integrante do mínimo existencial vide, na doutrina brasileira, BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar...op.cit.*, p. 171; TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In: SARLET, Wolfgang Ingo; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 82, que utiliza o termo “escolas primárias”; BARCELLOS,



direitos. Somente através dela é que se alcança a plenitude da autonomia, a libertação e a humanização do indivíduo¹⁸ e se consagra o direito de autodeterminação de cada pessoa, ou seja, de viver segundo o seu próprio *projeto espiritual*¹⁹, implementando efetivamente a democracia participativa, a cidadania inclusiva e a justiça social e distributiva.

Os fundamentos do direito à educação como decorrência desses valores estruturantes das democracias contemporâneas – igualdade, dignidade e solidariedade – e as consequências deste enquadramento dogmático na construção de sistemas de ensino pautados em uma educação *inclusiva, plural, capacitante, fraterna e global* são o objeto de estudo deste primeiro capítulo.

1. FUNDAMENTOS DO DIREITO À EDUCAÇÃO: Cidadania e as Finalidades Institucionais do Ensino

O conceito de educação, em linhas gerais, significa toda forma de transmissão intencional, organizada e sistemática do conhecimento formativo-instrutório (teórico ou prático), bem como de valores ou de concepções²⁰.

A educação é parte integrante da cultura e representa a apreensão e transmissão não somente de conhecimentos, mas, sobretudo, de valores, símbolos, interesses e formas de agir²¹.

Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica...op.cit.*, p. 258, que usa a expressão “educação fundamental”; LIMA, Maria Cristina de Brito. *A Educação como Direito Fundamental...op.cit.*, p. 231; MARTINS, Flávio. *Direitos Sociais...op.cit.*, pp. 256-258, que defende ser a educação básica de qualidade o mínimo dos mínimos existenciais. LIMA, Carolina Alves de Souza. *Cidadania, Direitos Humanos e Educação...op.cit.*, pp. 19-23, relacionando o direito à educação com a cidadania; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 361, reconhecendo densidade normativa do preceito previsto no artigo 74.º, n.º 2, alínea *a*, da CRP que impõe ao Estado assegurar o ensino básico, universal, obrigatório e gratuito; MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p.438, destaca a dimensão preceptiva do artigo 74.º, n.º 2, alínea *a*, da CRP e a universalidade do ensino básico consagra um direito imediatamente exigível; HOMEM, António Pedro Barbas. Fontes do Direito à Educação na União Europeia. In: HOMEM, António Pedro Barbas (coord.). *Temas...op.cit.*, pp.29-30, invoca o PIDESC e o princípio da indivisibilidade dos direitos fundamentais para sustentar que o conceito de educação obrigatória se dirige aos Estados, aos pais e aos tutores, no sentido de que nenhum pode considerá-lo como meramente opcional; MIRANDA, Jorge; SILVA, Jorge Pereira da. Artigo 18.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 321; MIRANDA, Jorge. Artigo 74.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 1.415, reconhecem o caráter jusfundamental do artigo 74.º, n.º 2, alínea *a*, da CRP, bem como a aplicabilidade direta e a determinabilidade do seu conteúdo, o que resulta, por exemplo, na proibição da não gratuidade do ensino básico obrigatório, podendo gerar inconstitucionalidade por ação indevida do legislador; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa...op.cit.*, p. 374, consideram o ensino básico como direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

¹⁸ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido...op.cit.*, p. 89.

¹⁹ Expressão usada por CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2 ed. Almedina: Coimbra, 1980, p. 219.

²⁰ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, pp. 417-418.

²¹ MIRANDA, Jorge. *Introdução ao Direito à Educação...op.cit.*, p. 03.



Portanto, ultrapassa a esfera individual – consistente no desenvolvimento da personalidade – e atinge uma dimensão coletiva²², na medida em que é responsável por qualificar uma sociedade e lhe conferir identidade cultural nacional²³. Traduz-se, com efeito, a educação em autêntico bem público comunitário e a escola como instituição social da sociedade civil²⁴.

A educação é, então, considerada como uma dimensão da cultura, enquanto o ensino se trata da forma institucionalizada da educação, havendo, assim, uma relação decrescente de especialidade entre cultura, educação e ensino²⁵. O direito à educação, em sentido amplo (*lato sensu*), “além do direito ao ensino e à escolarização formal, engloba a formação ética e holística da pessoa humana”²⁶.

Por sua vez, o conceito de direito ao ensino é vasto e pode englobar as seguintes dimensões: a) *orgânico-institucional*: relacionada com o modelo de sistema de ensino adotado pelo Estado e os seus critérios de acesso pelos cidadãos; b) *formal-funcional*: corresponde ao ensino enquanto atividade desenvolvida nas instituições de ensino, por meio da qual surgem prestações jurídicas, tais como os direitos e deveres dos alunos; c) *material*: compreende os conteúdos do ensino, da qual decorre, por exemplo, a laicidade do ensino público²⁷.

Constata-se, assim, que o direito à educação possui um vasto alcance, pois incorpora múltiplas posições jurídicas com estruturas normativas diversas.

Engloba tanto pretensões relacionadas aos direitos de liberdade, como as dos pais ou tutores de dirigir o ensino promovido a seus filhos ou tutelados, que impõe uma abstenção do Estado no sentido de não invadir essa esfera privada e intangível da autonomia da vontade, quanto aos direitos de igualdade, que implicam em ações prestacionais a fim de universalizar e valorizar a educação, como, por exemplo, a criação de um sistema público de ensino visando combater o analfabetismo.

²² Essa dimensão coletiva foi retratada por MAGALHÃES, Calvet de. Direito à Educação. *Revista Lusófona de Educação*, v.8, 2006, pp. 167-187, p. 167, ao afirmar que “Reconhece-se actualmente que se deve dar a cada um não só a oportunidade, mas a possibilidade real de se libertar da servidão da ignorância, pelo que se considera a educação émulo da liberdade, por promover simultaneamente a felicidade individual e o interesse colectivo”.

²³ PEREZ LUÑO, Antonio, Enrique. *Los Derechos...op.cit.*, pp. 200-201.

²⁴ EUFRÁSIO, José Carlos Tunas; CARNEIRO, Roberto; International Commission On Education For The Twenty-First Century. *Educação: um tesouro a descobrir: Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI*. Asa, 1996, pp. 193-194.

²⁵ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 418.

²⁶ LIMA, Carolina Alves de Souza. *Cidadania...op.cit.*, p. 20.

²⁷ Classificação feita por MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, pp. 425, 431, 457 e 466.



Portanto, a educação, tomada em seu sentido *lato sensu*, configura um *direito complexo*²⁸ e polissêmico²⁹, na medida em que dele resultam diversas posições jurídicas, umas na condição de direitos de liberdade, impondo a defesa contra intervenções indevidas, e outras na de direitos sociais, resultando em prestações para sua satisfação.

Nesse sentido, Ingo Sarlet destaca que:

Percebe-se, portanto, que, no âmbito de um direito geral à educação (compreendido como um direito em sentido amplo), coexistem diversas posições fundamentais de natureza jurídico-objetiva e subjetiva, ainda que se possa discutir em que medida se trata de direitos originários a prestações ou apenas de direitos derivados, ou seja, de igual acesso às prestações em matéria educacional disponibilizadas pelo Poder Público³⁰.

Ressalte-se que essa complexidade decorrente da multiplicidade de relações jurídicas originárias ou derivadas da Constituição não é uma característica exclusiva do direito à educação. Porquanto, é inerente aos próprios direitos fundamentais, em especial os sociais, que, ao serem elevados a especial tutela, tanto formal quanto material, no ordenamento jurídico constitucional, são considerados como *situações jurídicas complexas* que podem ser decompostas em pretensões específicas e menores³¹.

²⁸ Expressão usada por MIRANDA, Jorge in Direitos Sociais e Propinas no Ensino Superior. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. v. 72, abr./jun. 2019, p. 210 e em MIRANDA, Jorge. Artigo 74.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 1.416. Na doutrina brasileira, vide SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, p. 483, que consideram a educação como um *complexo de deveres e direitos*. Na doutrina espanhola, vide MONTOLÍO, Emilio Pajares. El Derecho a La Educación em El Ordenamiento Espanhol. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coord.). *A Eficácia dos Direitos Sociais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 140-167.

²⁹ Sustentado o caráter polissêmico, indeterminado e impreciso dos direitos sociais, vide WEBER, Albrecht. L'État social et les droits sociaux en RFA, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 24, 1995, pp. 677-693, pp. 678-679.

³⁰ Precisas as lições de SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, p.485, ao afirmarem que “Isso também é verifica no ordenamento constitucional português, como pontua MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui in *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 932, destaca que, no âmbito da CRP, a respeito da educação “*encontram-se normas atributivas de direitos, normas prescritivas de deveres, normas de garantias institucionais, normas impositivas de incumbências, normas organizatórias, normas de competência*”.

³¹ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 407. A respeito das múltiplas tentativas de classificação dos direitos sociais, vide BERENSTEIN, Alexandre. Economic and social rights: Their inclusion in the European Convention on Human Rights – Problems of formulation and interpretation, *Human Rights Law Journal*, 3-4, 1981, pp. 257-280, pp. 271-272, defendendo que as normas veiculadoras de direitos sociais criam para o Estado *obrigações de atividade* e não propriamente *obrigações de resultado*. BRUNNER, Georg. Die Problematik der sozialen Grundrechte, *Recht und Staat*, Tubinga: Mohr Siebeck, 1971, pp. 3-37, p. 9, por sua vez, sustenta que a justiça social pode ser consagrada pela determinação dos fins do Estado com conteúdo social, através de normas programáticas, por mecanismos de garantia ou direitos subjetivos. Por outro lado, SCHOLZ, Rupert. *Konstitutionalisierte Politik oder politisierte Konstitution? Realitätsprägung durch Verfassungsrecht – Kolloquium aus*



Nesse sentido, Jorge Reis Novais adverte que “*na vida prática, o direito raramente surge como um todo, antes surgindo em afloramentos particulares dos direitos e faculdades que o integram*”³².

O mencionado constitucionalista português explica que cada um dos específicos direitos, faculdades e garantias, integrantes do direito *como um todo* podem, em si mesmos, serem considerados como direitos fundamentais e, em razão dessa autonomia da prestação decomposta do direito em sua acepção global, podem constituir, entre si, naturezas jurídicas diferenciadas e particularidades relevantes que devem ser consideradas na resolução do caso concreto³³.

Em suma – e isso é imprescindível para a adequada compreensão da tutela dos direitos fundamentais – o direito social como um todo, isto é, considerado na sua globalidade (*lato sensu*) pode ser decomposto em específicas faculdades, direitos ou garantias (*stricto sensu*), que podem revestir-se de diferentes naturezas e estruturas normativas e eficácia diversas.

Portanto, essas múltiplas dimensões derivadas do direito fundamental podem ter, como bem leciona Vieira de Andrade, “*objeto e conteúdo distintos, que são oponíveis a destinatários diferentes, determinam deveres de variado tipo e que podem até ter titulares diversos*”³⁴.

Logo, a correta identificação dessas prestações derivadas do direito social, notadamente as relacionadas ao direito à educação, bem como a natureza jurídica dos seus preceitos e a eficácia das suas prescrições é pressuposto para a sua plena e efetiva salvaguarda constitucional.

Isso porque é por meio da universalização da educação de qualidade, em todos os graus de ensino, que se consagra a efetiva autonomia do ser humano, despertando no indivíduo a consciência³⁵ da possibilidade, de forma verdadeiramente livre e autodeterminada, do pleno

Anlass des 80. Geburtstages von Peter Lerche, Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte. Berlin: Duncker & Humblot, 2008, pp. 9-16, p. 13, entende que os direitos sociais não podem ser mais do que determinações dos fins do Estado, sob pena de uma nefasta politização da Constituição. Vide, ainda, SILVA, Jorge Pereira da. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados: um problema de geometria variável, *Fundamentos Cuadernos monográficos de Teoría del Estado e Derecho Público*, Oviedo, 2017, p. 121, sustenta que os direitos fundamentais se desagregam em diferentes faculdades compreendidas no seu conteúdo e distingue claramente as suas várias dimensões objetivas, subjetivas, ativas, passivas e verticais.

³² NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, Dois Sistemas? Direitos de Liberdade e Direitos Sociais na Constituição Portuguesa*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 100.

³³ NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, Dois Sistemas...op.cit.*, p. 100.

³⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 158.

³⁵ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido...op.cit.*, p. 87, destaca que a doutrinação domesticadora, a qual denomina de *educação bancária*, jamais orienta-se no sentido de conscientização dos educandos.



exercício dos direitos que lhe são assegurados para além daqueles relacionados ao existir, de viés fisiológico³⁶.

Com efeito, o amplo desfrute e satisfação dos direitos e garantias de matriz cultural e política recomenda o acesso a níveis adequados de ensino, com o escopo de capacitar o exercício da cidadania inclusiva, a ponto de se defender a *educação para a cidadania*³⁷.

Adota-se o conceito de cidadania delineado por Hannah Arendt que, no sentido filosófico, representa o sentimento de pertencimento de uma pessoa a uma comunidade³⁸.

³⁶ MIRANDA, Jorge. Artigo 73.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 1.410, leciona que “*A educação destina-se essencialmente ao desenvolvimento da personalidade.*”; HOMEM, Antônio Pedro Barbas. Educação e Poder Paternal. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*. Vol. III. Miranda, Jorge, et all (org.). Coimbra: Almedina, 2010, p. 472, afirma que a educação é “*necessária para o pleno desenvolvimento cultural de cada pessoa.*”; MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p.396, destaca que a educação, enquanto transmissão do conhecimento, bem como o ensino são condições *sine qua non* da liberdade-autonomia e da liberdade-participação; MIRANDA, Jorge. *Introdução ao Direito à Educação...op.cit.*, p.04, afirma que o desenvolvimento da personalidade é o que “*dá sentido à educação*”; MAGALHÃES, Calvet de. *Direito à Educação...op.cit.*, p. 167, considera a educação “*émulo da liberdade*”, por “*libertar da servidão da ignorância*”; CANOTILHO, J. J. Gomes. In *Direito Constitucional e Teoria...op.cit.*, p. 349, sustenta que “*a criação dos pressupostos concretos do direito à cultura e ensino (pressupostos materiais de igualdade e oportunidades) é condição ineliminável de uma real liberdade de formação e desenvolvimento da personalidade*”. AMORIM, João Pacheco de; TEIXEIRA, Frédéric. O Princípio da Autonomia Universitária no Sistema de Ensino Superior Português, *Revista da FDUP*, v.10, 2013, pp. 33-180, p. 151, afirmam que “*a ciência e o ensino são bens jurídicos fundamentais cuja proteção e promoção são condições da afirmação e realização do homem (integrando, por isso, o núcleo duro do princípio da dignidade da pessoa humana)*”.

³⁷ Na doutrina lusitana, vide NETO, Luísa. Constituição e Educação. *Revista da FDUP*, 2007, v.4, pp. 279-285, p. 281, que utiliza a expressão *educação para a cidadania* voltada a garantir o respeito e o acolhimento da diversidade cultural dos imigrantes e estrangeiros, sustentando que compete ao Estado atuar como promotores e garantidores da sua inclusão constitucional em face da existência de um dever de hospitalidade. Por sua vez, ABRANTES, Pedro in *A Educação em Portugal: princípios e fundamentos constitucionais. Sociologia, Problemas e Práticas*, 2016, p. 26, utiliza o termo *educação para a cidadania* retratando a educação como um princípio orientador das instituições educativas, promovendo a participação dos estudantes na gestão das escolas e na vida das suas comunidades. Por sua vez, na doutrina brasileira vide LIMA, Carolina Alves de Souza. *Cidadania...op.cit.*, p. 9, tese que lhe gerou o título de Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) na qual defende, em síntese, a intrínseca “*relação entre garantia da educação escolar de qualidade e a reivindicação e conquista da cidadania*”. Na doutrina argentina, vide CUNHA, Antonio Domingos in *The Global and Transnational Paradigm of 'Education for All' in the Latin American Context: Citizenship and Civil Emancipation from the Perspective of Transindividual Diffused Rights. Jornal Jurid*, 2020, sustenta que um dos objetivos principais da educação é garantir ao indivíduo uma vida digna através da transmissão de conhecimentos essenciais que lhe garantirá as habilidades necessárias para o exercício da sua cidadania. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3653475>. Acesso em: 20 fev. 2021.

³⁸ ARENDT, Hannah. *Origens...op.cit.*, pp. 378-381, destacando a autora que “*A calamidade dos que não têm direitos não decorre do fato de terem sido privados da vida, da liberdade ou da procura da felicidade, nem da igualdade perante a lei ou da liberdade de opinião — fórmulas que se destinavam a resolver problemas dentro de certas comunidades — mas do fato de já não pertencerem a qualquer comunidade*”. Conclui a autora que “*A calamidade que se vem abatendo sobre um número cada vez maior de pessoas não é a perda de direitos específicos, mas a perda de uma comunidade disposta e capaz de garantir quaisquer direitos*”.



Disso resulta a outra dimensão da cidadania, de conteúdo normativo, que se traduz na aceitação do indivíduo pela coletividade e no seu reconhecimento como *sujeito de direito*³⁹ integrado em uma organização social, civil e política estruturada que considera as suas opiniões e escolhas significativas e que age de forma eficaz para lhe conferir um tratamento protetivo adequado⁴⁰.

Em suma, cidadania, na definição de Hanna Arendt, nada mais é do que “*o direito de ter direitos (e isto significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada*”⁴¹. Esse conceito, na precisa observação de Christoph Menke, demonstra que Hanna Arendt, apesar da sua investigação central inserir-se eminentemente no campo da política, acabou por revelar a própria definição de dignidade da pessoa humana, relacionada com a luta contra o antissemitismo, o imperialismo e o totalitarismo⁴². Isso implica na acentuada conexão existente entre cidadania e dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, talvez a importância da cidadania no contexto dos direitos humanos possa ser dimensionada não apenas pelo seu significado, mas, sobretudo, pelo que se perde com a sua ausência.

A retirada da cidadania, nas inquietantes palavras de Hannah Arendt, implica a *perda de lares* (migrações forçadas de refugiados), a *perda da proteção do governo* (surgimento de apátridas) e, quiçá o mais doloroso, aquilo que a referida autora denomina de *perda da relevância da fala* que aniquila do ser humano a noção aristotélica de animal político e gregário por natureza⁴³. Isso resulta em verdadeira desintegração do indivíduo, por lhe retirar a capacidade de relacionar-se entre si e fulmina a dignidade, simbolizando a sua expulsão da humanidade⁴⁴.

³⁹ ARENDT, Hannah. *Origens ...op.cit.*, p. 378, a retirada da cidadania exclui a pessoa da condição de sujeito de direito e destinatária das normas aplicáveis aos cidadãos de determinada comunidade, afirmando a autora que a “*Sua situação angustiante não resulta do fato de não serem iguais perante a lei, mas sim de não existirem mais leis para eles; não de serem oprimidos, mas de não haver ninguém mais que se interesse por eles, nem que seja para oprimi-los*”.

⁴⁰ ARENDT, Hannah. *Origens ...op.cit.*, p. 379, na qual sustenta que “*A privação fundamental dos direitos humanos manifesta-se, primeiro e acima de tudo, na privação de um lugar no mundo que torne a opinião significativa e a ação eficaz. Algo mais fundamental do que a liberdade e a justiça, que são os direitos do cidadão, está em jogo quando deixa de ser natural que um homem pertença à comunidade em que nasceu, e quando o não pertencer a ela não é um ato da sua livre escolha, ou quando está numa situação em que, a não ser que cometa um crime, receberá um tratamento independente do que ele faça ou deixe de fazer*”.

⁴¹ *Ibid.*, p. 379.

⁴² MENKE, Christoph. Dignity as the right to have rights: human dignity in Hannah Arendt. In: DÜWELL, Marcus; BRAARVIG, Jens; BROWNSWORD, Roger; MIETH, Dietmar. *The Cambridge Handbook of Human Dignity ...op.cit.*, pp. 332-333.

⁴³ ARENDT, Hannah. *Origens ...op.cit.*, p. 380.

⁴⁴ MENKE, Christoph. *Dignity as the right to have rights ...op.cit.*, pp. 375-380.



Nessa toada, a educação, ao desenvolver as potencialidades da pessoa, desperta no indivíduo o sentimento de pertencimento a uma comunidade e, por meio do ensino, lhe é revelada a gama de direitos que pode legitimamente usufruir e cobrar a fim de que possa, de forma verdadeiramente livre e autodeterminada, escolher o seu projeto de vida digna. Constata-se, desse modo, a intrínseca relação entre educação, cidadania e dignidade.

O ensino também qualifica o indivíduo, capacitando-o para o exercício de uma profissão, por meio da qual poderá superar as limitações sociais e financeiras vivenciadas por si mesmo ou por sua família e ter acesso à efetiva igualdade de oportunidades.

A educação, além de formar cidadãos conscientes dos seus direitos e responsabilidades cívicas e qualificados profissionalmente, transcende o aspecto pessoal e materializa-se como pressuposto para o desenvolvimento econômico de uma nação, pois a expansão do ensino superior incentiva a ciência, o surgimento de novas tecnologias e a atividade inventiva, contribuindo para a elevação do nível cultural do país.

Portanto, a educação relaciona-se não somente com a noção de cidadania e de capacitação profissional (plano individual), mas também assume o caráter coletivo (supraindividual), materializando-se como pressuposto para o desenvolvimento econômico-social do país.

Desse modo, a educação, afora conscientizar o indivíduo da sua genuína condição de sujeito de direito, acolhido e integrado em uma coletividade, cria as condições necessárias para que desfrute desse reconhecimento em seu grau máximo.

Ao qualificar o indivíduo para o exercício profissional, atribuindo-lhe um ofício, a educação contribui para a plena integração da pessoa em comunidade, fortalecendo os laços de respeito e sociabilidade entre os seus integrantes.

Em outras palavras, a educação cria os requisitos materiais essenciais para que o ser humano possa conduzir a sua vida de forma genuinamente livre, consciente e autodeterminada⁴⁵. Ao fim e ao cabo, a educação orienta-se como autêntica mola propulsora da dignidade, ou seja, quanto maior o grau de ensino propiciado a um povo, mais amplo é o espectro da dignidade que sobre ele se irradia.

Ressalte-se que a noção tradicional de cidadania, como adesão de um indivíduo a uma comunidade política organizada e definida dentre dos contornos do Estado-Nação, como bem

⁴⁵ LIMA, Carolina Alves de Souza. *Cidadania...op.cit.*, p. 147, relacionando a educação e a cidadania afirma que “a educação é a maior ferramenta para o desenvolvimento humano. É a base para o desenvolvimento pessoal e para a construção da cidadania. Um dos papéis centrais da educação é a promoção da cidadania para a formação de cidadãos livres, críticos, que intervenham na vida cívica e assumam responsabilidades sociais.”



destacado por Sobhi Tawill, está se transformando sob a influência dos múltiplos processos associados à globalização⁴⁶. Dentre estes, o referido autor cita a internacionalização do comércio e finanças, maior acesso à informação, conhecimento e valores disseminados em todo o mundo através das novas mídias digitais, aumento da migração e mobilidade através das fronteiras, degradação ambiental associada ao clima global, bem como a consolidação de organismos internacionais de governança global⁴⁷.

A complexidade e interdependência dessas profundas e estruturais mudanças econômicas, tecnológicas, ambientais, sociais e políticas estão contribuindo para a expansão das relações sociais em todo o mundo⁴⁸. Nesse cenário atual do mundo globalizado e conectado, o alcance do conceito de cidadania tem ultrapassado a esfera nacional para alcançar uma dimensão internacional⁴⁹.

Isso porque esse sentimento de pertencimento a uma comunidade política passa a materializar-se não apenas a nível local (de um país), mas em âmbito global e decorre da identificação com valores humanísticos que inspiram alguns princípios como o da igualdade de direitos, respeito pela dignidade humana, justiça social e solidariedade internacional⁵⁰. A ponto, inclusive, de se falar em cidadania global (*global citizenship*), cosmopolita (*cosmopolitan citizenship*) ou *concepções pós-nacionais de cidadania (post-nacional conceptions of citizenship)*⁵¹.

No âmbito internacional, sobre o tema, a UNESCO promoveu o primeiro Fórum sobre Educação para a Cidadania Global (*Education for Global Citizenship*), que ocorreu em Bangkok, na Tailândia, em 2013⁵². Os fundamentos normativos da Educação para a Cidadania Global estão presentes na *Recomendação da UNESCO sobre a Educação para a Compreensão*,

⁴⁶ TAWIL, Sobhi. *Education for 'global citizenship': a framework for discussion*. Paris, UNESCO, 2013. (UNESCO Education Research and Foresight (ERF) Working Papers Series, 7), p.2. Disponível em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000223784>. Acesso em: 20 jan. 2021.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, p. 2.

⁵¹ *Ibid.*, no qual o autor, pesquisador da UNESCO e especialista em Educação, destaca que “*these post-national conceptions of citizenship are partly linked to transnational social and political communities, civil society and activism, and emerging forms of global identification and mobilization*”, ou seja, em tradução livre, “essas concepções pós-nacionais de cidadania estão parcialmente ligadas às comunidades sociais e políticas transnacionais, à sociedade civil e ao ativismo, e às formas emergentes de identificação e mobilização globais”.

⁵² UNESCO. *Educação para a cidadania global: preparando alunos para os desafios do século XXI*. Brasília: UNESCO, 2015. Disponível em http://www.peaunesco-sp.com.br/encontros/nacional_2016/4%20Educao%20para%20Cidadania%20Global/3_Arquivo.pdf. Acesso em 20 jan. 2021.



*Cooperação e Paz Internacionais e a Educação Relativa aos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 1974*⁵³, notadamente os aspectos éticos e cívicos do processo de aprendizagem.

A *Educação para a Cidadania Global* (ECG) ressalta a função essencial da educação para a cidadania inclusiva em um mundo integrado e interdependente pela globalização e, nesse contexto, preocupa-se para que o aprendizado, as habilidades e os valores sejam transmitidos para a formação de cidadãos que possam contribuir para o desenvolvimento da sociedade tanto a nível local quanto global⁵⁴. Está, portanto, diretamente relacionada com a função de socialização cívica, social e política da educação a fim de preparar crianças e jovens para lidar com os desafios do mundo contemporâneo interconectado e interdependente⁵⁵.

Contudo, não é qualquer tipo de ensino que promove a plena liberdade do indivíduo e permite a sua irrestrita participação política na sociedade tanto a nível local quanto global. Isso porque, se de um lado a educação liberta e emancipa⁵⁶, por outro, pode alienar, como, por exemplo, o conhecimento transmitido pelos Estados totalitários, tal qual o nazismo, pautado na superioridade da raça ariana e na anulação da identidade individual em prol do interesse coletivo que, no entanto, se confunde com os ideais tirânicos do líder (*Führer*). Esse modelo institucionalizado de ensino é essencialmente racista, intolerante, manipulador e doutrinador, a ponto de incluir na grade curricular da educação básica disciplinas como *Estado e Raça* e *Eugenia*⁵⁷.

Constata-se, então, que a pauta axiológica a ser disseminada pelas instituições de ensino, em especial as de natureza pública, está intrinsecamente relacionada com a estrutura política-normativa adotada pelo Estado.

Em outras palavras, as finalidades institucionais da educação estão diretamente conectadas com o regime político implementado pelo Estado: regimes autoritários capturam as

⁵³ Disponível em <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/recomunesco-educacao.pdf>. Acesso em 15 jan. 2021.

⁵⁴ TAWIL, Sobhi. *Education for 'global citizenship'...* op.cit., pp. 4-5.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 5.

⁵⁶ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido...* op.cit., p. 89; PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos...* op.cit, p. 198, afirma que a ausência de acesso à educação condena a pessoa à subalternidade. NETO, Luísa in *Educação para a Democracia, Interações*, n.36, pp.01-02, 2015, p. 02, sustenta que o programa de educação formativa é “emancipatória, axiológica e socializante”.

⁵⁷ Vide ZIEMER, Gregor. *Educando para a Morte...* op.cit., p. 205; HANNOUN, Hubert. *O nazismo: Educação? Domesticação...* op.cit., p. 128; BARTOLETTI, Susan Campbell. *A juventude hitlerista...* op.cit., p. 42; MICHAUD, Eric. *Soldados de uma ideia...* op.cit., p. 294; FAVORITO, Jhenifer da Silva Lemos; QUINAN, Juliana Maria Corallo. *Educação e nazismo...* op.cit., pp. 22-24; LIMA, Carolina Alves de Souza. *Cidadania...* op.cit., p. 147.



instituições de ensino para disseminar a sua ideologia, pautada na obediência irrestrita ao líder e na intolerância dos dissidentes, diversamente, os regimes democráticos edificam seu sistema de ensino com base nos valores da igualdade, dignidade e solidariedade, acolhendo os desiguais e implementando uma educação plural.

Essa relação entre política e educação não é novidade, a ponto de, como bem leciona Eduardo Bittar, Platão já destacar que a missão da política reside na educação, entretanto, o bem-estar da cidade, e, por consequência, do indivíduo, é determinado pelas condições com as quais se estruturam as políticas do Estado⁵⁸. Nessa ótica, ainda conforme o referido filósofo grego, um Estado em que predomina a violência não possui o fio condutor das leis bem estruturado, diversamente, um Estado em que prevalece a ordem e o diálogo está sendo conduzido pelo *fio de ouro* das leis, isto é, o da racionalidade⁵⁹.

Nessa ótica, é fundamental entender a democracia, notadamente a constitucional, enquanto regime político-normativo, a fim de compreender o seu conceito e alcance dos seus preceitos, para que se possa definir e compreender os valores que norteiam o sistema de ensino. Por conta disso, o estudo dos fundamentos da educação não pode ser dissociado da análise do regime político na qual está inserida, razão pela qual tratar-se-á sobre a democracia constitucional no tópico seguinte.

2. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: Conceito, Dimensões Procedimental e Substancial e a Defesa e Promoção dos Direitos Fundamentais

O exercício das funções do poder constituído e sua relevância na estrutura estatal sofreram mutações ao longo da história da criação dos estados modernos, fruto de um movimento contínuo – e não necessariamente progressista – de intensas transformações sociais e políticas.

A Revolução Francesa de 1789, pautada nos ideais do Estado Liberal, marcou a transição do poder do absolutismo monárquico para as mãos do Parlamento (legislativo), composto pela burguesia em ascensão. No Estado Social, impulsionado pelos movimentos dos trabalhadores⁶⁰ e a Revolução Industrial, houve a transferência da concentração do poder para a esfera dos governantes (executivo).

⁵⁸ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do Estado...op.cit.*, p. 90.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Tais como o ludismo – movimento dos trabalhadores ingleses do ramo da fiação e tecelagem do início do século XIX que protestavam através de ataques e destruição às máquinas – e o cartismo – movimento dos proletariados



O liberalismo econômico aliado à postura do Estado mínimo – permitindo que a “*mão invisível do mercado*”⁶¹ atuasse em diversos setores da economia à margem de regulamentação estatal – além de agravar as desigualdades sociais culminou com a quebra da bolsa de valores de 1929, originando o período da Grande Depressão⁶². O Estado Liberal, portanto, teve profundas falhas de performance tanto na economia quanto na promoção da justiça social, gerando a revolta dos trabalhadores em busca de melhores condições de vida.

Impulsionada pela intensa exploração provocada pela Revolução Industrial, a retórica do Estado Social assenta-se na ampliação dos direitos sociais e na concretização da incompleta e ainda deficitária justiça social. Todavia, a concentração do poder no executivo originou regimes populistas e totalitários, que, por meio de ditaduras, sacrificaram as liberdades individuais e intensificaram a opressão.

Resgatando os anseios populares e o respeito à dignidade da pessoa humana, edifica-se o Estado Democrático. Consta-se, porém, que tanto em democracias maduras, como nos Estados Unidos, quanto naquelas que ainda são jovens, como no Brasil, brotam governos com tendência antidemocrática, em contramão dos valores e dos fins estatais no qual estão inseridos e por meio do qual foram legitimamente eleitos.

A história, portanto, atesta que desde a formação do Estado Moderno até a atual concepção de Estado de Direito Democrático, a dinâmica da relação entre o poder estatal e o que ele próprio representa sofreu variações vertiginosas e pendulares, ora prevalecendo o caminho democrático, ora realçando traços autoritários. E, mesmo após séculos de oscilação, ainda não existe um consenso sobre o que seria um modelo de Estado ideal, sendo a democracia aquela que converge a maior aceitação.

A despeito das críticas que facilmente podem ser traçadas ao regime democrático, bem sintetizadas pelo filósofo italiano Luciano Canfora⁶³, fato é que ainda espelha os ideais de justiça e a forma com que o poder deve ser exercido segundo as aspirações populares.

da Inglaterra entre as décadas de 30 e 40 do século XIX em busca de inclusão política da classe operária, pautada em uma série de reivindicações eleitorais, dentre os quais o de igualdade de tratamento, sufrágio universal masculino e participação operária no Parlamento, previstas em um documento intitulado *Carta do Povo*.

⁶¹ Expressão de SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Vol.1. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1981, p. 284. Sobre o tema, vide NUNES, Antônio José Avelãs. A filosofia social de Adam Smith *in Prim@facie: Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas*, v. 4, n. 6, pp. 5-41, 2005, pp. 32-33.

⁶² Período de forte recessão econômica que perdurou de 1929 até o início da Segunda Guerra Mundial, marcado por altas taxas de desemprego, diminuição da produção industrial e queda do produto interno bruto em diversos países do mundo.

⁶³ Vide CANFORA, Luciano. *Crítica da retórica democrática*. Trad. Valéria Silva. São Paulo: Estação Liberdade, 2007, pp. 31-40, apontando, por exemplo, as seguintes: a) transformação do voto em mercadoria política; b) alto



Essa asserção leva à óbvia implicação de que para se delimitar o espaço de atuação de cada uma das funções do poder constituído, por meio do qual se definirão os valores que permeiam o sistema de ensino e se concretizará as prestações relacionadas ao desenvolvimento da educação, faz-se necessário perquirir a própria constituição da democracia, bem como analisar a conjuntura que levou a sua formação e na qual atualmente ela se insere.

É imprescindível a análise do regime político adotado pelo Estado, pois, como destacado no tópico anterior, terá reflexos determinantes no tipo de ensino que será prestado aos cidadãos. Ademais, como também já ressaltado, não é qualquer sistema educacional que promove a plena liberdade do indivíduo e permite a sua irrestrita participação política na sociedade tanto a nível local quanto global.

Portanto, ao se buscar analisar o sistema de ensino à luz dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, cabe-nos, antes de tudo, para a compreensão dos seus fundamentos, a delimitação do que vem a ser esse modelo de democracia.

Democracia, simboliza, em linhas gerais, o regime de governo no qual o exercício do poder deriva do povo que, com autonomia, escolhe os governantes e, por conseguinte, submete-se às decisões aceitas pelos próprios governados⁶⁴. Nessa concepção, a fonte de legitimação democrática dos poderes públicos reside na liberdade de *governar-se por si mesmo*, no sentido de que a regulamentação da própria conduta não depende de outros, mas de cada um⁶⁵.

Abraham Lincoln, no famoso discurso no cemitério de Gettysburg, definiu-a como o *governo do povo, pelo povo e para o povo*⁶⁶. A democracia funda-se, portanto, na ideia de autogoverno, autodeterminação e soberania popular.

dispêndio de valores para a admissão ao Parlamento; c) crise da soberania popular, posto que a autoridade decisória é atribuída aos experts monetários, como o Banco Mundial e o FMI, que não possuem qualquer legitimação eleitoral; d) o consenso é fruto da manipulação da opinião pública por uma elite oligárquica mercantil e manufatureira.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías. In: FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan; ATIENZA, Manuel (org.). *La teoría del Derecho en el paradigma constitucional*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp. 71-116, 2008, p. 76. Vide também, em Portugal, MIRANDA, Jorge. Constituição e Democracia. In: MIRANDA, Jorge; MENEZES, Fernando Antônio Dias; SILVEIRA, João José Custódio da. *Jurisdição Constitucional*. Coimbra: Almedida, pp. 9-39, p. 17. No Brasil, FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 72.

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional...op.cit.*, p. 73.

⁶⁶ O discurso de Gettysburg, realizado pelo então presidente dos Estados Unidos Abraham Lincoln, foi proferido em 19 de novembro de 1863 no cemitério nacional de Gettysburg, quatro meses após a vitória na batalha de Gettysburg, considerada decisiva para o resultado da Guerra de Sucessão.



Sua noção remonta à antiguidade, que, no entanto, por ponto de partida, consideravam o fato de que governo e regime eram sinônimos⁶⁷ e o exercício do poder era feito diretamente pelos cidadãos, razão pela qual se qualificava como *democracia direta*, por meio da qual as pessoas se reuniam em assembleia para, pessoal e individualmente, escolher os destinos da *pólis*⁶⁸.

Entretanto, como adverte Manuel Gonçalves Ferreira Filho, a qualidade de cidadão ateniense era obtida de forma hereditária e direcionada apenas aos homens, de modo que estrangeiros, mulheres e escravos eram alijados da participação popular, tanto que em “*Atenas, que tinha cerca de 200.000 habitantes, não contava com mais do que 10.000 ou 20.000 cidadãos*”⁶⁹.

A democracia direta antiga, como ressalta Eduardo Bittar, não estava isenta de críticas, a ponto de Platão não a considerar a forma de governo ideal para modificar o *status quo* da política, posto que poderia gerar a entrega da coisa pública nas mãos de cidadãos despreparados para o exercício de suas funções, imperando a demagogia e a supremacia da retórica vazia⁷⁰.

Nessa toada, com base nos ensinamentos de Platão e Aristóteles, estabelece-se uma classificação sêxtupla das formas de governo, divididas em duas partes tripartites, tendo como parâmetros o critério quantitativo referente ao número de pessoas a quem se atribui o poder e o fato de serem *retas* (voltadas ao bem comum) ou *corruptas e desviadas* (direcionadas ao benefício de poucos ou de um só)⁷¹.

Separa-se, desse modo, as formas *legítimas (ou retas)* – monarquia (governo de um só em proveito de todos), aristocracia (governo de uma minoria, os melhores ou os mais capazes, em proveito geral) e república (governo da maioria em proveito de todos) – daquelas *ilegítimas (corruptas ou desviadas)* – tirania (governo de um só, mas em benefício de uma minoria ou do próprio tirano, isto é, a forma corrupta da monarquia), oligarquia (governo da minoria dos mais ricos em benefício próprio, ou seja, a forma corrupta da aristocracia) e demagogia (ou

⁶⁷ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do Estado...op.cit.*, p. 122. Atualmente, essas terminologias estão delimitadas, assim conceituadas por FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso...op.cit.*, p. 69, forma de governo é a “*definição abstrata de um modo de atribuição do poder*”, sistema de governo é “*a decorrência de cada uma dessas formas, traduzida em normas que a institucionalizam*” e regime de governo é “*o modo efetivo por que se exerce o poder num certo Estado, em determinado momento histórico*”.

⁶⁸ Pólis, em linhas gerais, representa a cidade-estado e, na Grécia Antiga era constituído por um aglomerado urbano, que abrangia a vida pública de determinado território e encontrava-se, em regra, protegida por uma fortaleza, envolvendo, assim, a noção de integração sob uma base territorial.

⁶⁹ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso...op.cit.*, p. 71.

⁷⁰ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do Estado...op.cit.*, pp. 92-94, ressaltando que na ótica de Platão o “*Estado Ideal, deverá ser aquela em que haja a mistura da monarquia (verdadeiro político, verdadeiro líder) com a democracia (representação, participação, direito de voto e legalidade)*”.

⁷¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do Estado...op.cit.*, pp. 122-124.



democracia, a depender da tradução, o governo da maioria explorada pelos demagogos em vista do interesse de alguns em prejuízo da maioria, isto é, a forma corrupta da república)⁷².

Platão sustenta, entretanto, que nenhuma dessas seis formas conduz à formação do Estado ideal, que, em sua concepção, deveria ser uma sétima, aquela que mistura a monarquia (verdadeiro líder e político) com a democracia (representação, participação, direito de voto e legalidade)⁷³.

Essa visão clássica da democracia, pautada no exercício direto do poder pelo povo, foi substituída pela noção contemporânea (também chamada de moderna⁷⁴), fundada na representatividade, por meio do qual o governo é exercido indiretamente pelo povo, através de representantes eleitos, passando a ser uma *democracia indireta ou representativa*⁷⁵.

Essa noção de representatividade popular tem suas raízes no surgimento do Estado Liberal, fruto dos ideais iluministas da Revolução Francesa de 1789 e da Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776, em prol da liberdade e da igualdade⁷⁶. Entretanto, como adverte Manuel Gonçalves Ferreira Filho, os idealizadores do constitucionalismo liberal, neste momento histórico, estavam mais preocupados em conter os abusos do poder político dos monarcas do que, propriamente, em conceder o poder ao povo⁷⁷.

Isso porque, tendo em vista que, à época, somente se tinha noção da democracia direta grega, temia-se que as lições de Platão – de que a democracia, por permitir entregar o poder nas mãos de pessoas despreparadas, poderia conduzir a um governo sem regras – se repetissem⁷⁸.

Institui-se, portanto, com base nos fundamentos teóricos de Montesquieu, delineados em sua obra *O espírito das leis*, não apenas a separação entre as funções do poder estatal, mas também a noção de que a escolha dos governantes deveria ocorrer por meio de *eleição*, procedimento considerado diverso do método democrático consagrado em Atenas, que era o *sorteio*, o qual, embora colocasse todos os cidadãos em igualdade, desconsiderava as suas habilidades⁷⁹.

⁷² FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso...op.cit.*, pp. 69-70, bem como BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do Estado...op.cit.*, pp. 122-124.

⁷³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do Estado...op.cit.*, pp. 93-94.

⁷⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 144, destaca que “a ideia moderna de um Estado Democrático tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores”.

⁷⁵ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do Estado...op.cit.*, pp. 70-72.

⁷⁶ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso...op.cit.*, pp. 74-75.

⁷⁷ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso...op.cit.*, p. 77.

⁷⁸ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso...op.cit.*, p. 77.

⁷⁹ *Ibid.*



Desse modo, conclui Manuel Gonçalves Ferreira Filho que o modelo representativo desenhado por Montesquieu resultou em “*um governo dos mais capazes escolhidos pelo povo. Um governo `aristocrático` fundado numa escolha democrática*”⁸⁰. Em outras palavras, essa “*concepção aplicada à governança importava em estabelecer um governo `aristocrático` (no sentido grego de aristocracia, ou seja, governo dos mais capazes), mas com participação popular*”⁸¹.

Constata-se, assim, que os primórdios do constitucionalismo, em sua clássica visão liberal, embora não tenha sido a sua preocupação precípua e iminente, acabou por firmar as bases da democracia moderna, pautada na representatividade do poder, que, contudo, assim como o constitucionalismo, sofreu evoluções ao longo do tempo⁸².

Na arena política, o conceito de democracia evoluiu para representar não somente a existência e alternância de poder nas instituições por meio do sufrágio universal e a delegação de representatividade eleitoral, mas, em especial, conforme ressalta Eduardo Bittar, na possibilidade de mobilização social e de influência dos cidadãos na conformação da lógica do *convívio deliberativo*⁸³.

Sob essa ótica, para além do revezamento entre grupos políticos, legendas ou partidos, o regime democrático pressupõe, em sua essência, a abertura do debate público e seu amplo exercício pelos meios e canais existentes, evoluindo o conceito liberal de democracia representativa para a *democracia deliberativa*, entendida como “*forma política que permite a produção legítima de leis derivar da deliberação pública de cidadãos*”⁸⁴.

Essa renovação da teoria democrática também é verificada na doutrina de Boaventura de Souza Santos, ao sustentar que a formulação de critérios de participação política não está apenas confinada ao ato de votar, implicando, principalmente, em uma articulação entre democracia representativa e democracia participativa⁸⁵.

⁸⁰ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso...op.cit.*, p. 77.

⁸¹ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso...op.cit.*, p. 77.

⁸² A respeito das etapas históricas e evoluções do constitucionalismo, vide DALLARI, Dalmo de Abreu *in A Constituição...op.cit.*, pp. 45-148.

⁸³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do Estado...op.cit.*, p. 65.

⁸⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Teoria do Estado...op.cit.*, pp. 61-67.

⁸⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na Pós-Modernidade*. 9.ed. Revista e Aumentada. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 268-275, no entanto, para que tal articulação seja possível, adverte o jurista português sobre a necessidade de que o campo político seja radicalmente redefinido e ampliado, a fim de alcançar todos os espaços políticos estruturais no qual as relações de poder estabelecidas sejam transformadas em *autoridades partilhadas*. Sustenta o referido doutrinador português que são quatro os espaços políticos estruturais: o espaço da cidadania, ou seja, o espaço político segundo a teoria liberal; o espaço doméstico; o espaço da produção e o espaço mundial. Defende que cada um deles é um espaço político específico a suscitar uma luta democrática adequada a transformar as relações de poder próprias desse espaço nas relações de autoridade partilhada.



Há, portanto, como bem destaca Luigi Ferrajoli, *um nexo estrutural*⁸⁶ entre democracia e constitucionalismo, pois, ao estabelecer as regras do jogo na constituição, reconhecendo a sua rigidez, hierarquia axiológica e a fiscalização do controle de constitucionalidade das leis por um órgão independente e imparcial, criou as condições político-normativas necessárias para o desenvolvimento do regime democrático, ainda que, inicialmente, apenas no âmbito formal.

Portanto, o constitucionalismo agrega na ordem política-normativa um mecanismo legal de proteção das liberdades individuais contra as arbitrariedades dos poderes constituídos, o que permite o desenvolvimento da democracia e a proteção dos direitos fundamentais. O constitucionalismo, como modelo de regras constitucionais direcionados à limitação do poder governamental, é assim caracterizado por Alexander Stanley Smith:

A ideia de constitucionalismo envolve a proposição de que o exercício do poder governamental deve ser limitado por regras, regras estabelecendo o procedimento de acordo com o qual os atos do legislativo e do executivo serão executados e delimitando seus conteúdos permitidos. O constitucionalismo se torna uma realidade viva uma vez que essas regras limitam a discricionariedade e são de fato observadas pelo exercício do poder político, já que estabelecem as zonas proibidas que a autoridade não pode entrar sem permissão criando significativo espaço para o exercício da liberdade individual⁸⁷.

Nessa toada, Jorge Pereira destaca que a razão de ser de uma constituição “*está na limitação do poder, prevenindo as formas mais graves ou mais comuns do seu abuso*”⁸⁸, ressaltando o constitucionalista português que desde os primórdios do Estado de Direito esse objetivo tem sido buscado em três vias paralelas: garantia dos direitos fundamentais, imposição da separação dos poderes e democraticidade dos sistemas de governo⁸⁹.

Essa constatação é também observada por Norberto Bobbio, para quem o Estado de Direito, ainda que tomado na acepção liberal, significa não só subordinação formal dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, mas também no reconhecimento material da existência de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente na acepção de princípios invioláveis⁹⁰.

⁸⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional...op.cit.*, p. 78; FERRAJOLI, Luigi. Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional. *Isonomia*, n.16, abril 2002, pp. 12-13.

⁸⁷ SMITH, Stanley Alexander. *The New Commonwealth and its Constitutions*, London: Stevens, 1964, p. 106.

⁸⁸ SILVA, Jorge Pereira da. Justiça Intergeracional: Entre a Política e o Direito Constitucional. *Justiça Entre Gerações: Perspectivas interdisciplinares*. SILVA, Jorge Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida (orgs). Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 95.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 19.



Forma-se, desse modo, ainda na lição do mencionado jurista italiano, uma relação de *interdependência em dois modos*, tanto na direção *do liberalismo à democracia* – pois são necessárias certas liberdades para o correto exercício do regime democrático – quanto no sentido oposto *da democracia ao liberalismo* – porquanto a democracia é imprescindível para a existência e a persistência das liberdades fundamentais⁹¹.

O referido autor alerta: “*em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir as liberdades fundamentais*”⁹².

O aspecto formal da democracia, resultado do constitucionalismo liberal, reveste-se, na lição de Luigi Ferrajoli, em normas de reconhecimento e de competência delimitadas na constituição que definem os meios de tomada das decisões estatais, isto é, *quem* (o povo ou seus representantes) e *como* (a regra da maioria) se decide⁹³.

Assenta-se, no âmbito político, no princípio da representatividade das funções do governo, no sufrágio universal, na soberania popular, na separação dos poderes e na proteção dos direitos de liberdade. Por sua vez, na seara civil, materializa-se no princípio da autodeterminação do indivíduo, que tem a sua afirmação no exercício da autonomia⁹⁴.

No entanto, essa concepção procedimental, embora reconhecida por Luigi Ferrajoli como absolutamente necessária e condição *sine qua non*, sem a qual não se poderia falar em democracia, é, em sua doutrina, insuficiente para qualificar como democrático um sistema político⁹⁵. Isso porque é possível que com métodos democráticos se eliminem, por maioria, os

⁹¹ BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia...op.cit.*, p. 20.

⁹² *Ibid.*

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional...op.cit.*, p. 78; FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional...op.cit.*, p. 13; FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris ...op.cit.*, pp.17-23; FERRAJOLI, Luigi. *La Democrazia attraverso i diritti*. Roma-Bari: Laterza, 2013, pp. 40-50. COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional...op.cit.*, pp. 50-56.

⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional...op.cit.*, p. 72; COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional...op.cit.* pp. 47-56.

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional...op.cit.*, pp. 74-80, aponta quatro razões para considerar insuficiente a visão da democracia pelo aspecto meramente procedimental: 1) falta de escopo empírico e, portanto, de capacidade explicativa, de uma definição de democracia limitada às suas conotações formais, ou seja, às condições em que as decisões políticas expressam, direta ou indiretamente, a vontade popular; 2) falta de consistência teórica de um conceito de democracia apenas formal que finge ser coerente consigo mesmo; 3) nexos indissolúveis, que concepções puramente formais de democracia ignoram, entre a soberania popular, a democracia política e todos os direitos fundamentais, que considera ser "substanciais" e que operam como limites ou ligações à vontade absoluta da maioria; 4) está ligada a uma aporia filosófica-política, pois baseia-se na ideia exageradamente ideológica, populista e, em última instância, fascista, de que o povo é um “corpo político”, dotado de vontade homogênea e que os princípios de representação e maioria, em vez de meras convenções capazes de determinar os assuntos mais representativos, seriam, na verdade, as formas através das quais a vontade geral e unitária das pessoas como sujeito unitário e orgânico é expressa, o que acaba ocultando a pluralidade de interesses e opiniões e o conflito de classes que existe no chamado "povo".



próprios procedimentos democráticos, tal qual ocorreu nas experiências totalitárias do fascismo e do nazismo, ou seja, que conquistaram o poder por formas politicamente democráticas e, depois, destruído a democracia⁹⁶.

Em outras palavras, como alerta Daniel Lee, é possível que um povo soberano escolha um ditador como chefe de governo⁹⁷, concluindo que “*apesar da soberania ter origem no povo e persistir, formalmente, como um direito, o exercício da soberania popular pode ser intermediado e concretizado por meios institucionais potencialmente não-democráticos*”⁹⁸.

Desse modo, por poder suprimir o próprio governo da maioria, legitimando representantes autoritários, a dimensão formal da democracia é, na acepção substancialista, considerada insuficiente para uma legítima deliberação coletiva pautada em uma sociedade igualitária. Isso porque, como destaca Ferrajoli, não estabelece qualquer limite ao conteúdo que uma lei possa veicular, desde que os procedimentos formais e apropriados de produção da norma tenham sido atendidos⁹⁹.

A noção de democracia constitucional, nessa ótica, agrega à noção formal ou procedimental uma outra dimensão, intitulada material ou substancial. Além de se estabelecer procedimentos formais sobre *quem* e *como* as decisões podem ser tomadas, com respeito à igualdade de direitos políticos, à representatividade das instituições parlamentares e o governo da maioria, o regime democrático disciplina também normas substanciais sobre o *que não pode ser decidido* e o *que não pode deixar de ser decidido*, identificando-se, respectivamente, com os direitos de liberdade que não podem ser violados e os direitos sociais que devem ser satisfeitos¹⁰⁰.

Portanto, a esfera *do que não pode ser nem deixar de ser decidido*, por se referir ao conteúdo da decisão, integra a noção substancial de democracia e demarca um terreno blindado frente a certas intervenções invasivas, mas também refletem um âmbito de deveres positivos, que pode ser aplicado em face de abusos realizados pelos poderes públicos ou particulares¹⁰¹. Corresponde, na precisa observação de Perfecto Andrés Ibáñez, não somente a uma categoria

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional...op.cit.*, pp. 75-77.

⁹⁷ LEE, Daniel. *Popular Sovereignty in Early Modern Constitutional Thought*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 318.

⁹⁸ LEE, Daniel. *Popular Sovereignty...op.cit.*, p. 21.

⁹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional...op.cit.*, p. 75.

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional...op.cit.*, pp. 08-13; FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional...op.cit.*, p. 74.

¹⁰¹ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Valores de La Democracia Constitucional, DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 2008, p. 209.



teórico-política, mas a uma característica estrutural, de caráter normativo, própria das democracias constitucionais¹⁰².

Logo, a dimensão material ou substancial da democracia vincula o procedimento democrático – governo do povo, orientado pela universalidade do sufrágio e pela separação das funções do poder estatal – a um *fim*, qual seja, o estabelecimento da igualdade material e o respeito aos direitos fundamentais, que engloba tanto os direitos individuais (liberdades clássicas) quanto os sociais¹⁰³.

Democracia, no conceito de Ferrajoli, significa, portanto, o aparato de normas que validam o exercício do poder legitimado pela soberania popular, razão pela qual, nessa acepção, a democracia constitucional representa uma teoria jurídica¹⁰⁴.

Nessa toada, a dimensão material da democracia introduz na estrutura do princípio da legalidade, no Estado constitucional de Direito, uma racionalidade substancial que foi adicionada à racionalidade formal do positivismo jurídico¹⁰⁵. Ferrajoli explica que essa revisão da concepção puramente procedimental da democracia é necessária, pois o paradigma constitucional do Estado democrático de Direito dissocia a *vigência*¹⁰⁶, relativa à *forma* de elaboração da norma, da sua *validade*¹⁰⁷, referente à sua *substância* (conteúdo)¹⁰⁸.

Considera que a dimensão apenas formal da democracia, caracterizada por normas correspondentes à forma da tomada das decisões, relacionadas com a vigência, corresponde ao que chama de Estado de Direito *em sentido lato ou fraco*, diversamente, a dimensão material, que

¹⁰² IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Valores de La Democracia Constitucional...op.cit.*, p. 209.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris e Teoria del diritto e dela democrazia. 2. Teoria dela democrazia*. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 14. Na doutrina brasileira, incorporando as teorias de Ferrajoli, vide COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional...op.cit.*, p. 51.

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional...op.cit.*, p. 13.

¹⁰⁶ Entende-se, por vigência ou validade formal, com base no conceito de Miguel Reale in *Lições Preliminares do Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 108, a “*executoriedade compulsória de uma regra de direito, por haver preenchido os requisitos essenciais à sua feitura ou elaboração*”, o que demanda o atendimento de três requisitos relacionados ao âmbito formal ou procedimental: 1) competência subjetiva do órgão para a elaboração da norma; 2) competência objetiva do órgão, quanto à matéria, para a publicação da norma; 3) observância do procedimento de criação da norma (o que chama de legitimidade do procedimento). Nesse sentido, vide também NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.94 e NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, pp. 102-103.

¹⁰⁷ O conceito de validade, nessa acepção, utilizando-se da doutrina de Miguel Reale in *Lições Preliminares...op.cit.*, p. 115, está relacionada com o “*fundamento de ordem axiológica*”, isto é, com o “*valor ou fim objetivado pela regra do direito*”. Nesse sentido, conforme destacado por NADER, Paulo. *Filosofia do Direito...op.cit.*, p. 105, “*a teoria axiológica condiciona a validade da norma à preservação dos valores jurídicos*”.

¹⁰⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional...op.cit.*, p. 13.



correspondente à existência de normas que tratam da substância do conteúdo das decisões, qualifica o que atribui ser o Estado de Direito *em sentido stricto ou forte*¹⁰⁹.

O constitucionalismo, na doutrina de Ferrajoli, enquanto modelo de direito, pode ser configurado como um complemento do positivismo jurídico, na medida em que incorpora ao ordenamento não somente normas relacionadas à forma de produção das leis (*existência*), mas também critérios substanciais de reconhecimento da sua *validade*, que dependem da *coerência lógica* dos seus *significados e conteúdos*¹¹⁰.

Por conseguinte, o Estado Constitucional de Direito configura-se por ser o instrumento constituído por esse conjunto de regras formais e materiais, por meio dos quais todos os poderes, inclusive a vontade da maioria, encontram-se sujeitos à lei, estabelecendo não somente *quem e como se decide*, mas, sobretudo, *impondo limites e vínculos aos conteúdos da decisão (o que se pode ou não decidir) a fim de salvaguardar os direitos de todos os indivíduos*¹¹¹.

A função das constituições, nessa concepção, é a de limitar e vincular a maioria à garantia do direito de todos, reconhecendo a natureza do pacto fundamental dirigido a garantir a paz e a sadia convivência dos extremos¹¹². Respeita-se, desse modo, os direitos das minorias e implementa-se a pluralidade em uma sociedade cada vez mais multicultural e complexa.

Nesse sentido, Gerardo Durango Alvarez sintetiza que uma das principais teses de Ferrajoli é que os direitos fundamentais desempenham uma função de *limites* a todos os poderes públicos, inclusive à vontade da maioria, de modo que o direito seja entendido não somente como normas coercitivas, mas também levar em consideração a coesão social para que o direito não seja compreendido apenas como a *lei do mais forte*, mas, sim, como *produto do consenso-dissenso da deliberação pública*¹¹³.

Disso resulta que na democracia constitucional há *pluralidade das fontes de legitimação do poder*, ou seja, a vontade da maioria apta a escolher a representação política e definir *quem e como* as decisões serão tomadas, ou seja, a *forma* de existência das leis (dimensão formal),

¹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional...op.cit.*, p. 13.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 07-08, destacando, visando rebater as críticas apontadas a sua teoria de enfraquecimento do positivismo, de que esse sentido que atribui ao constitucionalismo não resulta em debilitação do positivismo jurídico ou sua determinação jusnaturalista, mas sim o seu reforço, ou seja, representa o positivismo em sua forma mais extensa a acabada.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 14.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ ALVAREZ, Gerardo A. Durango. Aproximaciones conceptuales a la democracia constitucional y a los derechos fundamentales em la Teoria de L. Ferrajoli, *Opinión Jurídica*, vol. 6, n. 12, 2007, pp. 189-204, p. 192.



não a habilita, necessariamente, para aferir a validade do seu *conteúdo* (dimensão material), a cargo da jurisdição do Tribunal Constitucional por meio do controle de constitucionalidade¹¹⁴.

Logo, na dimensão substancial, o Estado democrático de direito forte impõe que o consenso, manifestado na vontade, circunstancial e momentânea, da maioria esteja condicionado ao respeito dos direitos de todos¹¹⁵ e não somente de alguns. Desse modo, a fim de conferir igual respeito e consideração a todos, as decisões da jurisdição constitucional, quando à validade e coerência das normas, podem ser, em determinadas situações, contramajoritárias¹¹⁶.

Portanto, a dimensão material da democracia constitucional visa, nas palavras de Ferrajoli, impor *limites e vínculos à onipotência da maioria*¹¹⁷, evitando, assim, que se transforme em autêntica tirania. Desse modo, a soberania popular, conexas ao princípio da maioria, é a fonte de legitimação de *quem e como* se tomam as decisões em uma democracia (aspecto formal), ou seja, da definição dos sujeitos facultados a decidir e da forma de elaboração da norma, não sendo, necessariamente, fonte de legitimação da validade dos vínculos substanciais, ou seja, dos conteúdos dessas decisões (dimensão material).

¹¹⁴ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Valores de La Democracia Constitucional...op.cit.*, p. 210. Nesse sentido, são os ordenamentos de diversos países, como o artigo 93.º, 2.º, da Lei Fundamental da Alemanha de 1949 que, ao tratar sobre o Tribunal Constitucional Federal, atribui-lhe, dentre outras, a competência de decidir no caso de divergências ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com a Lei Fundamental alemã ou da compatibilidade da legislação estadual com outras leis federais, quando o solicitarem o Governo Federal, o governo de um Estado ou um quarto dos membros do Parlamento Federal (*Bundestag*). O artigo 134.º da Constituição da República Italiana de 1947 atribui ao Tribunal Constitucional a competência de julgar as controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos, tendo força de lei, do Estado e das Regiões, bem como sobre os conflitos de atribuição entre os poderes do Estado e sobre aqueles entre o Estado e as Regiões e entre as Regiões. O artigo 221.º da Constituição Portuguesa de 1976 dispõe que compete ao Tribunal Constitucional especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional e, nos termos do artigo 223.º, apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos atos normativos. O artigo 161.º da Constituição Espanhola de 1978 estabelece que o Tribunal Constitucional tem jurisdição em todo o território espanhol e é competente para conhecer do recurso de inconstitucionalidade contra leis e disposições normativas com força de lei, do recurso de amparo por violação dos direitos e liberdades referidos no artigo 53.º, 2.º, da mencionada Constituição, bem como dos conflitos de competência entre o Estado e as Comunidades Autónomas ou destas entre si. O artigo 256.º da Constituição do Uruguai de 1967 estabelece que as leis podem ser declaradas inconstitucionais por razão de forma ou conteúdo, estabelecendo o artigo 257.º da aludida Constituição que compete à Suprema Corte de Justiça o conhecimento e a resolução originária e exclusiva sobre tal matéria. O artigo 102.º, I, da Constituição Brasileira de 1988 estabelece que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

¹¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional...op.cit.*, p. 15.

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 26; FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional...op.cit.*, pp. 77-79; IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *Valores de La Democracia Constitucional, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 2008, p. 210.

¹¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional...op.cit.*, p. 19; FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional...op.cit.*, p. 75.



Nessa toada, para que um sistema político seja democrático é necessário que, constitucionalmente, se retire da maioria o poder de suprimir ou limitar a possibilidade de que as minorias se convertam, em seu tempo, em maioria¹¹⁸.

Isso implica na própria redefinição do conceito de soberania popular, que, consoante Ferrajoli, possui dois significados: o primeiro, na acepção literal e relacionado à concepção de Rousseau, no sentido de *legitimação negativa*, isto é, a proibição de que a soberania popular seja alienada e usurpada pelo governante¹¹⁹. Em outras palavras, a soberania popular equivale a uma *garantia negativa*, pois, por pertencer a todo o povo, não pertence a nenhuma pessoa individualmente considerada ou a determinado grupo, ou seja, nenhum monarca, parlamento, presidente eleito ou assembleia representativa podem dela apropriar-se¹²⁰.

Na segunda acepção, associada ao paradigma da democracia constitucional, notadamente em sua dimensão substancial, a soberania popular refere-se ao seu *nexo com os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos*, tanto os políticos, quanto os de liberdade e os sociais¹²¹. Nesse sentido, a soberania popular nada mais é do que “*a soma de poderes e contrapoderes de todos – os direitos políticos, civis, sociais e de liberdade – que a Constituição estipula como direitos fundamentais*”¹²².

Em outras palavras, a fórmula da soberania popular significa o reconhecimento de que todos os direitos fundamentais – e não apenas os de índole política direcionados à escolha dos representantes – reconduzem-se ao povo, entendido, agora, não apenas como uma maioria quantitativa, mas, sim, como o conjunto dos cidadãos individualmente considerados, ou seja, a todas e a cada uma das pessoas que o compõe. Portanto, nessa acepção, referem-se ao povo em um sentido mais concreto, ultrapassando a noção de representação política para retratar a vontade de todos e de cada um dos seus membros de carne e osso¹²³.

Por conseguinte, os direitos de liberdade e os sociais – e não apenas os políticos – são, para cada pessoa, *fragmentos da soberania* de todo o povo, razão pela qual a violação dos direitos fundamentais não é somente uma lesão aos seus titulares diretos, mas uma ofensa a toda a soberania popular¹²⁴. Tanto que, adotando essa concepção, o artigo 34.º da Declaração que

¹¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional...op.cit.*, p. 76.

¹¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional...op.cit.*, p. 77.

¹²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional...op.cit.*, p. 77.

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional...op.cit.*, p. 77.

¹²² FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional...op.cit.*, p. 79.

¹²³ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional...op.cit.*, p. 79.

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional...op.cit.*, p. 79.



precedeu a Constituição Francesa de 24 de junho de 1793 assim dispunha: há opressão contra o corpo social quando apenas um dos seus membros é oprimido e há opressão contra todos os membros quando o corpo social é oprimido¹²⁵.

Esse segundo sentido da soberania popular ganha relevo ao se reconhecer que o povo, enquanto corpo político, nem sempre demonstra, referente à definição e à extensão da defesa dos direitos de liberdade e da promoção dos direitos sociais, uma coesão social decorrente de uma vontade homogênea, mas, sim, uma pluralidade de interesses e opiniões em conflito¹²⁶. Nessa ótica, a ideologia de que a soberania popular expressa, necessariamente, uma vontade coletiva unitária e orgânica serve para legitimar o poder absoluto da maioria, e talvez do seu chefe, bem como ocultar essa multiplicidade de pretensões, muitos das quais são divergentes, entre os membros que compõem o povo¹²⁷.

Nesse sentido, relevante trazer à baila a doutrina de Ronald Dworkin, que, para a caracterização do regime democrático, rejeita a premissa majoritária, pois considera que o fato de as decisões coletivas serem normalmente as decisões que a maioria dos cidadãos tomaria se fossem plenamente informados e racionais não é nem uma meta nem uma definição da democracia¹²⁸.

Destaca o mencionado autor que, embora a democracia pressuponha uma estrutura estatal na qual as decisões políticas do dia a dia sejam tomadas por agentes políticos escolhidos nas eleições populares, tais procedimentos majoritários fundamentam-se em virtude de uma preocupação com a igualdade dos cidadãos e não por causa de um compromisso com as metas da soberania da maioria¹²⁹.

Desta forma, Dworkin conceitua a democracia como um *governo sujeito às condições de igualdade de status para todos os cidadãos*, não havendo objeção alguma à utilização de determinado procedimento não majoritário em ocasiões especiais nas quais o objetivo é proteger ou promover a isonomia que, segundo tal concepção, é a própria essência da democracia¹³⁰. Isso porque decisões tomadas por uma maioria circunstancial podem causar graves violações aos direitos de grupos minoritários, o que não pode ser admitido em uma democracia.

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional...op.cit.*, p. 79.

¹²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional...op.cit.*, p. 79.

¹²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia constitucional...op.cit.*, p. 79.

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade...op.cit.*, p. 26.

¹²⁹ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade...op.cit.*, p. 26.

¹³⁰ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade...op.cit.*, p. 26.



Por fim, sobre o tema, cumpre registrar o magistério de Lenio Streck que sustenta ser a Constituição a própria *condição de possibilidade*¹³¹ da democracia, justamente porque assegura o exercício de minorias e majorias e, desse modo, “*impede que o próprio regime democrático seja solapado por regras que ultrapassem os limites que ela mesma – a Constituição – estabeleceu para o futuro*”¹³².

Percebe-se, desse modo, que os instrumentos procedimentais do regime democrático, por si só, são insuficientes para se alcançar a plena isonomia dos cidadãos, notadamente na atual sociedade complexa e plural, sendo, também, necessário verificar se o próprio conteúdo das decisões tomadas pela maioria está em conformidade com os valores estruturantes e os bens jurídicos tutelados pelo Estado democrático.

3. IGUALDADE E EDUCAÇÃO INCLUSIVA: A Superação das Limitações Socioeconômicas e a Equivalência de Oportunidades

Dentre os valores que estruturam a ordem democrática tem-se a *igualdade* que fundamenta a *educação inclusiva*, entendida como aquela direcionada para a superação das desigualdades econômicas, sociais e culturais e a plena integração dos educandos em comunidade.

O alcance da educação inclusiva ultrapassa o aspecto meritocrático, individualista e a esfera meramente formal da igualdade de oportunidades – no sentido de não discriminação de acesso ao ensino – para focar também nos impactos gerados pela educação como solução às assimetrias de poder presentes nos Estados contemporâneos¹³³.

Busca-se, assim, além de assegurar a isonomia dos critérios de acesso aos alunos nas instituições de ensino (igualdade formal), em especial as públicas, implementar a efetiva superação das limitações socioeconômicas enfrentadas pelo educando (igualdade material), a fim de que possa promover a transformação da realidade social vivenciada por si e por sua família.

Em outras palavras, não basta apenas o estabelecimento para todos, em tese, de requisitos antidiscriminatórios de admissão nas escolas e universidades, mas também a realização de *pressupostos materiais fáticos* necessários para que o aluno possa não apenas ingressar, mas, sobretudo, manter-se nas instituições de ensino e concluir os ciclos de aprendizagem. Cita-se,

¹³¹ Expressão usada por STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 115.

¹³² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso...op.cit.*, p. 115.

¹³³ ABRANTES, Pedro. *A Educação em Portugal...op.cit.*, p. 26.



como exemplo de educação inclusiva, pautada da efetiva igualdade de oportunidades, o fornecimento pelo Estado de transporte escolar e a concessão de bolsas de estudos para estudantes carentes.

A educação inclusiva, na condição de *finalidades institucionais do ensino*, está prevista no artigo 73.º, n.º 2, da CRP, ao dispor que o Estado deve promover a educação a fim de contribuir para a igualdade de oportunidades e o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade para o progresso social e para a participação democrática na vida coletiva. A CRFB, por sua vez, em seu art. 205.º, relaciona a educação, enquanto direito de todos e dever do Estado e da família, ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao preparo para o exercício da cidadania e à sua qualificação ao trabalho.

Nessa toada, André de Matos considera ser o direito ao ensino um *direito fundamental de tripla filiação institucional*, posto que está intrinsecamente relacionado a três instituições fundamentais: a) constitui uma das incumbências prioritárias do Estado de Direito Democrático; b) está balizado pelos elementos caracterizadores dos direitos fundamentais, notadamente a igualdade e a universalidade; c) alinha-se aos fins da instituição “ensino”, contribuindo para o enriquecimento pessoal e cultural de uma nação, transformando o saber enquanto condição objetiva da liberdade¹³⁴.

A forma mais segura e precisa para corrigir as desigualdades existentes na sociedade e alcançar a plena e efetiva igualdade de oportunidades, como bem destaca Manuel Afonso Vaz, é “*prestar a cada cidadão um mínimo de educação e ensino*”¹³⁵.

Nessa toada, a educação inclusiva é aquela que acolhe o educando e não o segrega, ou seja, que respeita as suas diferenças culturais, étnicas e religiosas e promove sua integração na comunidade. Enseja, por exemplo, o respeito ao aluno com deficiência e o desenvolvimento de suas potencialidades em conjunto com os demais alunos sem deficiência, em um ambiente plural e não de forma segregada e discriminatória, não obstante o atendimento especializado, a depender das suas necessidades específicas. Outro exemplo de educação inclusiva é o reconhecimento da língua nativa de determinadas comunidades indígenas, sem que haja a sua doutrinação por determinada forma específica de expressão linguística.

¹³⁴ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, pp. 417, 422-424, 451.

¹³⁵ VAZ. Manuel Afonso. *Direito Económico*. 3.ed. Coimbra Editora: Coimbra, 1994, p. 131.



Busca-se, assim, por meio da educação inclusiva, a construção de uma sociedade plural e multiétnica, que compreenda o outro, suas semelhanças, diferenças e as riquezas específicas de cada um¹³⁶.

Tendo em vista essa íntima correlação entre a igualdade e a promoção da educação inclusiva e plural nas democracias contemporâneas, necessário se faz uma análise prévia, ainda que global e sem a intenção de esgotar o tema, sobre a evolução do conceito constitucional da isonomia.

3.1 Evolução Constitucional da Isonomia: O Direito de Ser Diferente e a Educação Plural

A sociedade anterior à constituição dos Estados modernos, sem qualquer pretensão de igualdade, era dividida em estamentos: rei, nobreza, clero, burguesia, camponeses e plebeus (servos). O tratamento jurídico, à época, não era uniforme, posto que dependia de qual casta pertencia o indivíduo. Declaradamente, os atos normativos dos monarcas eram fonte de privilégios à nobreza e ao clero e de perseguições à burguesia, fadada ao pagamento de elevados impostos para arcar com o luxo e a ostentação dos nobres e reis. Nessa época, a discriminação normativa era institucionalizada e a desigualdade imperava no âmago social¹³⁷.

As constituições do Estado liberal buscaram acabar com esses múltiplos ordenamentos jurídicos existentes, com o escopo de igualar, no plano meramente formal, todos os cidadãos, independentemente do grupo social ao qual pertenciam. Assim, a noção de igualdade, como destaca Hannah Arendt, é fruto de uma convenção social, pois “*não nascemos iguais, tornamos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais*”¹³⁸.

A isonomia, portanto, pautava-se apenas no âmbito legal (*perante a lei*), visando eliminar a diversidade de diplomas normativos instituídos pelos reis que incidiam a determinada parcela da população e não a todos indiscriminadamente. As constituições do Estado liberal,

¹³⁶ NETO, Luísa. *Constituição e Educação...op.cit.*, p. 283.

¹³⁷ Vide, a respeito do poder político antes da instituição dos Estados modernos, CALVÃO, Filipa; CAMPOS, Manuel Fontaine; BOTELHO, Catarina Santos. *Introdução...op.cit.*, pp. 22-24.

¹³⁸ ARENDT, Hannah. *Origens...op.cit.*, p. 386.



desse modo, na lição de Giancarlo Rolla, pressupunham uma sociedade baseada em cidadãos considerados abstratamente iguais em direitos e obrigações¹³⁹.

Inegável a relevância histórica da acepção formal do princípio da igualdade, vez que considerou a lei um instrumento regulador da vida social com aplicação genérica e indiscriminada a todos os cidadãos, o que representa, na doutrina de Celso Bandeira de Mello, o conteúdo político-ideológico da isonomia¹⁴⁰. Nessa acepção, designada por Maria Lúcia Amaral de *igualdade como universalidade*, a sua concretização realizava-se por meio da generalidade e abstração das normas jurídicas¹⁴¹.

Entretanto, a dimensão meramente formal do princípio da igualdade revelou-se incapaz de concretizar, de fato, a isonomia de oportunidades entre os cidadãos. Isso porque, apesar da aplicação abstrata e indiscriminada da lei, a sociedade era pluriclassista e não homogênea, de modo que ainda refletia a profunda desigualdade social existente antes da instituição dos Estados modernos.

De mais a mais, mesmo dentro da ideia de igualdade formal, o Estado liberal comportava desigualar legalmente certos grupos alheios ao padrão dominante ao, por exemplo, alijar direitos políticos das mulheres, negros ou de grupos economicamente hipossuficientes através do estabelecimento de voto censitário e racial.

Com efeito, não havia preocupação com o conteúdo da norma tampouco com as condições e circunstâncias pessoais dos seus destinatários, tratando-se de igualdade *perante* a lei, ou seja, correspondia à exigência da aplicação genérica e universal da lei¹⁴².

Nesse ambiente, a discriminação, além de social – fruto das relações interpessoais – passava a ser também *normativa*, decorrente da atuação do legislador. Em outras palavras, a própria lei, apesar da aplicação geral e indiscriminada, era fonte de desigualdades, pois excluía inúmeros direitos individuais de certas pessoas (mulheres) e grupos (negros, operários e pobres), tais como o direito de votar e o de se candidatar para ter assento no Parlamento, reduzindo-os a uma inaceitável espécie de cidadãos de segunda categoria.

¹³⁹ ROLLA, Giancarlo. *El valor normativo...op. cit.*, p. 466.

¹⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. 13. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 10.

¹⁴¹ AMARAL, Maria Lúcia. O princípio da igualdade na Constituição portuguesa. In: *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Aranzadi Thomson Reuters, 2006, pp. 645-664, pp. 649-650.

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, pp. 430-431.



A desigualdade não se limitava à retirada de direitos individuais de cunho político, atingindo também a completa omissão estatal em assegurar pretensões de natureza social e econômica. Ora, na medida em que, no Estado liberal, o legislador não se preocupava com as específicas condições e circunstâncias pessoais dos destinatários da norma, mas, sim, os consideravam abstratamente iguais, não havia qualquer tipo de política pública voltada à promoção da igualdade de oportunidades, pois pressupunha-se, teoricamente, que ela já existia.

Essa concepção política-normativa de que todos são iguais perante a lei e por isso livremente capazes, em iguais condições, de ordenar suas vidas sem intervenção do Estado contribuiu para agravar a profunda desigualdade das sociedades capitalistas, revelando, na ótica de Raymundo Faoro, ainda que residualmente, traços dos estamentos que floresceram na sociedade feudal¹⁴³.

O deficit na promoção da justiça social intensificou o descontentamento das classes mais exploradas, o que se materializou, notadamente, nos movimentos operários, como o ludismo¹⁴⁴ e o cartismo¹⁴⁵, que buscavam melhores condições de trabalho e maior participação política. Impulsionada pela intensa exploração provocada pela Revolução Industrial e pelos ideais socialistas da Revolução Russa de 1917, o Estado social surge pautado na concretização dos direitos sociais e no empoderamento da classe operária.

As constituições do Estado social passaram a contemplar os cidadãos enquanto pessoas inseridas em uma sociedade que não é homogênea, mas com profundas diferenças e desigualdades econômicas. Destarte, Constituições como a do México de 1917 e a da Alemanha de Weimar de 1919, em oposição às do Estado liberal, reconheceram os cidadãos enquanto pessoas inseridas em uma sociedade heterogênea e com profundas diferenças e desigualdades sociais¹⁴⁶.

¹⁴³ FAORO, Raymundo. *Os donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. 7. ed. Porto Alegre: Globo, 1979, p. 62, leciona que apesar dos estamentos terem se desenvolvido na sociedade feudal permanecem, residualmente, na sociedade capitalista. Sobre o tema, TAVARES, Paulino Varela; FONSECA, Pedro Cezar Dutra. In *Estamento Burocrático e Intencionalidade: Raymundo Faoro, Florestan Fernandes*. *Revista de Economia Política e História Econômica*, 2009, v.16, pp. 56-74, p. 63, afirmam que a presença, ainda que residual, desses traços estamentais na sociedade contemporânea se corporifica em uma dominação que se projeta de cima para baixo, isto é, as camadas sociais de menor poder econômico orientam suas atividades dentro das balizas permitidas e respeitando as regras convencionalmente fixadas pela classe dominante.

¹⁴⁴ O ludismo foi um movimento dos trabalhadores ingleses do ramo da fiação e tecelagem do início do século XIX que protestavam contra as extensas e insalubres jornadas de trabalho através de ataques e destruição às máquinas.

¹⁴⁵ O cartismo foi um movimento dos proletariados da Inglaterra do século XIX, pautado em uma série de reivindicações eleitorais, tais como a igualdade de tratamento, sufrágio universal masculino e participação operária no Parlamento, previstas em um documento intitulado Carta do Povo.

¹⁴⁶ ROLLA, Giancarlo. *El valor normativo...op. cit.*, p. 466.



A lógica da igualdade do Estado social, na precisa lição de Mauro Cappelletti, assenta-se na premissa de que determinados direitos, como a educação, o trabalho, a moradia e a assistência médica, não podem ser simplesmente atribuídos em abstrato ao cidadão, exigindo, pelo contrário, permanente ação estatal a fim de concretizar os programas sociais e as expectativas por eles legitimadas na sociedade¹⁴⁷.

Nessa perspectiva, o princípio da igualdade transfigura-se e reveste-se de uma dimensão material, ou seja, a promoção da isonomia entre os cidadãos deve ser efetivada não apenas mediante a aplicação geral e abstrata da lei, mas em especial na igualdade do conteúdo da lei e na preocupação do ambiente fático da vida dos indivíduos, enquanto destinatários da norma.

Essa acepção, designada por Maria Lúcia Amaral de *igualdade como diferença fundamentada ou razoável*, é pautada na proibição do arbítrio legislativo, ou seja, na inadmissibilidade de discriminações *prima facie*, cujos critérios de diferenciação estejam tão somente definidos no pré-juízo do legislador e que são irrelevantes para a distinção das pessoas e a formação da sua identidade¹⁴⁸.

Desse modo, eventual discriminação normativa deve estar alicerçada em um *juízo de racionalidade prática*, isto é, na comprovação da existência de relação – adequada, objetiva e racional – entre o fim (propósito legal que justificaria a diferença) e o meio (a diferença estabelecida e a sua extensão)¹⁴⁹.

Reconhece-se que a igualdade formal não foi capaz de afastar, por si só, situações de injustiça, na medida em que o próprio texto normativo não era isonômico, de forma que a igualdade “*perante a lei*” migrou para uma igualdade também “*na lei*”¹⁵⁰. Passa-se, então, a eliminar as discriminações normativas realizadas pelo Estado Liberal, admitindo-se, por exemplo, o direito ao voto de mulheres, negros, operários e grupos vulneráveis economicamente.

O Estado Social, por outro lado, realiza *discriminações positivas*, também chamadas de *ações afirmativas*, as quais, em linhas gerais, na definição de Kent Greenawalt, referem-se a quaisquer tentativas que visam aumentar a participação em programas sociais dos membros de um grupo sub-representado¹⁵¹. Dentre essas ações, Ellis Cashmore as identifica como “*políticas*

¹⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 41.

¹⁴⁸ AMARAL, Maria Lúcia. *O princípio da igualdade na Constituição portuguesa...op.cit.*, p. 653.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, pp. 431-432.

¹⁵¹ GREENAWALT, Kent. *Discrimination and Reverse Discrimination*. New York: Knopf, 1983, p. 17.



*públicas voltadas para reverter as tendências históricas que conferiram às minorias e às mulheres uma posição de desvantagem, particularmente nas áreas de educação e emprego*¹⁵².

Essas políticas, como destaca Joaquim Barbosa, podem ser não apenas de natureza pública, mas também desenvolvidas no âmbito privado e ostentarem caráter compulsório, facultativo ou voluntário, tendo como objeto o combate à toda forma de discriminação, seja racial, de gênero, sexual, religiosa ou política¹⁵³.

As ações afirmativas, na lição de Sarah Stroud, têm duas finalidades bem delimitadas quais sejam: a compensação de discriminações históricas no passado (*backward-looking affirmative action*) e a construção de um futuro melhor (*forward-looking affirmative action*)¹⁵⁴. Ao fim e ao cabo, as ações afirmativas buscam assegurar a diversidade multiétnica e multicultural pautada na efetiva igualdade de oportunidades e no pluralismo inerentes à democracia.

Nessa toada, representam a possibilidade da própria lei tratar de forma desigual determinados e específicos grupos sociais historicamente discriminados a fim de elevar a sua proteção estatal para que possam concretamente desfrutar dos direitos previstos no ordenamento. Simboliza, em síntese, o resultado da preocupação do legislador com a realidade fática dos destinatários da norma, assegurando-lhes meios diferenciados para que possam ter acesso, com efetiva igualdade de condições, aos bens jurídicos tutelados pela constituição.

Por sua vez, em clara evolução, as constituições dos Estados democráticos identificam que as sociedades são heterogêneas não apenas em razão da pluralidade de classes sociais, mas por também serem multiculturais e multiétnicas¹⁵⁵.

Partindo desse pressuposto normativo-ideológico, as democracias constitucionais contemporâneas consideram um outro papel ao sentido material do princípio da igualdade. Com efeito, dele se retiram não somente discriminações positivas, previstas na lei, destinadas a igualar as oportunidades na realidade da vida dos cidadãos, mas, sobretudo, se reconhece que as diferenças devem ser respeitadas quando favorecem o desenvolvimento da personalidade individual, constituem a identidade de um grupo, ou representam os desejos e as aspirações de uma pessoa¹⁵⁶.

¹⁵² CASHMORE, Ellis. *Dicionário de Relações Étnicas e Raciais*. São Paulo: Summus, 2000, p. 31.

¹⁵³ BARBOSA, Joaquim. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40.

¹⁵⁴ STROUD, Sarah. The aim of affirmative action. *Social Theory and Practice*, 1999, 25, 3, pp. 385-408, p. 386.

¹⁵⁵ ROLLA, Giancarlo. *El valor normativo...op. cit.*, p. 466.

¹⁵⁶ *Ibid.*



Essa *tutela estatal do diferente*, um dos traços distintivos das democracias constitucionais contemporâneas, é sintetizada no lapidar ensinamento de Boaventura de Sousa Santos ao afirmar que “*temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes quando a igualdade nos trivializa*”¹⁵⁷.

Nessa toada, a concepção de democracia constitucional, como destaca Dworkin, não deve ser entendida no sentido de um compromisso cego com as metas de uma maioria soberana e transitória, posto que a essência do regime democrático se caracteriza no fato de que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, igual consideração e respeito¹⁵⁸.

A *lógica da igualdade democrática*, portanto, para além da igualdade material, salvaguarda também o *direito à diferença* (ou o *direito de ser diferente*) enquanto parte essencial da identidade cultural, racial, de gênero e de grupos étnicos minoritários, a fim de consagrar a sua dignidade e alcançar a igualdade social ou de fato. Respeitam-se, assim, as opções de todos os cidadãos que integram essa pluralidade, promove-se a sua inserção social e incentiva-se o sadio convívio em comunidade.

O direito à diferença, nas democracias contemporâneas, traduz-se em múltiplas intervenções do Estado: ações afirmativas de quotas para mulheres, afrodescendentes e indígenas, revisão profunda da história dos países, dos programas e conteúdos educativos, reconhecimento e proteção de línguas não coloniais, bem como direitos especiais à terra e ao território¹⁵⁹.

A proteção estatal do diferente gera, nessa ótica, também impacto na sua intrínseca relação com o direito à educação inclusiva, posto que assegura o reconhecimento de pretensões à um *ensino multicultural, antidiscriminatório e plural*.

Isso resulta, na precisa lição de Luísa Neto, em *deveres estatais de cooperação, hospitalidade e acolhimento* voltados para a implementação de uma *educação intercultural*, entendida como um paradigma de formação sistemática que desenvolva, tanto nos grupos

¹⁵⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56.

¹⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: A leitura moral...op.cit.*, p. 26.

¹⁵⁹ CHAUI, Marilena; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2014. pp. 55-56.



minoritários quanto nos majoritários, capacidade de interação social e sentimento de pertencimento comunitário¹⁶⁰.

Essa proteção tem âmbito de incidência, por exemplo, no direito aos filhos dos imigrantes de, por um lado, ter o direito de acesso à língua portuguesa (artigo 74.º, n.º 2, alínea *j* da CRP), mas, por outro, de ser também considerados os seus valores culturais identitários. Esse respeito, como ressaltado, também deve ser assegurado às comunidades indígenas, no tocante aos seus processos próprios de aprendizagem (artigo 210.º, §2º, CRFB).

Portanto, o reconhecimento da proteção estatal do diferente, no âmbito da educação inclusiva, resulta em autêntico *dever estatal de adequada integração* do educando. Isso implica não somente garantir o ensino da língua portuguesa e o acesso à cultura nacional aos filhos de imigrantes, mas também a de assegurar os seus valores peculiares, sejam étnicos, religiosos ou morais.

Esse dever institucional de consideração étnico-cultural também deve ser observado pelo Estado em relação ao ensino público ministrado às comunidades indígenas. Nesse sentido, o artigo 20.º da CODC estabelece que “*especial atenção deve ser dada à origem étnica, religiosa, cultural e linguística da criança, bem como à conveniência da continuidade de sua educação*”.

Percebe-se, assim, que esse dever estatal no âmbito do sistema de ensino, materializa-se na rejeição de métodos de aprendizagem dirigidos aos imigrantes e seus filhos ou às comunidades indígenas que simplesmente os imponham, por assimilação, a língua e a cultura portuguesas, devendo, ao contrário, pautarem-se no pluralismo anti-discriminatório e em estratégias de acolhimento¹⁶¹.

4. DIGNIDADE E EDUCAÇÃO CAPACITANTE: A Autonomia e o Desenvolvimento das Potencialidades do Ser Humano

¹⁶⁰ NETO, Luísa. *Constituição e Educação...op.cit.*, pp. 279 e 281.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 283, ressaltando a autora que essas estratégias de acolhimento podem ser efetivadas no ensino aos filhos de emigrantes por meio de “*atividades curriculares que valorizem os seus percursos históricos, geográficos, culturais, linguísticos, psicológicos, mostrando apreço pelas línguas maternas e dialectos dos alunos, promovendo o ensino específico de Português como Língua Não Materna, recolhendo, criando, reformulando e utilizando material didáctico-pedagógico de valência multicultural.*”



Além da igualdade, a dignidade da pessoa humana é também um dos valores estruturantes do regime democrático. A sua incidência na definição do sistema de ensino resulta em uma *educação capacitante*, entendida como aquela que fortalece a autonomia do indivíduo, enquanto sujeito de direito livre e autodeterminado, e o qualifica para o pleno desenvolvimento das suas potencialidades.

Em outras palavras, para além da formação de cidadãos conscientes dos seus direitos e deveres em uma sociedade fraterna, a educação capacitante qualifica os educandos para que sejam, utilizando-se da doutrina de Amartya Sen, efetivamente livres para fazerem coisas ou serem algo que tenham razão para valorizar¹⁶².

A capacidade, conforme a doutrina do referido autor, refere-se ao “*nosso potencial de realizar várias combinações de funcionamentos que possamos comparar e julgar entre si com relação àquilo que temos razão para valorizar*”¹⁶³. Por meio dessa abordagem, busca-se deslocar a liberdade humana da concentração dos *meios* de vida para as *oportunidades reais* de vida, isto é, “*transferir esse foco sobre os meios para a oportunidade de satisfazer os fins e a liberdade substantiva para realizar esses fins arrazoados*”¹⁶⁴.

Nessa perspectiva, a educação, ao capacitar os alunos, permite que desenvolvam ao máximo as suas potencialidades e aptidões para que possam efetivamente ter liberdade e oportunidade para escolher o que querem realmente ser e fazer.

Por conseguinte, a educação capacitante tem relevante influência no incremento do exercício da *razão pública*. Esta, conforme Amartya Sen, representa o debate e deliberação pública, de forma interativa e refletida, direcionadas para se alcançar uma melhor compreensão

¹⁶² Utiliza-se o conceito de capacidade da teoria da justiça de Amartya Sen in *A ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, pp. 252-257, que, em contraste com as linhas de pensamento baseadas na utilidade ou nos recursos, considera que a vantagem individual é “*ulgada pela capacidade de uma pessoa para fazer coisas que ela tem razão para valorizar*”. O foco, então, é “*a liberdade que uma pessoa realmente tem para fazer isso ou ser aquilo – coisas que ela pode valorizar fazer ou ser*”. O referido autor destaca que, por óbvio, é relevante que possamos ser capazes para realizar o que mais valorizamos, entretanto, a sua ideia de capacidade também diz respeito a sermos livres “*para determinar o que queremos, o que valorizamos e, em última instância, o que decidimos escolher*”. Nessa perspectiva, o conceito de capacidade está intrinsecamente conectado “*com o aspecto de oportunidades da liberdade, visto com relação a oportunidades abrangentes, e não apenas se concentrando no que acontece na culminação*”.

¹⁶³ SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 254, ressaltando que a perspectiva da capacidade aponta para “*a relevância central da desigualdade de capacidades na avaliação das disparidades sociais, mas não propõe, por si própria, uma fórmula específica para as decisões sobre políticas*”.

¹⁶⁴ SEN, Amartya. *A ideia...op.cit.*, pp. 255-256.



do papel, do alcance e do significado de funcionamentos específicos e suas combinações na sociedade¹⁶⁵.

A educação capacitante, fundada na dignidade humana, nessa ótica, prepara e habilita os indivíduos para que tenham a oportunidade de orientarem-se de forma verdadeiramente livre e autodeterminada, bem como abre caminho para o pleno exercício da cidadania inclusiva e a participação ativa em uma democracia deliberativa, que transcende a mera representatividade.

Em outras palavras, a educação capacitante qualifica o indivíduo não somente para a atuação profissional, a fim de que possa exercer um ofício, mas também para o debate público, o que, como já ressaltado, não se resume apenas ao ato de votar e de escolher representantes, permitindo que ocupe espaços legítimos de poder, a fim de que possa influenciar os rumos da atividade estatal.

É através da educação que a missão constitucional dos Estados democráticos de superar as desigualdades econômicas, sociais e culturais, garantindo-se a efetiva igualdade de oportunidades, ultrapassa a esfera do *dever ser* e assume os bons ares da concretização. A ausência de uma educação de qualidade torna esse anseio institucional uma mera retórica estatal desprovida de densidade normativa e eficácia.

Portanto, a educação capacitante direciona-se para a formação de cidadãos qualificados profissionalmente, acolhidos em uma comunidade organizada, reconhecidos como sujeitos de direitos e de deveres e verdadeiramente livres e capazes de tomar decisões para escolher o seu projeto de vida e participar ativamente da deliberação pública.

No âmbito coletivo e supraindividual, por meio da expansão do ensino superior, busca o incremento do patamar científico e cultural do Estado e o desenvolvimento econômico nacional de forma sustentável, progressivo e pautado na criação de novas tecnologias e invenções direcionadas para atender as variadas necessidades da sociedade.

Os *fundamentos do direito à educação* estão, por conseguinte, intrinsecamente relacionados com o máximo desenvolvimento das capacidades do ser humano, do espírito cívico e solidário dos alunos e da disseminação dos valores democráticos.

¹⁶⁵ SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p.234, destaca que a importância do exercício da razão pública é o de estender o alcance e a confiabilidade das valorações e de torná-las mais robustas, pois as “avaliações sociais podem carecer de informações úteis e bons argumentos se forem inteiramente baseadas em reflexões solitárias”. Exemplifica que o debate público sobre as desigualdades de gênero na Índia ajudou a verificar certas liberdades que antes não recebiam conhecimento adequado, como a de se afastar dos papéis familiares fixos e antigos que limitam as oportunidades sociais e econômicas das mulheres.



A educação capacitante, erigida na dignidade, pauta-se, ainda, no reconhecimento do necessário respeito da esfera privada da liberdade de escolha do ensino dos pais sobre a educação dos filhos. Demanda, por outro lado, a constante atuação do Estado na promoção da universalização do acesso à educação, em todos os graus de ensino, como mecanismo de superação das desigualdades sociais, econômicas e culturais naturalmente geradas pela concentração de riquezas da sociedade capitalista.

A dignidade humana como valor que legitima o sistema de ensino nos regimes democrático assegura, nessa ótica, a diversidade cultural e étnica, a pluralidade ideológica, e o sadio e cooperativo convívio entre todos os membros da comunidade.

A educação capacitante, edificada na dignidade da pessoa humana, busca, em suma, além de desenvolver as potencialidades do educando, para que possa escolher, de forma livre e autodeterminada, o seu projeto de vida, garantir a sua ampla participação no debate público e a liberdade da escolha dos pais sobre o tipo de ensino a ser ministrado aos seus filhos.

Essa íntima relação entre a dignidade, enquanto valor estruturante dos Estados democráticos, e a construção de modelos de ensino capacitantes demanda uma análise mais detalhada do conceito e conteúdo normativo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o que se abordará nos tópicos seguintes.

4.1.Dignidade como Fundamento de Legitimidade do Estado Constitucional e Premissa Democrática

O termo “dignidade”, como ressalta Luís Roberto Barroso, é polissêmico, posto que ultrapassa a noção jurídica, albergando dimensões antropológicas, históricas, filosóficas e teológicas, traduzindo-se, portanto, em um conceito multifacetado¹⁶⁶.

Na antiguidade, a concepção greco-romana de dignidade, na lição de Josiah Ober, pode ser mais bem expressada por aquilo que lhe é contrário: a não humilhação e a não infantilização¹⁶⁷. Isso implicava, ainda que somente para determinadas pessoas, notadamente aos homens e ricos, em ter as suas reivindicações reconhecidas pelos outros, ser tratado com respeito, ter

¹⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar...op.cit.*, p. 153.

¹⁶⁷ OBER, Josiah. Meritocratic and Civic Dignity in Greco-Roman Antiquity. In: DÜWELL, Marcus; BRAARVIG, Jens; BROWNSWORD, Roger; MIETH, Dietmar. *The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 53.



alguma medida de controle sobre a própria vida, participar das decisões e ter responsabilidades pelas escolhas tomadas¹⁶⁸.

Nessa perspectiva, a dignidade greco-romana era um valor social e não podia ser reduzida para um estado interno do indivíduo, que irradiava uma aceção ética e de respeito mútuo nas estruturas sociais e políticas da vida em comunidade e entre os cidadãos, ainda que direcionada especificamente para parcela da população e não a todos indiscriminadamente¹⁶⁹.

Portanto, na Idade Antiga e Média, vigorou a perspectiva heterônoma da dignidade, isto é, não correspondia a um valor autônomo ligado ao ser humano. Isso porque decorria de fatores externos à sua natureza, tais como situação social, títulos de nobreza, honorabilidade, e, inclusive, a intermediação divina para a criação do homem à imagem e semelhança de Deus¹⁷⁰.

Ruedi Imbach ressalta que, nesse período, os esforços de interpretação do conceito de dignidade humana desenvolviam-se em um diálogo com dois tipos de fontes: as declarações bíblicas – que consideravam o ser humano à imagem e semelhança de Deus – e, por outro lado, os textos árabes e judeus da antiguidade, influenciado pela filosofia antiga, principalmente a doutrina de Aristóteles, que retratavam o ser humano como animal racional, social e político¹⁷¹.

O sentido da dignidade, nessa época, era utilizado para realizar uma categorização dos indivíduos inseridos em uma sociedade hierarquizada e se relacionava a um *status* superior, ou seja, implicava em tratamento especial, direitos exclusivos e privilégios¹⁷².

O reconhecimento da dignidade, portanto, era resultado de condições exógenas ao desenvolvimento da pessoa humana e estavam relacionadas ao poder econômico, respeitabilidade social ou crença religiosa, ressaltando, desse modo, a sua *perspectiva heterônoma*.

A aceção de dignidade como valor inerente à pessoa humana¹⁷³ voltada, portanto, à superação desse aspecto heterônomo, assenta-se em diversas concepções até chegar no atual estágio jurídico-normativo adotado por diversos Estados contemporâneos.

¹⁶⁸ OBER, Josiah. *Meritocratic and Civic Dignity in Greco-Roman Antiquity...op.cit.*, p. 53.

¹⁶⁹ *Ibid.*, pp. 54-59, destacando o autor que essa aceção de dignidade desenvolvida na Grécia antiga, em Atenas, é a mais próxima associação da democracia.

¹⁷⁰ BOTELHO, Catarina Santos. *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais: Avanços e Recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 90-91.

¹⁷¹ IMBACH, Ruedi. Human Dignity in Middle Ages (twelfth to fourteenth century). In: DÜWELL, Marcus; BRAARVIG, Jens; BROWNSWORD, Roger; MIETH, Dietmar. *The Cambridge Handbook of Human Dignity...op.cit.*, p. 64.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar...op.cit.*, p. 132.

¹⁷³ BOTELHO, Catarina Santos in *Os Direitos Sociais...op.cit.*, pp. 39-40, destaca que a palavra latina *dignitas* é uma tradução do grego *axia*, que significa “valor” ou “axioma” e está ligada à ideia de que algo tem um valor intrínseco, ou seja, por si mesmo.



A concepção religiosa de homem à semelhança de Deus, encontrada no Velho Testamento e repetida no Novo Testamento cristão, resultando no dever – ao menos espiritual – de amor ao próximo como a si mesmo, é considerado um marco judaico-cristã da noção de dignidade como valor intrínseco do ser humano¹⁷⁴.

No âmago filosófico, o iluminismo, alicerçado na noção da centralidade do homem e no desenvolvimento da ciência e da razão, lançou as bases teóricas para a superação do autoritarismo e da ignorância que reinavam em determinadas sociedades medievais¹⁷⁵.

A dignidade da pessoa humana ganhou forte impulso a partir da idade moderna com o desenvolvimento do humanismo¹⁷⁶, no qual a pessoa assume o papel de protagonista, trazendo uma nova abordagem ao seu conteúdo, agora derivado da própria condição de ser humano, sem a necessidade de se recorrer a teses teológicas¹⁷⁷. Nessa perspectiva, passa-se a reconhecer o ser humano como criaturas sociais e não mais supernaturais¹⁷⁸, numa relação umbilical: não há vida humana, a não ser que seja digna¹⁷⁹.

Um dos principais teóricos iluministas foi o filósofo alemão Immanuel Kant que, em linhas gerais, sustentava que o ser humano, por exercer de forma autônoma a sua razão¹⁸⁰, deve ser considerado sempre um fim em si mesmo (nunca unicamente um meio), sendo detentor de dignidade, não possuindo preço (valor), característica própria dos objetos e das coisas materiais¹⁸¹. Segundo este viés filosófico, a dignidade é um atributo inerente e intrínseco ao ser

¹⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar...op.cit.*, p. 132.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 134.

¹⁷⁶ Movimento filosófico e literário dos séculos XIV e XV que, em linhas gerais, traduz a noção de que o ser humano se encontra situado no centro do universo (visão antropocêntrica) e busca a superação do pensamento medieval que era predominantemente pautado na ótica do teocentrismo, no qual Deus era o fundamento da ordem no mundo.

¹⁷⁷ A respeito das perspectivas teológicas da dignidade humana vide SCHAEDE, Stephan. For the Sake of Human Dignity, Ban Reified Concepts of ‘Man Made in the Image of God’: Some Theological Perspectives. In: GRIMM, Dieter; KEMMERER, Alexandra; MÖLLERS, Christoph (eds.) *Human Dignity in Context: Explorations of a contested concept*. Vol. 5. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2018, pp. 107-128.

¹⁷⁸ IMBACH, Ruedi. *Human Dignity in Middle Ages...op.cit.*, p. 69.

¹⁷⁹ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 40.

¹⁸⁰ Kant, em artigo publicado em 1784, intitulado *What is enlightenment?*, utiliza a expressão *razão pública* para expressar a liberdade humana de usar a própria razão para questionar as leis que lhe são impostas, sem que, dessa forma, viole os seus deveres de cidadão, devendo o Estado tratar o homem, não mais como uma máquina, mas de acordo com sua dignidade. O lema do iluminismo, nessa toada, para Kant, é que o homem autônomo tenha a coragem de usar a sua própria compreensão a respeito dos assuntos públicos que lhe dizem respeito. O referido artigo de Kant foi traduzido por Mary C. Smith e publicado em *The Cambridge History of French Literature*, 2011, pp. 350-358. Disponível em: <http://www.columbia.edu/acis/ets/CCREAD/etscc/kant.html#note1>. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹⁸¹ KANT, Immanuel. *Fundamentação...op.cit.*, p. 77.



humano, revestindo-se em tudo aquilo que não tem preço, isto é, que não pode ser substituído por um equivalente¹⁸².

A fundamentação teórica de Kant, por meio da razão prática e da impossibilidade de tratar a pessoa como meio (mero objeto, evitando, assim, a *coisificação do homem*) – mas, sim, sempre como um fim em si mesmo –, contribuiu para firmar o status autônomo da dignidade enquanto valor inerente à condição de ser racional. A dignidade, na visão kantiana, tem por fundamento a liberdade e a autonomia moral, que se trata da qualidade de uma vontade que é livre e identifica a capacidade do indivíduo de se autodeterminar¹⁸³ em conformidade com a representação de certas leis, que os próprios indivíduos dão a si mesmos¹⁸⁴.

A dignidade, no plano filosófico, passa, então, a ser considerada um valor intrínseco ligado de forma indissociável à natureza do ser¹⁸⁵. Em outras palavras, a dignidade se trata de um atributo inerente à personalidade e, nessa acepção, não pode ser outorgada tampouco retirada pelo Estado ou por terceiros. Desvincula-se, dessa forma, a origem da dignidade de quaisquer condições exógenas relacionadas ao poder econômico, à respeitabilidade social ou à crença religiosa, contribuindo, portanto, para a superação da sua perspectiva heterônoma.

Há, ainda, um marco histórico-político relevante que impulsionou a dignidade da pessoa humana para a seu conceito contemporâneo, qual seja, as atrocidades cometidas pelo nazismo, fascismo e o estalinismo durante a Segunda Guerra Mundial e a repulsa provocada na comunidade internacional¹⁸⁶.

A tirania implementada, nessa época, por governos totalitários despertou a consciência coletiva de que um ordenamento jurídico estruturado tão somente na acepção formal e indiferente a valores éticos era inaceitável. Isso porque, por exemplo, muitas das barbáries realizadas pelos nazistas contra grupos minoritários, negros, homossexuais e judeus foram justificadas pelo cumprimento da lei e a obediência às ordens emanadas da autoridade competente.

¹⁸² KANT, Immanuel. *Fundamentação...op.cit.*, p. 77.

¹⁸³ ALEXY, Robert in *Teoria Discursiva do Direito*. Organização e Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 104, pontua que é autônomo aquele que age de acordo com regras e princípios que ele, após considerações suficientes, julga serem corretos e quem reconhece o outro como autônomo o reconhece como pessoa e lhe atribui dignidade. A respeito do princípio da dignidade na teoria kantiana, vide MARTÍN, Nuria Belloso. El Principio de Dignidad de La Persona Humana em La Teoria Kantiana: Algunas Contradicciones. *Direitos Fundamentais e Justiça*. n.04. jul./set. 2008. pp. 40-60.

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar...op.cit.*, p. 159.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 163.

¹⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar...op.cit.*, p. 134.



Abre-se, nesse contexto político-normativo, caminho para o pós-positivismo, reaproximando o direito da moral, no qual a teoria dos direitos fundamentais é construída com base na dignidade humana¹⁸⁷.

A dignidade humana, no período posterior à Segunda Guerra Mundial, foi alçada a valor axiológico fundamental também no plano jurídico, considerada o alicerce do catálogo de direitos fundamentais e, como ressalta Catarina Santos Botelho, consagrada em algumas constituições de países europeus com um status *supraconstitucional*¹⁸⁸. Nesse sentido, o art.1.º, item I, da Lei Fundamental alemã de 1949 estabelece que a “*dignidade da pessoa humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público*”.

A expressa previsão da dignidade da pessoa humana, por influência alemã, é adotada, em estudo realizado por Christopher Mccrudden, por diversas outras Constituições, tais como na África do Sul após o fim do *apartheid*, Israel, Hungria, República Checa, Estônia, Lituânia, Polônia e Eslováquia¹⁸⁹.

Surge, nessa conjuntura, a concepção da *constitucionalização do direito*, que traduz a noção de um efeito expansivo das normas constitucionais¹⁹⁰, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa (*die normative Kraft der Verfassung*)¹⁹¹, por todo o sistema jurídico.

¹⁸⁷ BARCELOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crises e Desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 474-475.

¹⁸⁸ BOTELHO, Catarina Santos. *A Tutela Directa...op.cit.*, pp. 98-102, afirma, referindo-se à Constituição portuguesa de 1976, que “*segundo o exemplo das Constituições alemã e grega, a nossa Constituição reconhece um valor supraconstitucional à dignidade da pessoa humana, o que impossibilita, desde logo, a sua revisão constitucional*”.

¹⁸⁹ MCCRUDDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights (July 17, 2008). *European Journal of International Law*, Forthcoming, Oxford Legal Studies Research Paper No. 24/2008, pp. 21-22. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1162024>. Acesso em 26 jan. 2018.

¹⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.240, pp.1-42, abr.2005, utiliza o termo *constitucionalização da ordem jurídica*. Vide também LADEUR, Karl-Heinz. Crítica da Ponderação na Dogmática dos Direitos Fundamentais – Apelo para uma Renovação da Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais. In CAMPOS, Ricardo (org.); MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (coords.). *Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 133.

¹⁹¹ Expressão utilizada por HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991, p. 11, para destacar que as normas – regras e princípios – consagradas na Constituição possuem “*ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado*”, tendo, assim, eficácia normativa.



Essa noção reflete, por conseguinte, um processo de transformação do direito, no qual há o primado da Constituição, isto é, a substituição da prerrogativa da lei pela primazia da Constituição¹⁹². É considerada, no magistério de Paulo Bonavides, verdadeira revolução copernicana nos quadros da normatividade, pois implica na supremacia da legitimidade sobre a legalidade, da constituição sobre o código¹⁹³.

Inaugura-se, desse modo, o Estado constitucional de direito e um novo modelo de Estado social e democrático de direito, que se manifesta num constitucionalismo que não é inteiramente alheio à filiação axiológica material¹⁹⁴. Disso resulta, por exemplo, o princípio da constitucionalidade, disposto no artigo 3.º, n.º 3 da CRP, ao dispor que “*a validade das leis e dos demais atos do Estado, das regiões autônomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição*”. Dispositivo semelhante está presente no art. 102.º, I, “a”, da CRFB¹⁹⁵.

Nesse ambiente normativo, do ponto de vista da conformação constitucional entre Estado e indivíduo, impera o primado da pessoa e não do poder estatal, proibindo, na precisa lição de Jorge Reis Novais, o arbítrio do Estado, a imposição de sacrifícios ou de limites à liberdade gratuitos, desnecessários e, em si mesmos, desrespeitadores da ideia de pessoa com igual dignidade¹⁹⁶.

¹⁹² BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 492.

¹⁹³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral...op.cit.*, p. 57.

¹⁹⁴ VAZ, Manuel Afonso. *Teoria da Constituição – O que é a Constituição, hoje?* Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 41-45; Miranda, Jorge. *Contributo Para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1968, reimp., 1996, p. 29; BARROSO, Luís Roberto. La Americanización del Derecho Constitucional y sus paradojas: Teoría y jurisprudencia constitucional en el mundo contemporáneo. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 7 (14), 2010, pp. 367-386, p. 367; BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p.492. DALLARI, Dalmo de Abreu in *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.292, sustenta que esse novo constitucionalismo tem forte inspiração humanista que se traduz na supremacia da pessoa humana na escala dos valores sem qualquer espécie de discriminação ou privilégio.

¹⁹⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial, Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10 jan. 2019. Conforme o artigo 102.º da CRFB compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

¹⁹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 57.



Os bens jurídicos tutelados pela norma constitucional, nessa perspectiva, geram a própria metamorfose do Direito. Este passa a ser aplicado à luz das regras¹⁹⁷ e dos princípios¹⁹⁸ provenientes da constituição. Essa modificação do parâmetro estruturante do sistema jurídico impõe uma releitura não somente pelo intérprete-aplicador¹⁹⁹, com base nos valores supremos delineados pelo ordenamento, tendo como sustentação axiológica a dignidade, mas sobretudo pelo Estado, no momento da sua concretização na realidade social, por meio das políticas públicas²⁰⁰.

Verifica-se, nesse ambiente político-jurídico, uma imbricação do valor da dignidade com o próprio conceito de Estado democrático de direito, posto que está associado à ideia de fundamento de legitimidade do poder político²⁰¹. Reconhece-se, nessa ótica, a íntima e

¹⁹⁷ Sobre a distinção entre regras e princípios, vide DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 6º tir. London, Duckworth, 1991, e *Is Law a system of rules?* in DWORKIN, R.M. (Ed). *The Philosophy of Law*. Oxford. Oxford University Press, 1977, que considera aquelas submetidas à cláusula do tudo ou nada, ou seja, aplicadas por meio da mera subsunção ou não do caso concreto aos seus preceitos normativos, enquanto estes possuem uma dimensão de peso, que em determinada situação podem assumir maior grau valorativo que outro princípio, em caso de eventual tensão, sem que perca a sua validade perante o ordenamento.

¹⁹⁸ ALEXY, Robert in *Teoria...op.cit.*, pp. 148-167, partindo dos estudos desenvolvidos por Dworkin, utiliza a tese da separação rigorosa para defender que a diferença entre regras e princípios dar-se-á em razão de possuírem padrões normativos com estruturas lógicas completamente diversas. Enquanto as regras são aplicáveis de um modo “tudo ou nada” (*all-or-nothing fashion*), ou seja, verificas as características do antecedente da norma, ou a regra é válida, e a consequência jurídica deve ser aceita, ou ela não é válida e, conseqüentemente, nenhuma medida resolveria o conflito, diferentemente, os princípios têm uma dimensão de peso (*dimension of weight*) e, no caso da tensão entre eles, o princípio que possui o maior peso relativo decidiria, sem que, no entanto, aquele com menor peso relativo se tornasse inválido.

¹⁹⁹ Vide ALEXANDRINO, José de Melo. Como Ler a Constituição – Algumas Coordenadas. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*. Vol. III. Coimbra: Almedina, 2010, pp. 504-505, no qual estabelece as três premissas básicas do método constitucional estruturante, bem como ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8ª ed. Malheiros: São Paulo, 2008, p. 33, ao afirmar que “o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido”, posto ser o responsável por revelar a norma fruto da interpretação do texto normativo. GRAU, Eros in *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4ª ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2006, pp. 30-66, defende que a interpretação do Direito não é uma atividade meramente declaratória do sentido do texto normativo, mas, sim, constitutiva, sustentando o caráter alográfico do direito porque “o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A ‘completude’ do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete”.

²⁰⁰ Em obra dedicada ao tema da efetivação do direito à educação por meio de políticas públicas, in LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. *Direito à Educação: Judicialização, Políticas Públicas e Efetividade do Direito Fundamental*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 30, definimos políticas públicas como todas as atividades, metas, planejamentos e projetos normativos do Governo que tenham por finalidade a realização de um interesse público. Relacionando o conceito de políticas públicas com dignidade humana, DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda in *Políticas Públicas: Princípios, Propósitos e Processos*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 12, definem políticas públicas como “ações empreendidas ou não pelos governos que deveriam estabelecer condições de equidade no convívio social, tendo por objetivo dar condições para que todos possam atingir uma melhoria da qualidade de vida compatível com a dignidade humana”.

²⁰¹ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, pp. 40-42.



indissociável vinculação entre os direitos humanos e fundamentais e a própria democracia, os quais assumem o papel de eixo normativo estruturante do Estado constitucional contemporâneo²⁰².

Defende-se, inclusive, na doutrina de Paulo Bonavides, a existência do *Estado constitucional dos direitos fundamentais*, pois seu ponto de apoio e traço de identidade é o tecido social dos direitos fundamentais e sua legitimidade se faz e cresce na exata medida em que tais direitos se concretizam²⁰³.

Essa relação entre a qualificação identitária do Estado e o respeito à dignidade da pessoa humana é patente, a ponto de, conforme destaca Giancarlo Rolla, a sua promoção ter origem com o constitucionalismo que marca a passagem do Estado absoluto para o Estado de direito²⁰⁴.

No plano filosófico, o constitucionalismo representa um movimento de pensamento que, nascendo para tutelar a liberdade do indivíduo contra o poder público, encontra a sua razão de ser na afirmação de um poder limitado como condição indispensável para a efetivação dos direitos humanos²⁰⁵. Há, portanto, um nexu incindível que liga o Estado de direito e os direitos fundamentais²⁰⁶.

A dignidade da pessoa humana possui, por conseguinte, uma acepção jurídico-política, pois se reveste de fundamento da legitimidade do poder constituído²⁰⁷. Essa vertente está prevista expressamente no artigo 6.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (DDHC), ao destacar que “*todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos*”²⁰⁸.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento de legitimidade do Estado constitucional pode ser verificado, ainda, em diversos ordenamentos constitucionais. Cita-se, por exemplo, o artigo 10.º da Constituição espanhola (CE) de 1978 que

²⁰² SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, pp.189-190.

²⁰³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral...op.cit.*, pp. 54-56.

²⁰⁴ ROLLA, Giancarlo. El valor normativo del principio de la dignidad humana: consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n. 6, pp. 463–490, 2002. p. 465. A respeito das etapas históricas do constitucionalismo, vide DALLARI, Dalmo de Abreu in *A Constituição...op.cit.*, pp. 45-148.

²⁰⁵ ROLLA, Giancarlo. *El valor normativo...op.cit.*, p. 465.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ Sobre o tema, Hanna Pitkin in Representação: palavras, instituições e ideias. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n.67, 2006. pp.15–47, p. 43, relaciona a dignidade do domínio político com a questão da representação eleitoral, considerando ser um dos assuntos mais problemáticos da política moderna desde as revoluções do século XVIII.

²⁰⁸ BOTELHO, Catarina Santos. *Direitos Sociais em Tempos de Crise...op.cit.* p. 41.



considera “a dignidade da pessoa e os direitos que lhe são inerentes” como “fundamento da ordem política e da paz social”. Nesse sentido, é também o artigo 1.º da Constituição brasileira de 1988 ao consignar que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado democrático de direito, bem como o artigo 1.º da Constituição portuguesa de 1976 ao prever que “Portugal é uma república soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular”.

A fisionomia dos Estados democráticos é, destarte, definida pela dignidade da pessoa humana, revestindo-se de elemento essencial e de valor supremo sobre os quais se fundam a constituição de um país democrático²⁰⁹.

Portanto, além de identificar-se como um *protovalor* fundamental, a dignidade tem uma relação intrínseca com a legitimação política das democracias modernas, pautada na igualdade material e no respeito aos direitos fundamentais. Parte-se do pressuposto de que o Estado, tais como o Estado de direito democrático português (artigo 2º, CRP) e o Estado democrático de direito brasileiro (artigo 1º, CRFB)²¹⁰, deve existir e se amoldar aos cidadãos e não o oposto²¹¹.

Com efeito, quando a dignidade é alçada à condição de princípio estruturante e fundamento do ordenamento, o ser humano erige-se à finalidade precípua e não meio da atividade estatal²¹².

Evidencia-se, nessa ótica, a natureza *autorreferencial* do conceito da dignidade da pessoa humana, uma vez que é justamente esse atributo inerente à humanidade que faz do indivíduo um ser humano²¹³. A conexão entre a dignidade da pessoa humana e o direito, no categórico magistério de Catarina Santos Botelho, demanda a aceitação de que é este que existe para o homem e que se deve moldar a ele²¹⁴. Logo, conforme essa perspectiva, a constitucionalização da dignidade da pessoa humana transforma-se em um *dever-ser jurídico*, vinculando toda a atividade estatal²¹⁵.

²⁰⁹ ROLLA, Giancarlo. *El valor normativo...op.cit.*, p. 465.

²¹⁰ VAZ, Manuel Afonso, *Lei e Reserva da Lei – A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra Editora, Coimbra. 2º ed. 2013. p. 245-246 prefere o termo Estado Democrático de Direito, que foi o utilizado pelo legislador constituinte originário brasileiro, por entender que reforça a ideia de que o Estado está fundado na democracia, mas, simultaneamente, limitado pelo Direito.

²¹¹ BOTELHO, Catarina Santos. *A Tutela Directa...cit.* p. 92.

²¹² SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, pp. 190-191.

²¹³ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 491.

²¹⁴ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 491.

²¹⁵ *Ibid.*



O reconhecimento da dignidade da pessoa humana é também verificado no plano internacional em diversos tratados²¹⁶ que objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no seu respeito e na concretização de direitos básicos universais cujo único e exclusivo requisito para sua titularidade decorre da condição de pessoa²¹⁷.

A intangibilidade da dignidade da pessoa humana²¹⁸ a reveste, portanto, em genuína premissa democrática (*democratic premise*), posto não ser possível a caracterização de um regime como democrático se não há a sua consagração no ordenamento²¹⁹, enquanto valor estruturante da tutela dos direitos fundamentais da pessoa²²⁰. Constitui, assim, um valor fundamental subjacente às democracias constitucionais de modo geral, mesmo quando não expressamente prevista nas suas constituições²²¹.

4.2. Críticas à Dignidade da Pessoa Humana: Abstração e Indeterminabilidade

Embora haja certa confluência a respeito da configuração da dignidade da pessoa humana como tábua de valores fundamentais da humanidade, tanto que prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)²²², em seu preâmbulo e nos artigos 1.º e 23.º. No

²¹⁶ A dignidade da pessoa humana é prevista tanto no contexto internacional de âmbito global, como, por exemplo, no preâmbulo da Carta das Nações Unidas de 1946, no preâmbulo e nos artigos 1.º, 22.º e 23.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no preâmbulo do Pacto Internacional Sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, bem como no contexto internacional regional, por exemplo, no preâmbulo e art. 1.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, nos artigos 5.º, 6.º e 11.º da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, nos preâmbulos da Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos de 1981 e da Declaração dos Direitos do Homem dos Estados Asiáticos de 1983, bem como no preâmbulo e artigos 5.º e 19.º da Carta Africana dos Direitos Humanos de 1981.

²¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 196, destaca que “a dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada em todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos”.

²¹⁸ Essa intangibilidade, conforme já destacado, é consagrada expressamente no art. 1º, item I, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949.

²¹⁹ Essa consagração não precisa ser necessariamente expressa no texto constitucional, mas reconhecida pelos poderes constituídos, como, por exemplo, ocorre na França, onde o fato do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana não ser constitucionalizado pela atual Constituição francesa de 1958 não lhe retira a condição de valor estruturante do ordenamento, posto que decorre da concepção de que já se encontrava suficientemente salvaguardado através da soberania popular e da adesão da França a várias convenções internacionais, conforme destaca BOTELHO, Catarina Santos in *A Tutela Directa...op.cit.*, p. 103.

²²⁰ Sobre o tema, ROLLA, Giancarlo in *El valor normativo...op.cit.*, p. 472, destaca que “o princípio constitucional de respeito a pessoa humana constitui a premissa antropológica do Estado Democrático e Social de Direito”.

²²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar...op.cit.*, p. 153.

²²² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 10 jan. 2015.



entanto, esta conclusão não é unânime e, até mesmo entre os pensadores que a ela aderem, não está isenta de críticas.

Provém da doutrina norte-americana teorias que contestam a própria existência da dignidade humana como valor fundante do Estado constitucional. Antonin Scalia levanta um argumento formal para a não incidência da dignidade humana na argumentação jurídica, defendendo a sua inaplicabilidade quando não estiver presente, de forma expressa, no texto constitucional, como ocorre no caso dos EUA e da França²²³.

A nosso ver, o argumento textualista de Scalia não prospera. O fato de a dignidade da pessoa humana não estar expressa em determinadas constituições, como a americana e a francesa, não elidem a sua existência no ordenamento. Porquanto, nesses casos, sua incidência pode decorrer de outros princípios expressos no texto constitucional, como o da personalidade, o do devido processo legal e o da igualdade.

Tanto que, conforme observa Giancarlo Rolla, o Supremo Tribunal norte-americano utiliza-se de uma interpretação evolutiva e extensiva das cláusulas do devido processo legal e da igualdade, previstas nas emendas V e XIV da Constituição americana, para reconhecer a tutela constitucional a numerosas situações subjetivas seguramente não previstas de forma expressa no texto constitucional²²⁴.

Ademais, no caso francês, a ausência de previsão da dignidade da pessoa humana na atual Constituição Francesa de 1958 não lhe retira a condição de valor estruturante do ordenamento, posto que decorre da concepção de que já se encontrava suficientemente salvaguardada através da soberania popular e da adesão da França a várias convenções internacionais²²⁵.

Neomi Rao, por sua vez, alega que a dignidade da pessoa humana não deveria fazer parte do discurso jurídico nos Estados cujos ordenamentos não a integram na tradição legal²²⁶. Sustenta a referida autora que a sua aplicação está atrelada a valores comunitários europeus,

²²³ SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation: Federal Courts and the law*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1997, p. 23.

²²⁴ ROLLA, Giancarlo. *El principio de la dignidad humana: del artículo 10 de la Constitución española al nuevo constitucionalismo*. Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, v. 49, pp. 227-262, 2003, p. 239.

²²⁵ BOTELHO, Catarina Santos in *A Tutela Directa...op.cit.*, p. 103.

²²⁶ RAO, Neomi. On the use and abuse of dignity in constitutional law. *Columbia Journal Of European Law*. N.14, 2007-2008, p. 204.



diferentemente do sistema normativo americano fundado em direitos individuais, o que poderia conduzir ao enfraquecimento do constitucionalismo americano²²⁷.

Discorda-se desse raciocínio. A alegação de que a dignidade da pessoa humana, por estar atrelada à tradição jurídica europeia, fundada no comunitarismo, não deveria se aplicar ao regime normativo norte-americano, baseado no individualismo, não se sustenta.

Ainda que se reconheça, como explica Michael Sandel, que predomina a visão individualista nos EUA, no qual o Estado de bem-estar social é menos generoso do que a social-democracia da Europa, o que, na ótica do referido autor, pode ser explicada pela fé vigorosa na ideia de que os americanos são os mestres do seu próprio destino, enquanto os europeus são mais inclinados a atribuir as circunstâncias da vida a forças que estão fora do seu próprio controle²²⁸, a crítica feita por Neomi Rao não é plausível.

Isso porque mesmo nos países que alicerçam seu sistema jurídico em direitos individuais, como os EUA, possuem também direitos estruturais ao ordenamento que se revestem de acepção coletiva e de interesse público, tais como, no caso americano, o próprio conceito de democracia, que transcende a esfera individual.

Portanto, a aplicação da dignidade da pessoa humana, longe de enfraquecer os direitos individuais já consagrados no ordenamento, atua como limite para indevidas restrições ao seu núcleo basilar e essencial. Em última análise, a dignidade humana fortalece a própria noção de constitucionalismo americano, enquanto mecanismo que limita as arbitrariedades do poder constituído, atuando como barreira à tirania do Estado e de uma maioria circunstancial e temporária²²⁹.

Para além dos que renegam a dignidade da pessoa humana como valor fundante do Estado constitucional, as críticas lançadas acerca da própria imprecisão conceitual e de seu conteúdo axiológico não passam despercebidas entre os doutrinadores que a reconhecem como elemento central nos ordenamentos contemporâneos²³⁰.

²²⁷ RAO, Neomi. *On the use and abuse of dignity in constitutional law...op.cit.*, p. 204.

²²⁸ SANDEL, Michael J. *A Tirania do Mérito: O que aconteceu com o bem comum?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020, p. 87.

²²⁹ SMITH, Stanley Alexander in *The New Commonwealth and its Constitutions*, London: Stevens, 1964, p. 106.

²³⁰ Sobre o tema, MAC CRORIE, Benedita in *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 77, destaca que não é comum existir um consenso tão alargado em relação a um conceito jurídico, sobretudo em face da sua pouca clareza, ressaltando que apesar do Direito



Taxada de fórmula vazia por alguns estudiosos²³¹, a abstratividade do conceito de dignidade da pessoa humana acaba não sendo capaz, por si só, de evitar grandes tragédias infligidas à humanidade, como, por exemplo, os massacres cometidos, dentre outros, pelo Holocausto e pelo genocídio na Ruanda²³².

De mais a mais, a elevada indeterminabilidade de seu conteúdo aliada ao seu uso excessivo, faz com que seja maleável a ponto de abarcar tudo aquilo que o intérprete pretender que ela o seja, a ponto de se falar em *inflação da dignidade*²³³. E conteúdos demasiadamente vastos permitem interpretações pautadas em interesses nem sempre tão democráticos.

Tanto é assim que a Constituição da Coreia do Norte, em seu artigo 82.º, associa intrinsecamente a dignidade ao cumprimento estrito das leis do Estado “socialista”²³⁴. Situação similar ocorre na Constituição da República Popular da China, cujo artigo 5.º estabelece que o Estado deve defender “a dignidade do sistema legal socialista”²³⁵. A Constituição de 1977 da extinta União Soviética, em seus artigos 59.º e 64.º, respectivamente, fazia referência à “dignidade da cidadania soviética” e à “dignidade nacional”. Não custa também lembrar que a dignidade do Estado foi parte da propaganda nacional-socialista para desacreditar as instituições democráticas na Alemanha²³⁶.

Já na África e na maioria dos países asiáticos, a dignidade humana não é considerada do ponto de vista do indivíduo, mas como parte integrante de um grupo, seja a família, a tribo ou a coletividade, afastando-se, assim, da ideologia individualista liberal prevalecente no ocidente.

Internacional e das constituições de vários Estados ter recepcionado a dignidade como pedra angular do sistema, não é consensual o sentido a atribuir ao princípio da dignidade, sendo ainda mais difícil compreender os seus efetivos usos jurídicos e condições de aplicabilidade.

²³¹ Aponta-se, nesse sentido, MACKLIN, Ruth *in* Dignity is a useless concept. *British Medical Journal*, n.327, 2003, p. 1.419, que considera a dignidade um conceito inútil, por se tratar de mera repetição vaga e indeterminada de noções existentes. Ressaltando o conceito pouco claro do princípio da dignidade da pessoa humana, vide, também, HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie *in* When Ambivalent Principles Prevail: Leads for Explaining Western Legal Orders' Infatuation with the Human Dignity Principle (December 2007). *EUI Working Paper LAW*, n.º. 2007/37. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1093274> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1093274LAW-2007-37.pdf>. Acesso em 10 jan. 2020. Vide, ainda, SERNA, Pedro. La dignidad humana en la Constitución Europea. *In Persona y Derecho*, n.º 52, 2005, p. 42, afirma que o princípio da dignidade carece de significado preciso e de utilidade prática. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/324041924.pdf>. Acesso em 20 jan. 2020.

²³² BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 47.

²³³ Expressão utilizada por SERNA, Pedro *in* La dignidad...*op.cit.*, p. 41, para retratar que a onipresença da dignidade no debate público é utilizado em muitas ocasiões de forma meramente retórica e escassamente fundamentada.

²³⁴ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 47, destaca que o texto constitucional assim estabelece: “os cidadãos deverão observar rigorosamente as leis do Estado e os padrões socialistas da vida e defender a sua honra e dignidade enquanto cidadãos da República Popular Democrática da Coreia”.

²³⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar...op.cit.*, p. 163.

²³⁶ *Ibid.*



Por fim, nas Repúblicas Islâmicas do Paquistão e do Irã a dignidade humana está estreitamente conexas com a sua responsabilidade perante Deus²³⁷.

É bem de ver que por estas razões a abstratividade de seu conceito e a ausência de determinação de seu conteúdo despertam inflados discursos na doutrina. Isso porque, se, para alguns, estas características transformam a dignidade humana em valor de pouca serventia prática, para outros, é justamente esta plasticidade que possibilita a dignidade humana se amoldar no tempo e no espaço social em que inserida, sendo, felizmente, um conceito plurívoco.

Não raras vezes, como alerta Catarina Santos Botelho, a pretensão universal que se dá ao conceito acaba por se convertê-lo em um mecanismo de imposição dos conceitos universais ocidentais revestida de uma armadura jurídica inflexível e sufocante²³⁸. Nessa linha, utilizando-se do subterfúgio de garantir a dignidade da pessoa humana, acabaria por se consagrar um modelo ocidental do que é ser humano.

É justamente diante deste narcisismo ocidental, que invariavelmente procura impelir seus valores ao resto do mundo, que se mostra salutar que o conceito de dignidade humana seja dotado de certa vagueza e abstração. Em verdade, são essas características de abertura e polissemia que garantem sua modulação diante das heterogeneidades políticas e culturais entre os mais diversos Estados. É preciso convir, no preciso magistério de Ingo Sarlet, que os requisitos para uma vida com dignidade constituem dados variáveis de acordo com cada sociedade e em cada época²³⁹.

Logo, o conceito de dignidade é permeável às especificidades de cada país ou região conforme, dentre outros fatores, a religião predominante, os valores da comunidade, as mentalidades e o desenvolvimento social e econômico²⁴⁰. Disso resulta que o seu fundamento axiológico – e por conseguinte o seu conteúdo material – é variável e definido segundo tais realidades culturais, sociais e ideológicas²⁴¹.

Essa indeterminabilidade do conceito de dignidade da pessoa humana não necessariamente ostenta feição negativa, mas, pelo contrário, de relevante utilidade, na medida em que

²³⁷ BOTELHO, Catarina Santos. *A Tutela Directa...op.cit.*, pp. 93-94.

²³⁸ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 47.

²³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana...op.cit.*, p. 139.

²⁴⁰ BOTELHO, Catarina Santos. *A Tutela Directa...op.cit.*, pp. 92-93.

²⁴¹ *Ibid.*, pp. 92-102.



permite a adaptação do seu conteúdo às múltiplas realidades culturais e potencializa a sua constante evolução garantística conforme os desafios que cada época histórica traz à humanidade²⁴².

O multiculturalismo, de fato, implica em respeito e consideração pela diversidade étnica, religiosa e cultural de grupos minoritários e de determinados países ou regiões, o que tem sido amplamente aceito e, inclusive, exigido pelas democracias liberais²⁴³. Em outras palavras, as minorias têm direito ao reconhecimento de suas diferenças e, sem dúvida, a dignidade humana corrobora esse entendimento²⁴⁴.

Essa tutela estatal do diferente é sintetizada no lapidar ensinamento de Boaventura Santos ao afirmar que “*temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito de ser diferentes quando a igualdade nos trivializa*”²⁴⁵.

Por outro lado, a pretensão universalista da dignidade humana, no seu significado essencial, simboliza o liame que mantém a humanidade unida e, para tal finalidade, consoante o magistério de Luís Roberto Barroso, algum grau de idealismo iluminista se faz necessário para confrontar práticas e costumes violentos, opressivos e tiranos²⁴⁶. É dizer, na precisa doutrina de Ingo Sarlet: a dignidade que assegura a existência do ser humano com *sabor de humanidade*²⁴⁷.

O que se deve ter em mente, como bem destaca Catarina Santos Botelho, é que embora não haja um total paralelismo a nível internacional no que respeita aos catálogos de direitos fundamentais e sua respectiva tutela, apresenta-se como injustificável o uso de subterfúgios argumentativos como o relativismo cultural, os assuntos internos do Estado ou a sua identidade cultural e nacional, como fundamento para a perpetuação de grosseiras violações à dignidade da pessoa humana e a falta de responsabilização estatal²⁴⁸.

Daí se sustentar, nesse contexto, que não se deve pretender nem uma “ditadura do relativismo” tampouco o “imperialismo de falsas verdades monolíticas”, mas, sim, a validade universal da dignidade da pessoa humana e sua aplicação à generalidade dos seres humanos, independentemente de sexo, raça, religião, convicções políticas ou ideológicas²⁴⁹.

²⁴² BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 49.

²⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar...op.cit.*, p. 161.

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade...op.cit.*, p. 56.

²⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar...op.cit.*, p. 161.

²⁴⁷ Expressão usada por SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana...op.cit.*, pp. 184-185.

²⁴⁸ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 48.

²⁴⁹ *Ibid.*



Deve-se, nessa acepção, considerar contrários à dignidade humana quaisquer formas de tratamentos degradantes que provoquem em quem os receba uma situação de humilhação²⁵⁰. Com efeito, a dignidade da pessoa humana inadmite que uma maioria política conjuntural, ainda que formada democraticamente, imponha ao indivíduo concepções ou planos de vida substancialmente diversos do que ele próprio conscientemente definiu para estruturar sua vida, confiando, ao fim e ao cabo, como especial força de resistência²⁵¹.

4.3. O Conteúdo e a Estrutura Normativa do Princípio Constitucional da Dignidade Humana

A dignidade da pessoa humana, no âmbito normativo, está intrinsecamente relacionada com o direito à vida, pré-condição básica para o desfrute de qualquer direito, e da igualdade, tanto na sua acepção formal, quanto, sobretudo, em sua dimensão material, na medida em que, por terem as pessoas igual valor, merecem o mesmo respeito e consideração²⁵².

Essa correlação entre dignidade e igualdade é percebida nos ordenamentos constitucionais dos Estados democráticos, chegando, em alguns casos, a ser positivada no texto constitucional como ocorre, por exemplo, no artigo 3.º da Constituição italiana de 1947 ao afirmar que “*todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei*”, o que é repetido pelo artigo 13.º da Constituição portuguesa de 1976.

A isonomia meramente formal, conforme já destacado no tópico 3.1 (Cap. I), no plano teórico e abstrato da lei, não assegura, na prática, a igualdade de oportunidades entre os cidadãos²⁵³. Com efeito, a igualdade pautada na concreção exclusivamente no nível formal, à moda do porco de George Orwell²⁵⁴, no bojo do qual havia – como há – os “iguais” e os “mais iguais”,

²⁵⁰ ROLLA, Giancarlo. *El valor normativo...op.cit.*, p. 479.

²⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 55.

²⁵² DWORKIN, Ronald. *The sovereign virtue: the theory and practice of equality*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2002, pp. 1-7.

²⁵³ DALLARI, Dalmo de Abreu in *A Constituição...op.cit.*, p. 292, sobre o tema, afirma que o constitucionalismo de inspiração humanista do século XXI baseia-se no reconhecimento de que a afirmação da pessoa humana como valor supremo tenha “*sentido prático e se confirme no plano da realidade, não se restringindo a meras afirmações teóricas ou formais*”.

²⁵⁴ O porco, chamado de Napoleão, é um personagem utilizado por George Orwell in *A Revolução dos Bichos*. Tradução Heitor Aquino Ferreira. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 105, para simbolizar a figura de Stalin. Trata-se de uma fábula que expressa uma crítica ao regime comunista instalado na antiga União Soviética, que ficou celebrizado pela fala do burro Benjamim em resposta à camarada Quitéria, uma égua, que lhe indagava a respeito dos antigos sete mandamentos da revolução que passaram a ser resumidos a um só: “*todos os bichos são iguais, mas uns são mais iguais do que os outros*” e, complementa o autor que, depois disso, não foi de se estranhar que, no dia seguinte, os porcos que supervisionavam o trabalho da granja andassem com chicotes nas patas.



não cumpre sua missão de promoção de dignidade²⁵⁵. Em boa verdade, o próprio enunciado do princípio – “*todos são iguais perante a lei*” – nos dá conta de sua inconsistência, visto que a lei é uma abstração, ao passo que as relações sociais são reais²⁵⁶.

A delimitação do conceito de dignidade da pessoa humana, como ressalta Roger Brownsword, tem gerado tensões entre o espírito liberal (*liberal spirit*) – que a sustenta por uma concepção de empoderamento – e, por outro lado, o espírito conservador (*conservative spirit*) – que a fundamenta por uma concepção de restrição²⁵⁷. Em outras palavras, enquanto na visão liberal a dignidade da pessoa humana é utilizada para proteger e expandir a esfera de escolha individual e do domínio sobre a própria vida, na acepção conservadora é apelada para impor limites ao que se considera a esfera legítima de autonomia do indivíduo²⁵⁸.

Não obstante tal carga ideológica que permeia a sua aplicação, o significado propriamente dito da dignidade humana pode ser retratado por um viés objetivo, pois se traduz em valores, comportamentos e obrigações que fundamentam o ordenamento jurídico e regem a vida em comunidade.

Nessa toada, a dignidade humana proíbe toda forma de discriminação ilegítima pautada em razão da raça, cor, etnia, nacionalidade, sexo, idade, como dispõe o art. 3º, IV da CRFB, bem como assegura o direito ao reconhecimento por meio do respeito pela diversidade cultural, linguística e religiosa²⁵⁹. Nessa toada, como destaca Gomes Canotilho, a dignidade consagra o direito de autodeterminação de cada pessoa, de viver segundo o seu próprio projeto espiritual²⁶⁰.

Jorge Reis Novais leciona que a dignidade constitui o fundamento material da concepção dos *direitos como trunfos*²⁶¹ e significa a necessidade de reconhecimento de igual dignidade de cada pessoa e sua integridade como sujeito²⁶².

Num sentido prático e juridicamente mais operativo, o referido constitucionalista português leciona que o conteúdo da dignidade da pessoa humana representa a proscrição da

²⁵⁵ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 20-21.

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ BROWNSWORD, Roger. Human dignity from a legal perspective. In: DÜWELL, Marcus; BRAARVIG, Jens; BROWNSWORD, Roger; MIETH, Dietmar. *The Cambridge Handbook of Human Dignity...op.cit.*, pp. 1-5.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar...op.cit.*, pp. 163-164.

²⁶⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria...op.cit.*, p. 219.

²⁶¹ Sobre o tema dos direitos como trunfos contra decisões majoritárias, notadamente as liberdades básicas, vide DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: KAVANAGH, Aileen; OBERDIEK, John (eds.). *Arguing About Law*. Routledge, 2009, pp. 335-344.

²⁶² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais...op.cit.*, pp. 51-60.



subjugação e da exclusão, a proibição da coisificação e da instrumentalização degradante, a garantia do controle pessoal sobre a identidade, a reserva da esfera íntima, a apresentação pública, bem como a capacitação da pessoa como sujeito responsável²⁶³. Em suma, resulta, para cada indivíduo, enquanto sujeito, uma margem de autonomia, de liberdade pessoal e de bem-estar que o poder estatal tem de respeitar, proteger e promover²⁶⁴.

Além da vinculação com a vida e a igualdade, a dignidade relaciona-se com o direito à integridade física e psíquica, abrangendo a proibição da tortura e de qualquer tratamento desumano ou degradante²⁶⁵, como estabelece o artigo 5.º, III da CRFB e veda o trabalho escravo e as penas cruéis ou desumanas, como também dispõe o artigo 25.º da CRP. Nessa acepção, a dignidade da pessoa humana se manifesta como barreira contrária a toda forma de humilhação e vexame que possa causar degradação na esfera psíquica e insultos à autoestima do indivíduo²⁶⁶.

A ordem constitucional portuguesa também relaciona a dignidade humana com outros direitos, revestindo-a na condição de limite de acesso à informação relativas às pessoas e famílias (artigo 26.º, n.º 2, CRP), e na acepção de parâmetro regulamentador da procriação assistida (artigo 67.º, n.º 2, CRP).

No Brasil, a dignidade da pessoa humana teve sua primeira aparição no texto constitucional em 1934, em seu artigo 115.º, o qual relacionava-a à ordem econômica e social. Foi-lhe atribuída a dupla função de fundamento e limite da liberdade econômica. Situou-se, destarte, junto à Constituição de Weimar (1919), à Constituição Portuguesa (1933) e à Constituição da Irlanda (1937), entre as poucas que a mencionaram expressamente no texto constitucional no período anterior à Segunda Guerra Mundial²⁶⁷.

Na atual Constituição brasileira de 1988, a dignidade da pessoa humana reveste-se de fundamento da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, III da CRFB, além de regulamentar a paternidade responsável e o planejamento familiar (artigo 226.º, §7º, CRFB).

No plano normativo, a dignidade da pessoa humana reveste-se de uma dupla função, pois atua tanto como limite (dimensão defensiva ou negativa), contra restrições indevidas ao

²⁶³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 51.

²⁶⁴ *Ibid.*

²⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar...op.cit.*, p. 164.

²⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana...op.cit.*, p. 139.

²⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, pp. 188-189.



núcleo essencial dos direitos fundamentais que lhe são corolários, quanto como tarefa (dimensão prestacional ou positiva), no sentido de que o Estado deve realizar medidas concretas para assegurar uma coexistência digna para todos²⁶⁸.

Na acepção de limite a dignidade da pessoa humana atua como verdadeira cláusula de resistência, isto é, uma garantia negativa (dever de abstenção), impedindo que o Estado e os particulares²⁶⁹, notadamente os que possuem elevado poder financeiro aptos a causarem opressão socioeconômica, violem o núcleo basilar dos direitos que lhe são corolários, tais como os já ressaltados direito à vida, igualdade e integridade física e psíquica.

Essa garantia negativa não é exclusiva dos direitos individuais, relacionados às liberdades clássicas, podendo também incidir sobre direitos sociais. A própria educação – reconhecidamente um direito social por excelência – possui uma dimensão que exige uma abstenção do Estado, consubstanciada na liberdade dos cidadãos em escolher o tipo de ensino e aprendizado que querem submeter a si próprios e aos seus filhos ou tutelados, o que é constitucionalmente assegurado no art. 43.º, n.º 1 da CRP²⁷⁰.

Por conseguinte, a maioria dos direitos sociais também possui uma dimensão negativa, gerando obrigação de não fazer ao Estado (abstenção), apesar de sua dimensão prevalecente ser a positiva (prestacional)²⁷¹.

Por outro lado, na perspectiva de tarefa, a dignidade da pessoa humana materializa-se no direito a prestações estatais necessárias para que se possa efetivamente ter uma vida digna. Nessa acepção, reveste-se de uma garantia positiva (dever de proteção) e demanda a efetivação de direitos sociais e econômicos, tais como, saúde, educação, trabalho, moradia, previdência social, indispensáveis para que o espectro da dignidade ultrapasse a esfera do dever-ser e adentre, fixando suas raízes, no mundo concreto do ser.

²⁶⁸ A respeito da dignidade da pessoa humana como limite e tarefa do Estado e da comunidade vide SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana...op.cit.*, pp. 98-105.

²⁶⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, pp. 242-243, considera que os particulares que disponham de poder especial de caráter privado sobre outros indivíduos podem ser sujeitos *passivos* dos direitos subjetivos fundamentais, pois, nessa situação, há uma relação de poder e não entre iguais, o que justifica a proteção da liberdade daqueles que se encontram em posição de vulnerabilidade.

²⁷⁰ BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social? (Social Rights in a Context of Austerity: An Eulogy to the Principle of the Prohibition of Social Retrogression?). *Revista da Ordem dos Advogados*, p. 268, 2015.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 278.



O poder estatal tem, desta forma, o dever de promover, por meio de políticas públicas, as condições materiais indispensáveis para viabilizar e remover toda a sorte de obstáculos que impeçam as pessoas de viverem com dignidade, representando, em última análise, a expressão do ideal da solidariedade²⁷².

A doutrina discute, ainda, qual a estrutura normativa da dignidade da pessoa humana, ou seja, se configura um direito (regra) ou um princípio e, nessa toada, se ostenta caráter absoluto ou relativo.

Sobre o tema, Jorge Miranda e António Cortês asseveram que a dignidade da pessoa humana não se reveste de um direito específico, mas, sim, de um princípio englobante²⁷³. Sustentam que a dignidade da pessoa humana alicerça os demais direitos fundamentais, posto que lhes confere unidade e coerência à tutela dos direitos fundamentais delineada no sistema constitucional²⁷⁴.

Jorge Reis Novais ressalta, com precisão, que a dignidade da pessoa humana constitui o princípio supremo em que assentam os Estados de Direito e não se identifica com os próprios direitos fundamentais, sob pena de lhe gerar redundância retórica e enfraquecimento natural²⁷⁵. Isso porque, se meramente equiparado à generalidade dos direitos fundamentais, nada acrescentaria em termos de garantia jurídica aos efeitos já desenvolvidos especificamente por cada um deles, além de estar sujeita às restrições de ponderação e de limitabilidade a que estão submetidos a globalidade dos direitos fundamentais em situações pontuais e concretas²⁷⁶.

Sustenta serem derivados invariavelmente de uma concepção de dignidade da pessoa humana um conjunto de princípios jurídicos estruturantes do Estado de direito (igualdade, proibição do excesso, segurança jurídica, proteção da confiança, proibição do déficit, dentre outros) que constituirão o instrumento decisivo do controle de constitucionalidade das restrições e afeições negativas aos direitos fundamentais²⁷⁷.

Maria Lúcia Amaral também defende que a dignidade da pessoa humana, em razão da sua forte dimensão objetiva, melhor expressa-se na aceção de princípio, não se encaixando na

²⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana...op.cit.*, pp. 99-100.

²⁷³ MIRANDA, Jorge; CORTÊS, António. Artigo 1º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 86.

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais...op.cit.*, pp. 49-52.

²⁷⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 52.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 53.



estrutura normativa de direito, na medida em que não releva “*densidade suficiente para ser fundamento direto de posições jurídicas subjetivas*”²⁷⁸.

Robert Alexy afirma ser a dignidade humana um princípio caracterizador do Estado democrático constitucional que incorpora ao sistema jurídico a moral moderna do direito e do Estado, tal como fez, de forma expressa, a Alemanha no artigo 1º da Lei Fundamental²⁷⁹.

Catarina Santos Botelho pontua que a dignidade da pessoa humana assume o contorno de princípio estruturante da ordem constitucional com significado jurídico-político, seja em sua dimensão individual ou coletiva –, com uma ligação incindível com a liberdade e a igualdade, não consubstanciando qualquer tipo de brilho retórico (*rhetorical gloss*), mas inestimável e primeira aspiração humana, anterior a qualquer tipo de reivindicação material²⁸⁰. A mencionada constitucionalista portuguesa sustenta que a dignidade da pessoa humana se apresenta como “*princípio geral comum a todas as nações civilizadas*”, numa espécie de “*síntese axiológica civilizacional*”²⁸¹, sustentando que “*embora não seja classificada como um direito fundamental stricto sensu, acaba por ser um princípio de cariz multifuncional*”²⁸².

Ingo Wolfgang Sarlet, por sua vez, reconhece à dignidade da pessoa humana a condição de princípio jurídico constitucional fundamental²⁸³. Afirma ser esta a concepção que melhor se afina com a tradição dominante no pensamento jurídico-constitucional brasileiro, lusitano e espanhol²⁸⁴. Contudo, ressalta que tal conclusão não afasta a circunstância de que possa ser aplicado como regra, decorrente do caráter dúplice das normas de direitos fundamentais²⁸⁵. Cita, como exemplo, a regra que proíbe a tortura (artigo 5.º, III, CRFB), assumindo, em certo sentido, a condição de norma de direito fundamental, traduzindo-se na ideia de que emana do princípio da dignidade posições subjetivas fundamentais e deveres²⁸⁶.

O mencionado constitucionalista brasileiro sustenta que a dignidade da pessoa atua simultaneamente como limite dos direitos (fundamento para a restrição de direitos fundamentais

²⁷⁸ AMARAL, Maria Lúcia. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional Portuguesa. *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito*: em comemoração do 70.º Aniversário. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 947-964, p. 948.

²⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito...op.cit.*, pp.111; 162; 228.

²⁸⁰ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p.50.

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² BOTELHO, Catarina Santos. A dignidade da pessoa humana – Direito subjetivo ou princípio axial? *Revista Jurídica Portucalense*, n. 21, 2017, pp. 256-282, p. 273.

²⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, pp.190-192.

²⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, pp.190-192.

²⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, pp.190-192.

²⁸⁶ *Ibid.*



e outros bens constitucionais conflitantes) e limite dos limites, isto é, barreira contra a atividade restritiva dos direitos fundamentais²⁸⁷.

Luis Roberto Barroso assevera que a melhor forma de classificar a dignidade humana é como princípio jurídico com status constitucional e não como um direito autônomo²⁸⁸. Considera que a dignidade humana funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais, atuando com dois papéis bem definidos²⁸⁹.

O primeiro papel é como fonte de direito – e conseqüentemente, de deveres – incluindo aqueles não expressamente enumerados, que são reconhecidos como parte das sociedades democráticas maduras, citando, como exemplo, no caso brasileiro, o direito geral contra a não autoincriminação, que embora não esteja explicitado, pode ser extraído do princípio da dignidade da pessoa humana²⁹⁰. O segundo papel é o interpretativo, pois a dignidade humana, como parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade ou a privacidade, vai informar a interpretação de tais direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido no caso concreto²⁹¹.

Giancarlo Rolla, por sua vez, leciona que o princípio da dignidade da pessoa humana reveste-se como valor supremo com pluralidades de funções: a) núcleo aglutinador e cláusula de interpretação que confere fundamento e coerência ao ordenamento jurídico; b) traço

²⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana...op.cit.*, pp. 105-112 e 177-182, refuta, no entanto, a identificação da dignidade da pessoa humana com o assim designado e considerado, na sua visão, igualmente controverso e mesmo “nebuloso”, núcleo essencial dos direitos fundamentais. Argumenta, para fundamentar sua convicção, que nem todos os direitos fundamentais, especialmente na Constituição brasileira de 1988, apresentam um conteúdo em dignidade, embora todos possuam um núcleo essencial, pelo menos no sentido de uma proibição de abolição efetiva ou tendencial pelo poder constituinte reformador (art.60, §4º, IV, CRFB) e de uma vedação de restrições que afetem aspectos nucleares do direito fundamental em causa. Isso, entretanto, em sua ótica, não elidiria o argumento de que o conteúdo em dignidade (quando existente) poderá ser parte do assim designado núcleo essencial dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o referido autor assim pontua: “Nesse contexto, vale repisar que a condição de direito fundamental decorre de uma opção do constituinte (pelo menos no que diz com os direitos expressamente enunciados como fundamentais) que não necessariamente tem por fundamento a dignidade da pessoa humana ou pelo menos uma determinada concepção de dignidade, mas sim pode encontrar respaldo em uma série de outros valores ou mesmo se traduzir em resposta a demandas específicas do corpo social”. A título exemplificativo, relacionado ao ordenamento brasileiro, afirma que “Apenas em caráter ilustrativo e tomando como base o elenco de direitos fundamentais da CF, seria curioso afirmar que o mandado de injunção encontra fundamento necessário e direto na dignidade da pessoa humana, ou, pelo menos, que se cuida de uma exigência direta dessa mesma dignidade, o mesmo se verificando no caso da previsão do FGTS, do pagamento de um terço sobre as férias, entre outros exemplos.” Conclui o autor que a relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais está em constante processo de reconstrução e que os direitos poderão ser fundamentais não por terem um conteúdo em dignidade, mas em virtude de outros critérios eleitos pelo legislador constituinte, razão pela qual lhes concederia proteção jurídica adequada e reforçada.

²⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar...op.cit.*, p. 154.

²⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar...op.cit.*, p. 154.

²⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar...op.cit.*, pp. 155-156.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 156.



distintivo do ordenamento constitucional; c) propulsor da universalização de certos direitos fundamentais que lhe são corolários; d) parâmetro de ponderação no caso de conflito entre os diversos direitos constitucionais²⁹². Conclui o constitucionalista italiano que o aludido princípio possui aplicabilidade direta, não podendo reduzi-lo a mera declaração romântica desprovida de efetividade²⁹³.

Na função de cláusula de interpretação, o jurista italiano considera a dignidade da pessoa humana como princípio-reitor que orienta a atividade normativa e jurisprudencial²⁹⁴. Defende, inclusive, a interpretação conforme o princípio da dignidade, considerando-o critério geral hermenêutico, ao afirmar que “*o reconhecimento do valor da dignidade humana exige, por um lado, que uma disposição suscetível de assumir mais de um significado deva ser interpretada da forma mais conforme o princípio da dignidade*”, excluindo, por consequência, aquela que esteja em contrariedade ou conflito com tal valor²⁹⁵.

Constata-se, então, que se por um lado a dignidade da pessoa humana é amplamente concebida como um princípio estruturante do Estado constitucional e não um direito fundamental específico²⁹⁶, por outro, o mesmo não se pode afirmar a respeito do seu caráter absoluto ou relativo, que gera divergências doutrinárias.

Sobre o tema, Jorge Reis Novais sustenta que, na acepção de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado democrático de direito, a enorme potencialidade jurídica da dignidade humana advinda da capacidade em fazer assentar uma força jurídica imperativa num núcleo mais restrito é reconhecido como irredutível²⁹⁷.

Kai Möller, sobre o tema, critica a doutrina de Robert Alexy, no sentido de que todos os princípios constitucionais admitem ponderação, pois entende que a dignidade da pessoa humana, cuja inviolabilidade está assegurada expressamente no artigo 1.º da Lei Fundamental alemã, não se submete a esse balanceamento, sendo injustificável a sua ofensa, ainda que em conflito com a dignidade de outras pessoas²⁹⁸.

²⁹² ROLLA, Giancarlo. *El valor normativo del principio de la dignidad humana...op.cit.*, pp. 468-485.

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ ROLLA, Giancarlo. *El valor normativo del principio de la dignidad humana...op.cit.*, p. 471.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ Registre-se que MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 574, consideraram ser a dignidade da pessoa humana o “*valor-fonte dos demais valores*”.

²⁹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 52.

²⁹⁸ MÖLLER, Kai. Balancing and the structure of constitutional rights. *International Journal of Constitutional Law*, 5 (3), 2007, pp. 453-468, p. 467.



Kai Möller defende que esse, inclusive, foi o posicionamento do Tribunal Constitucional alemão que decidiu ser inconstitucional²⁹⁹ o Ato da Segurança da Aviação, aprovado pelo Parlamento, que permitia o Estado abater aviões que fossem sequestrados e susceptíveis de serem utilizados como armas terroristas³⁰⁰.

Diversamente, Robert Alexy, ao sustentar que a dignidade humana pode se expressar sob uma dupla estrutura normativa, isto é, tanto como regra quanto princípio³⁰¹, admite a excepcional relativização da dignidade humana, por meio de um juízo de ponderação, no caso concreto, quando houver conflito entre dignidades de pessoas (ou grupos) distintas, como, por exemplo, nos litígios entre a privacidade (no sentido de defesa da reputação) e a liberdade de imprensa³⁰².

Nils Teifke, sobre o tema, combina essa dupla concepção da dignidade da pessoa humana sustentada por Robert Alexy – do que decorrem duas possíveis estruturas normativas diversas (regra ou princípio) – e a aglutina em uma só norma constitucional (*one constitutional-rights norm of human dignity*)³⁰³. Nessa acepção, não haveria uma regra da dignidade que seja independente da sua acepção enquanto princípio, definindo a dignidade da pessoa humana simplesmente como um princípio que é limitável, mas com um peso abstrato predominante³⁰⁴.

Ademais, como leciona Luís Roberto Barroso, também seria possível a restrição da dignidade pessoal em face de valores sociais relevantes, visando impedir comportamentos nocivos, tal como a prisão de determinada pessoa após o devido processo legal que, à toda evidência, acarreta a relativização da dignidade do condenado, fundamentada, no entanto, em prol da proteção dos demais membros da sociedade³⁰⁵.

²⁹⁹ BVerfG, 1 BvR 357/05 em fevereiro 15 2006.

³⁰⁰ MÖLLER, Kai. *Balancing and the structure...op.cit.*, p. 467. A respeito da referida decisão do Tribunal Constitucional alemão, vide YOUNGS, Raymond. Germany: Shooting down aircraft and analyzing computer data. *International Journal of Constitutional Law*, 6 (2), 2008, pp. 331-348, bem como MÖLLER, Kai. On Treating Persons as Ends: The German Aviation Security Act, Human Dignity, and the Federal Constitutional Court. *Public Law*, Autumn, 2006, pp. 457-514.

³⁰¹ Nesse sentido, ROBERT, Alexy. *In A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 64, considera que o artigo 1.º, n.º 1.º, da Lei Fundamental alemã expressa esse duplo aspecto da dignidade humana, podendo se manifestar tanto como regra quanto princípio.

³⁰² ALEXY, Robert. *Teoria...op.cit.*, pp. 148-167.

³⁰³ TEIFKE, Nils. Human Dignity as a Principle and as a Constitutional Right. In: GRIMM, Dieter; KEMMERER, Alexandra; MÖLLERS, Christoph (eds.) *Human Dignity in Context: Explorations of a contested concept...op.cit.*, pp. 232-237.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto in *Aqui, lá e em todo lugar...op.cit.*, p. 175 destaca que: “Não há dúvida, portanto, que a autonomia pessoal pode ser restringida para impedir comportamentos nocivos, seja em nome da noção de princípio do dano, desenvolvida por Jhon Stuart Mill, ou então do conceito mais amplo de princípio da ofensa, defendido por Joel Feinberg”.



Entretanto, o que se deve ter em mente, é que esse juízo de ponderação, embora possa ser utilizado no caso concreto para solucionar os litígios decorrentes das tensões entre dignidades de titulares distintos, trata-se de situação excepcional e que jamais poderá resultar no sacrifício da dignidade como valor permanente e insubstituível inerente ao ser humano. Esta é a dimensão efetivamente absoluta da dignidade, devendo ser reconhecido e protegido no ordenamento e, especificamente nesse sentido, não é ponderável³⁰⁶.

Por fim, cumpre ressaltar, que para a parte da doutrina que sustenta possuir a dignidade a dupla estrutura normativa – tanto de princípio quanto de regra – em algumas hipóteses ela assumiria o caráter absoluto, manifestando-se como regra e, por conseguinte, vedando de forma descritiva determinada conduta³⁰⁷. É o que ocorre com a proibição da prática de tortura que, sendo aplicada como regra, não estaria sujeita sequer à ponderação³⁰⁸.

Contudo, mesmo nessa hipótese, ainda há alguns defensores da sua possibilidade de relativização, principalmente após o atentado às torres gêmeas nos Estados Unidos. Defende-se que, em casos extremos que geram grave risco de vida à coletividade e quando inexistentes outros meios aptos a evitar o dano, a tortura poderia ser admitida, como por exemplo, para descobrir o paradeiro de uma bomba armada capaz de matar centenas de pessoas³⁰⁹.

Em suma, na precisa lição de Christopher McCrudden, a dignidade expressa pluralidades de significados (*the pluralism of meanings of dignity*), identificando, ao menos, cinco acepções: a) dignidade como hierarquia; b) dignidade como igualdade; c) dignidade como respeito; d) dignidade como comportamento; f) dignidade como valor moral, os quais comumente entram em conflito entre si em muitos aspectos³¹⁰.

Apesar dessa complexidade na definição do seu conteúdo, Christopher McCrudden chama a atenção para a necessidade de considerar a dignidade sob um viés ético e altruísta, o que demanda a capacidade de superar os preconceitos pessoais decorrentes do próprio ego e

³⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana...op.cit.*, p. 186.

³⁰⁷ Considerando que o artigo 1.º, n.º 1.º, da Lei Fundamental alemã expressa esse duplo aspecto da dignidade humana, que pode se manifestar tanto como regra quanto princípio, vide ROBERT, Alexy. *A Theory of Constitutional Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 64.

³⁰⁸ *Ibid.*, pp. 189-192.

³⁰⁹ Defendendo a *tortura salvadora*, também chamada de *tortura altruística*, como uma escolha trágica (*tragic choice*) que pode ser utilizada em casos de emergência e com o propósito específico de salvar vidas humanas, vide POSNER, Richard A. *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford University Press, 2006, p. 77; BRUGGER, Winfried. May government ever use torture? Two responses from German law. *The American Journal of Comparative Law*, 48 (4), 2000, pp. 661-678, bem como NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana: Dignidade e Inconstitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 202.

³¹⁰ MCCRUDDEN, Christopher. On Portraying Human Dignity. In: GRIMM, Dieter; KEMMERER, Alexandra; MÖLLERS, Christoph (eds.) *Human Dignity in Context: Explorations of a contested concept...op.cit.*, p. 51.



colocar-se no lugar do outro, o que considera ser o seu *núcleo de reflexividade (core of reflexivity)*, isto é, a necessidade de perceber o outro como ser humano, o que está cada vez mais ameaçado ultimamente³¹¹.

5. SOLIDARIEDADE E EDUCAÇÃO FRATERNA: O Acolhimento do Educando e a sua Integração na Comunidade

A solidariedade, ao lado da igualdade e da dignidade, é outro valor estruturante dos regimes democráticos. A sua incidência na configuração do sistema de ensino dissemina uma *educação fraterna*, entendida aquela que, sem inimizar as pessoas, reconhece as diversidades culturais, étnicas e religiosas, acolhe os educandos e os integra como membros da comunidade.

Desse modo, faz-se predominar, como valor comunitário, a fraternidade contra a intolerância, reconhecendo-se, uns aos outros, não como inimigos, mas sujeitos de direitos iguais em oportunidades, respeito e consideração.

Nessa perspectiva, a educação materializa-se – utilizando-se da expressão de Vieira de Andrade – como autêntico *direito fundamental de solidariedade*, pois representa um bem comunitário, de interesse difuso e partilhado³¹².

A solidariedade, sob a ótica sociológica e do convívio em comunidade, é uma virtude que representa o meio termo entre o egoísmo (interesse centrado no indivíduo) e o altruísmo (interesse dirigido somente para outrem)³¹³. Em um sentido jurídico, remonta à expressão *obligatio in solidum*, a qual o direito romano designava a responsabilidade compartilhada dos membros da uma família ou comunidade pelas dívidas comuns³¹⁴.

A partir do século XVIII e XIX, essa noção de responsabilidade mútua transcende o âmbito jurídico e alcança o campo da política e da moral, vinculada ao conceito de fraternidade, surgida como uma das aspirações constantes no lema da Revolução Francesa de 1789³¹⁵.

³¹¹ MCCRUDDEN, Christopher. *On Portraying Human Dignity...op.cit.*, pp. 53-54.

³¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *in Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 382, utiliza a expressão “*direitos fundamentais de solidariedade*” para retratar os bens comunitários que demandam uma tutela adequada, possuindo certa margem de justificabilidade, notadamente no que se refere ao núcleo mínimo e essencial dos direitos sociais, que podem ser protegidos por meio do direito de ação popular (artigo 52.º, 3.º, CRP).

³¹³ HOFFE, Otfried (org.). *Lexikon der Ethik*. Munique: Beck, 1986, p. 287. Vide também GRECO, Marco Aurélio; GODOL, Marciano Seabra de; SACCHETTO, Cláudio (coords.) *et al. Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 11, que consideram a solidariedade uma forma de atuação contrária ao egoísmo.

³¹⁴ PISARELLO, Gerardo. Solidaridad e insolidaridad en el constitucionalismo contemporáneo: elementos para una aproximación. *Revista de Estudios Sociales*, n. 46, p. 86–97, 2013, p. 87.

³¹⁵ PISARELLO, Gerardo. *Solidaridad e insolidaridad...op.cit.*, p. 87.



Nessa toada, qualifica-se como solidária uma sociedade que não inimiza as pessoas entre si e que se realiza no retorno, tanto quanto historicamente viável, à *Gesellschaft*³¹⁶, ou seja, a energia que vem da densidade populacional fraternizando e aproximando as pessoas umas das outras³¹⁷.

Entretanto, o conceito de solidariedade tem sofrido mutações ao longo da história. No constitucionalismo liberal reveste-se de papel compensatório e moderador dos desequilíbrios sociais e econômicos gerados pelo capitalismo³¹⁸. Assume, portanto, um viés conservador, posto que almeja tão somente a manutenção da ordem vigente, isto é, sem o real compromisso de efetiva remoção das desigualdades³¹⁹.

A bem da verdade, tratava-se de concepção que buscava ser uma alternativa tanto ao absolutismo monárquico e religioso quanto aos movimentos democráticos-populares da classe operária³²⁰. Estes, articulados em torno da noção de fraternidade, consideravam a solidariedade como um ideal emancipatório e de extinção das classes sociais e de toda a forma de relação despótica, seja no âmbito público ou particular³²¹.

A noção da solidariedade passa a se materializar com o status de princípio estruturante da ordem constitucional, desvinculando-se do âmbito moral e político, como uma reação à falta de solidariedade e ao individualismo exagerado que dominou as relações econômicas e jurídicas liberais de boa parte do século XIX³²².

Nessa perspectiva, no constitucionalismo social, ganha força o ideal de solidariedade como emancipação e não como mero mecanismo compensatório de desigualdades³²³. Desse modo, a Constituição mexicana de 1917 expandiu os direitos políticos e sociais aos

³¹⁶ O termo *Gesellschaft* significa sociedade e trata-se, conforme análise realizada por ANTUNES, Jadir. *In A Diferença entre Gemeinschaft, Gesellschaft e Verein* [Comunidade, Sociedade e Associação] em Marx. *Eleutheria*. Campo Grande, v. 2, n. 3, dez./2017 – maio/2018, pp. 38-49, pp.41-42, de uma entidade artificial resultado da reunião dos indivíduos em torno de um contrato ou interesse comum e unida por laços de sociabilidade, cuja finalidade reside no indivíduo e o Estado é o seu instrumento. A *Gesellschaft*, em oposição à concepção de *Gemeinschaft* (comunidade que predomina sobre o indivíduo) baseia-se na abstração das diferenças naturais e na ideia da igualdade abstrata entre os indivíduos e da liberdade, compreendida como a ausência de impedimentos externos ao livre movimento das paixões individuais. Conclui o autor que na *Gesellschaft* “rege a ideia de que o Estado surge como produto da vontade e do interesse dos indivíduos e para garantir certos direitos individuais naturais que são anteriores ao próprio Estado”. Disponível em <https://periodicos.ufms.br/index.php/reveleu/article/view/5471/4108>. Acesso em 10 jan. 2021.

³¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica...op.cit.*, p. 217.

³¹⁸ PISARELLO, Gerardo. *Solidaridad e insolidaridad...op.cit.*, pp. 87-88.

³¹⁹ PISARELLO, Gerardo. *Solidaridad e insolidaridad...op.cit.*, pp. 87-88.

³²⁰ PISARELLO, Gerardo. *Solidaridad e insolidaridad...op.cit.*, pp. 87-88.

³²¹ PISARELLO, Gerardo. *Solidaridad e insolidaridad...op.cit.*, pp. 87-88.

³²² PISARELLO, Gerardo. *Solidaridad e insolidaridad...op.cit.*, p. 89.

³²³ PISARELLO, Gerardo. *Solidaridad e insolidaridad...op.cit.*, p. 91.



trabalhadores e camponeses e limitou a propriedade privada de grandes produtores, bem como a Constituição soviética de 1918 apontou para a abolição da sociedade de classes, sem opressores nem oprimidos³²⁴.

Contudo, o nazismo, o fascismo e a degradação estalinista na antiga União Soviética desarticularam, de forma radical, esse programa constitucional, posto que, para tais movimentos antidemocráticos e totalitários, a negação da solidariedade constituía um requisito indispensável para a manutenção da ordem social³²⁵.

Portanto, a solidariedade se distingue do mero coletivismo que caracterizou essas experiências totalitárias e aniquilaram o indivíduo, submergindo-o num ideal coletivo³²⁶. Diversamente, o objetivo de uma sociedade solidária é assegurar que o maior número possível de pessoas possa desenvolver plenamente o seu plano individual de vida³²⁷.

No período posterior à Segunda Guerra Mundial, sobretudo na Europa, retoma-se a acepção liberal de solidariedade como mecanismo compensatório das desigualdades, assumindo a noção de “*deveres fundamentais que responsabilizam cada um face aos restantes membros da sociedade*”³²⁸. Prioriza-se o estabelecimento de medidas estatais que garantam o regular funcionamento do capitalismo em um sentido mais equitativo, sem, contudo, qualquer aspiração de transformação radical nas relações sociais³²⁹.

Disso resulta que o reconhecimento da solidariedade em diversas Constituições, como a brasileira de 1988 (artigo 3.º, I, CRFB) e a portuguesa de 1976 (artigo 1.º, CRP)³³⁰, não torna socialista os regimes de Portugal e Brasil. Jorge Miranda, sobre o tema, considera que a expressão “*abrir caminho para uma sociedade socialista*” contida no preâmbulo da Constituição

³²⁴ PISARELLO, Gerardo. *Solidaridad e insolidaridad...op.cit.*, p. 91.

³²⁵ PISARELLO, Gerardo. *Solidaridad e insolidaridad...op.cit.*, p. 92.

³²⁶ BOTELHO, Catarina Santos. *Direitos Sociais em Tempos de Crise...op.cit.*, p. 101.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ OTERO, Paulo. Direitos económicos e sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional. In AAVV, Tribunal Constitucional – 35º Aniversário da Constituição de 1976, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 37-55, p. 45.

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ A CRP, além do artigo 1.º, prevê a solidariedade em diversos outros dispositivos, tais como nos artigos 63.º (segurança social e solidariedade); 66.º, n.º 2, alínea *d* (princípio da solidariedade entre gerações para o respeito ao meio ambiente); 71.º (deveres de respeito e solidariedade em relação às pessoas com deficiência); 73.º (solidariedade e educação); 82.º, n.º 4, alínea *d* (meios de produção de pessoas coletivas sem carácter lucrativo do setor cooperativo e solidariedade social); 189.º (solidariedade governamental); 225.º, n.º 2 (autonomia das regiões de Açores e Madeira e solidariedade) e 227.º, n.º 1, alínea *j* (poderes das regiões autónomas e solidariedade nacional).



Portuguesa de 1976 sofreu a incidência da *caducidade*³³¹, em face da revisão constitucional da Lei Fundamental iniciada em 1982, que iniciou o processo de desmarxização da CRP³³². Esse movimento institucional foi impulsionado por uma nova realidade constitucional que se alinhava ao liberalismo econômico, à propriedade privada e à livre iniciativa³³³, que foi reforçado pela segunda revisão constitucional de 1989³³⁴.

Ambas as nações adotam o sistema capitalista, fundado em dois grandes pilares: a propriedade privada e a livre concorrência, os quais representam verdadeiros princípios conformadores da ordem econômica portuguesa (artigo 80.º, alíneas *b, c*, CRP) e brasileira (artigo 170.º, II e IV, CRFB). Nessa perspectiva, a solidariedade não representa fraternidade revolucionária, mas, consoante Paulo Castro Rangel, “*uma nova orientação das relações económicas internacionais no sentido de as tornar menos assimétricas*”³³⁵.

A marca da solidariedade, tanto na CRP quanto na CRFB, reveste-se de princípio estruturante da ordem constitucional. Caracteriza – ainda que sem pretensões de eliminar o capitalismo ou extinguir a sociedade de classes – um sistema jurídico consciente dos desequilíbrios causados pela concentração de riquezas e pela desigualdade social.

Direciona-se, então, para a proteção dos grupos hipossuficientes e minoritários, afetados pelas naturais tensões causadas pelo sistema capitalista. Visa direcionar as ações estatais e estimular a dos particulares para a eliminação de quaisquer formas de discriminação em razão de raça, sexo, gênero ou religião. Pretende, desse modo, humanizar o capital, preocupando-se não somente com a isonomia, mas também com o desenvolvimento sustentável, a preservação dos recursos naturais e a melhor distribuição do resultado da atividade econômica.

³³¹ Jorge Miranda defende que a referida expressão, prevista no preâmbulo da Constituição Portuguesa de 1976, ou significa o mesmo que, desde 1989, se diz no artigo 1º que Portugal é uma “*República soberana empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”, visando a realização de uma democracia econômica, social e cultural, ou ocorreu o fenômeno da caducidade, por não mais se verificar a existência dos pressupostos ou das condições de que dependiam a vigência do preceito no momento da sua publicação, em face das revisões realizadas depois da promulgação do seu texto originário, além de destacar se filiar à corrente doutrinária de que o preâmbulo constitucional possui relevância jurídica indireta ou principialista, não incorporando preceitos, mas, sim, princípios interpretativos. Nesse sentido, vide MIRANDA, Jorge. *Caducidade de Normas Constitucionais in MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de (org.). Mutações Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 289.

³³² MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 430.

³³³ VAZ, Manuel Afonso et al., *Direito Constitucional: O Sistema Constitucional Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 11-13, e RANGEL, Paulo Castro, *O Estado do Estado: Ensaio de Política Constitucional sobre Justiça e Democracia*. Alfragide: Dom Quixote, 2009, p. 136.

³³⁴ MAGALHÃES, José. *Dicionário da Revisão Constitucional*. Lisboa: Europa-América, 1989, p. 144; OTERO, Paulo. *Direitos económicos e sociais...op.cit.* pp. 39-40.

³³⁵ RANGEL, Paulo Castro. *O Estado do Estado...op.cit.*, p. 120.



Nessa perspectiva, a solidariedade possui âmbitos próprios de incidência, não necessariamente reconduzíveis às novas dimensões da igualdade, o que resulta em certa autonomia enquanto princípio axiológico³³⁶.

Em suma, os ordenamentos jurídicos solidários são aqueles cujas normas³³⁷ visam construir, manter e fortalecer uma sociedade baseada na cooperação recíproca entre os cidadãos, tanto para as presentes quanto para as futuras gerações, assegurando, desse modo, uma justiça intergeracional³³⁸.

Nesse sentido, como destaca Jorge Pereira da Silva, as decisões políticas tomadas pelas atuais gerações não podem ser realizadas como se o futuro não existisse, pois atuar dessa forma

³³⁶ Nesse sentido, vide GIMÉNEZ, Teresa Vicente. *La exigibilidad de los derechos sociales*. Valença: Tirant to Blanch, 2006, pp. 36-41; PALOP, María Eugenia Rodríguez. *La nueva generación de derechos – Origen y justificación*. 2. ed., Madrid: Dykinson, 2010, pp. 328-360; CERVERA; Ignacio Campoy. *Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos*, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 21, 2004, pp. 143-166, p. 160.

³³⁷ MARTINS, Maria d'Oliveira. Ensaio sobre a Solidariedade Intergeracional e a sua incidência na Despesa Pública. In: *Justiça Entre Gerações: Perspectivas interdisciplinares*. SILVA, Jorge Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, pp. 261-262, ressalta que, em Portugal, em 1997, o artigo 66.º n.º 2, alínea d da CRP reconheceu o princípio da solidariedade entre gerações, possuindo, inicialmente, um conteúdo mais relacionado com o âmbito do direito ambiental e, somente a partir de 2004, com a revisão da Lei de Enquadramento Orçamental (Lei n.º 48/2004), passou a ser analisado sob o viés jurídico-financeiro, como na esfera da despesa pública e da segurança social, a ponto de ser citado, ainda que de passagem, no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 437/2006.

³³⁸ Sobre o tema, SILVA, Jorge Pereira da. *Justiça Intergeracional: Entre a Política e o Direito Constitucional*. In: *Justiça Entre Gerações: Perspectivas interdisciplinares*. SILVA, Jorge Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, pp. 95-96, destaca que a justiça intergeracional representa a ética de responsabilidade para com o futuro, a fim de garantir um mínimo de equidade e condições de possibilidade dos direitos das gerações vindouras, para que não sejam privadas da liberdade de fazer as suas próprias escolhas democráticas. SEQUEIRA, Elsa Vaz de. *Direitos Sem Sujeito? In Justiça Entre Gerações...op.cit.*, p. 38, adverte que os direitos futuros da geração vindoura desempenham uma dupla função: instituem um dever geral de respeito e balizam a extensão dos direitos da geração presente. Vide, também, RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. *O Problema da Tutela Constitucional das Gerações Futuras*. In *Justiça Entre Gerações...op.cit.*, pp. 155-158, que, pautado na propensão irresistivelmente imediatista da democracia representativa, inclui as gerações futuras no elenco dos grupos sociais politicamente vulneráveis, e sustenta a tese da constitucionalização dos direitos intergeracionais, desde que no plano dos princípios, mais flexível do que o modelo das regras, a fim de assegurar, desse modo, simultaneamente, a limitação do legislador ordinário e o que chama de *respiração democrática* da sociedade. MATIAS, Gonçalo Saraiva. *Demografia, Migrações e Sustentabilidade Intergeracional*. In *Justiça Entre Gerações...op.cit.*, p. 416, por sua vez, relaciona a questão democrática e a gestão dos fluxos migratórios com a sustentabilidade intergeracional. BOTELHO, Catarina Santos. *A Tutela Constitucional das Gerações Futuras: Profilaxia ou Saudades do Futuro? In Justiça Entre Gerações...op.cit.*, pp. 209-212, lastreada em uma concepção objetiva da sua justiciabilidade e da necessidade de se combater situações de excesso na sua proteção que possam limitar a autodeterminação da geração vindoura (a que chama de *geração não participativa*), reconhece a necessidade da tutela constitucional das gerações futuras, a fim de que possam ter as contingências sociais e ambientais que lhes permitam escolher livremente as instituições políticas que elas próprias (e não a geração atual) entendam como viáveis e desejáveis.



corresponde a hipotecar “*sistematicamente a vida das gerações vindouras*”³³⁹, o que é “*inaceitável à luz de uma ética de responsabilidade*”³⁴⁰.

Nesse contexto, no magistério de Maria d'Oliveira Martins, surge a noção de *despesa pública justa*, isto é, aquela que se preocupa com a *solidariedade intergeracional*, a fim de que as presentes e futuras gerações possam desfrutar de padrões de bem-estar social e de capacidades semelhantes, mas sem se descuidar da obtenção da *sustentabilidade orçamentária*, isto é, que as presentes gerações não deixem despesas públicas demasiadas para as próximas gerações, que possam comprometer o seu pleno desenvolvimento³⁴¹.

Impõe-se ao Estado, sob esse viés, a implementação de políticas públicas em prol de interesses coletivos, com o escopo de superar – ou ao menos mitigar – as distorções sociais naturalmente causadas pela estrutura da sociedade capitalista, pautada na livre competição e na concentração dos meios de produção, onde a tendência é prevalecer a vontade do economicamente mais forte.

A solidariedade funciona, ainda, como vetor interpretativo, influenciando o juízo de ponderação a ser realizado pelo intérprete da norma quando se deparar, no caso concreto, com o conflito entre princípios assegurados pelo ordenamento³⁴². Busca, assim, garantir o constante equilíbrio dos legítimos interesses em disputa, priorizando o interesse coletivo frente ao exclusivamente individual, implementando mecanismos que assegurem o desenvolvimento sustentável.

A solidariedade se expressa, nas democracias contemporâneas, não somente em normas do âmbito do direito público, alcançando também relações jurídicas firmadas na seara do direito privado. Pretende-se, desse modo, proteger grupos reconhecidamente vulneráveis contra a atuação abusiva de agentes privados com elevado poder econômico.

Surge, nesse contexto, a expressão *Solidarprivatrecht*³⁴³, da doutrina alemã, que, em linhas gerais, significa a reformulação do direito privado à luz dos direitos humanos

³³⁹ SILVA, Jorge Pereira da. *Crônicas Constitucionais: Reter o tempo em palavras*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021, pp. 92-93.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 93.

³⁴¹ MARTINS, Maria d'Oliveira. *A despesa pública justa: Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 172.

³⁴² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 295.

³⁴³ Expressão utilizada por Hannes Rosler in *Europaisches Konsumentenvertragsrecht*. Munique: Beck, 2004, p. 93.



fundamentais, tendo a dignidade da pessoa humana e a solidariedade como valores estruturantes do ordenamento.

Contudo, no constitucionalismo, com base na lógica privatizadora, impulsionado pelas exigências do mercado financeiro, a noção de solidariedade tem sofrido nova mutação. Passa-se, consoante o magistério de Gerardo Pisarello, a marginalizar a função compensatória da solidariedade e de correção dos abusos do poder econômico para garantir que este não seja interferido de maneira excessiva ou desproporcional por intervenções públicas e por direitos como os trabalhistas decorrentes de negociação coletiva ou greve³⁴⁴.

No entanto, ainda que nesse ambiente hostil, surgem, de forma reacionária, grandes aspirações pautadas no solidarismo democrático³⁴⁵. Estas traduzem-se na ampliação dos direitos de participação de grupos e classes mais vulneráveis, no reconhecimento de direitos sociais generalizados e na imposição de encargos e deveres específicos para os exercícios da propriedade privada e da liberdade da empresa, vinculando a solidariedade ao respeito à plurinacionalidade, ao antirracismo e ao antissexismo³⁴⁶.

Nesse contexto político-normativo, a solidariedade se relaciona intrinsecamente tanto com a democracia quanto com a educação. Ao incentivar a ampliação do debate público pelos grupos minoritários, permitindo que possam, não somente votar, mas serem escolhidos como representantes dos seus interesses nas esferas de decisão estatal, fortalece a democracia deliberativa.

No âmbito educacional, a solidariedade edifica um sistema de ensino fraterno que, pautado no acolhimento e na tolerância, não considera os diferentes como inimigos, reconhece as diversidades culturais, étnicas e religiosas de cada educando, bem como as inclui no seu processo de aprendizagem. Rejeita, desse modo, qualquer forma de doutrinação colonizadora e busca a integração pela aceitação das diferenças e não pela imposição de padrões ideológicos, metodológicos ou comportamentais dominantes.

6. DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO GLOBAL: A Regulamentação Internacional do Direito à Instrução

³⁴⁴ PISARELLO, Gerardo. *Solidaridad e insolidaridad...op.cit*, p. 95.

³⁴⁵ PISARELLO, Gerardo. *Solidaridad e insolidaridad...op.cit*, p. 95.

³⁴⁶ PISARELLO, Gerardo. *Solidaridad e insolidaridad...op.cit*, p. 95.



A exata compreensão da relevância da educação para a sociedade demanda também a investigação da sua regulamentação no plano internacional, no qual assume o status de direito humano, revestindo-se na acepção de uma *educação global*, entendida como aquela que almeja assegurar o direito à instrução a todos os indivíduos, em todas as regiões do mundo.

A fim de alcançar tal desiderato, utiliza-se de normas internacionais, que ultrapassam o âmbito de incidência do direito interno dos países, a fim de regulamentar o direito à educação em âmbito global, tais como as normas da ONU, as da União Europeia e as decorrentes dos sistemas regionais de proteção aos direitos fundamentais dos Estados americanos e africanos. Passa-se, então, no tópico seguinte, à análise de tais normas internacionais referentes à expansão do direito à instrução em escala mundial.

6.1 Educação como Direito Humano Fundamental: Regulamentação Supranacional nos Tratados Internacionais e na União Europeia

A educação, por se tratar de bem jurídico comunitário de interesse global, além de expressamente prevista na ordem constitucional interna dos Estados, é também regulamentada a nível internacional em diversas declarações e tratados de direitos humanos, a ponto de se falar em *direito internacional da educação*³⁴⁷. É, ainda, prevista no âmbito supranacional no contexto de proteção dos direitos humanos da União Europeia e nos sistemas regionais americano e africano.

Nesse contexto, a educação assume o status de *direito humano fundamental*, pois é garantida tanto a nível constitucional, no sistema jurídico nacional dos Estados, gozando de tutela reforçada que lhe atribui hierarquia normativa superior às demais regras do ordenamento, quanto no âmbito internacional nas declarações e tratados sobre direitos humanos.

Essa superioridade normativa, como destaca André de Carvalho Ramos, é também verificada nos tratados internacionais de direitos humanos, como decorrência da imperatividade da norma de *jus cogens*, pois, por conter valores essenciais para a comunidade internacional, prevalece em caso de eventual choque com outras normas de direito internacional³⁴⁸. Ademais, implica também que o seu conteúdo não pode ser alterado pela vontade de um Estado,

³⁴⁷ Expressão utilizada por MIRANDA, Jorge. Introdução ao Direito à Educação: Direito português e direito brasileiro. *e-Pública*. Vol. I. No. 2, junho 2014, pp. 01-29, p. 09.

³⁴⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral...op.cit.*, pp. 190-191.



porquanto a sua derrogação somente pode ser feita por norma de igual quilate, ou seja, também aprovada pela comunidade internacional como um todo³⁴⁹.

Costuma-se diferenciar os direitos fundamentais dos direitos humanos no âmbito formal, posto que enquanto aqueles têm previsão a nível constitucional, estes são reconhecidos no ordenamento nacional e no âmbito internacional³⁵⁰. No aspecto material, tanto os direitos humanos quanto os fundamentais possuem conteúdo normativo que versam sobre direitos de liberdade (civis e políticos) e de igualdade (sociais e econômicos)³⁵¹.

Perez Luño conceitua os direitos humanos como o conjunto de faculdades e instituições que materializam, em diversos momentos históricos, as exigências de dignidade, liberdade e igualdade do ser humano³⁵².

Feita essas considerações envolvendo os direitos humanos e fundamentais, passa-se a apontar os tratados e declarações internacionais que versam sobre o direito à educação.

A DUDH retrata a educação logo no seu preâmbulo, proclamando que “*através do ensino e da educação*” se promova o respeito aos direitos e liberdades que enuncia. Portanto, a educação, além de configurar-se *de per se* um direito humano fundamental, é também considerado mecanismo por meio do qual se consagrarão os demais direitos de liberdade e de igualdade previstos na DUDH.

O artigo 26.º, n.º 1, da DUDH declara que “*todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória*”. O dispositivo também trata de outros graus de ensino, prevendo que “*a instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior está baseada no mérito*”³⁵³.

Constata-se, então, que a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino básico assumem a dimensão de direito humano expressamente previsto na DUDH, o que é assegurado pelas constituições de diversos Estados na condição de direito fundamental, de caráter universal, gratuito e obrigatório, como no artigo 74.º, n.º 2, alínea *a* da CRP e no artigo 208.º, I da CRFB.

³⁴⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral...op.cit.*, p. 191.

³⁵⁰ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos Editorial, 2013, p. 48.

³⁵¹ LIMA, Carolina Alves de Souza. *Cidadania...op.cit.*, p. 28, inclui também a solidariedade dentro do conteúdo normativo dos direitos humanos e fundamentais.

³⁵² PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos...op.cit.*, p. 48.

³⁵³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 10 jan. 2017.



A DUDH estabelece o vínculo incindível entre a educação e a dignidade da pessoa humana ao declarar que “*a instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais*” (artigo 26.º, n.º 2, DUDH)³⁵⁴. Isso marca a própria qualidade do ensino que deve ser direcionado para ampliar as potencialidades do educando e assegurar o sadio convívio em sociedade.

Essa dimensão coletiva e supraindividual³⁵⁵ da educação é acentuada na parte final do referido dispositivo ao estabelecer que “*a instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz*”³⁵⁶.

Nessa toada, a educação ultrapassa o âmbito doméstico familiar e atinge as relações travadas na comunidade e no seio político global do exercício da cidadania³⁵⁷. Isso porque a educação é considerada a principal arma para o fortalecimento dos valores democráticos de respeito, solidariedade e cooperação entre as nações a fim de se manter a paz.

O direito à educação também está previsto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)³⁵⁸. Logo em seu preâmbulo, o referido tratado ressalta a necessidade de os Estados implementarem condições materiais para o exercício dos próprios direitos de liberdade, ao proclamar que:

o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos³⁵⁹.

³⁵⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 10 jan. 2017.

³⁵⁵ A respeito da dupla titularidade dos direitos sociais, tanto no aspecto individual quando transindividual vide HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, julho/dezembro de 2013, pp. 618-688, bem como SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. *Cadernos de direito*, 2003, v.3, n.5, pp. 78-97, p. 93.

³⁵⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 10 jan. 2017.

³⁵⁷ MIRANDA, Jorge. *Introdução ao Direito à Educação...op.cit.*, p. 04.

³⁵⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 19 de dezembro de 1966, aprovado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966 e em vigor desde 3 de janeiro de 1976. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Acesso em 10 jan. 2017.

³⁵⁹ Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Acesso em 10 jan. 2017.



O artigo 13.º, n.º 1, do PIDESC, nesse sentido, relaciona a educação com a solidariedade, visando a construção de uma sociedade livre e tolerante com os demais membros e grupos integrantes da comunidade, ao preceituar que a instrução 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”*³⁶⁰.

Por sua vez, o n.º 2 do referido disposto estabelece diretrizes aos Estados para a formulação de políticas públicas em todos os graus de ensino, nos seguintes termos:

2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

- a) A **educação primária** deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos;
- b) A **educação secundária** em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e torna-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;
- c) A **educação de nível superior** deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;
- d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária;
- e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente³⁶¹. (negrito nosso).

A educação obrigatória e gratuita da educação primária, que já havia sido declarada no artigo 26.º, n.º 1, da DUDH, é reforçada e considerada prioridade no PIDESC. Tanto que o seu artigo 14.º preceitua que todo Estado que aderir ao referido pacto e que ainda não tiver garantido em seu ordenamento interno a obrigatoriedade e gratuidade da educação primária compromete-se a *“elaborar e a adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano de ação detalhado destinado à implementação progressiva, dentro de um número razoável de anos estabelecidos no próprio plano, do princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos”*³⁶².

Portugal assinou o PIDESC em 07 de outubro de 1976, tendo sido aprovada para ratificação pela Assembleia Nacional portuguesa pela Lei n.º 45, de 11 de julho de 1978³⁶³. O

³⁶⁰ Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Acesso em 10 jan. 2017.

³⁶¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Acesso em 10 jan. 2017.

³⁶² Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Acesso em 10 jan. 2017.

³⁶³ PORTUGAL. Lei n.º 45, de 11 de julho de 1978. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 1978. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/297873/details/normal?q=Lei+nº45%2F78>. Acesso em: 10 maio 2017.



instrumento de ratificação foi depositado junto ao Secretário-geral das Nações Unidas em 31 de julho de 1978 e o pacto entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa em 31 de outubro de 1978.

Por sua vez, o Congresso Nacional brasileiro aprovou o texto do PIDESC por meio do Decreto Legislativo n.º 226, de 12 de dezembro de 1991³⁶⁴. O Brasil depositou em 24 de janeiro de 1992 a sua carta de adesão ao referido tratado. O Decreto n.º 591, de 06 de julho de 1992³⁶⁵ incorporou-o ao ordenamento brasileiro.

Outro tratado internacional sobre educação relevante é a Convenção sobre os Direitos da Criança (CODC) que foi adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989 e entrou em vigor em 2 de setembro de 1990³⁶⁶. É o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal e foi ratificado por 196 países³⁶⁷.

A referida convenção assegura o princípio do melhor interesse da criança (artigo 18.º, n.º 1, CODC) e estabelece que os Estados devem prestar assistência adequada aos pais e aos tutores legais no desempenho de suas funções na educação da criança, bem como “*assegurar a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado da criança*” (artigo 18.º, n.º 2, CODC)³⁶⁸. O artigo 28.º da CODC reconhece o direito da criança à educação e sustenta que para o pleno exercício desses direitos progressivamente e em igualdade de condições devem os Estados:

- tornar o **ensino primário obrigatório** e disponível gratuitamente para todos;
- estimular o desenvolvimento dos vários tipos de **ensino secundário**, inclusive o geral e o profissional, tornando-os disponíveis e acessíveis a todas as crianças; e adotar medidas apropriadas, como a oferta de ensino gratuito e assistência financeira se necessário;
- tornar o **ensino superior** acessível a todos, com base em capacidade, e por todos os meios adequados;
- tornar informações e orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;
- adotar medidas para estimular a frequência regular à escola e a redução do índice de evasão escolar³⁶⁹. (negrito nosso).

³⁶⁴ BRASIL. Decreto Legislativo n.º 226, de 12 de dezembro de 1991. *Diário Oficial*, Brasília, 1991. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1991/decretolegislativo-226-12-dezembro-1991-358251-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 05 fev. 2017.

³⁶⁵ BRASIL. Decreto n.º 591, de 06 de julho de 1992. *Diário Oficial*, Brasília, 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 05 fev. 2017.

³⁶⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em 17 jan. 2017.

³⁶⁷ *Ibid.*

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em 17 jan. 2017.



Por sua vez, o artigo 29.º, n.º 1, da CODC proclama o compromisso dos Estados Partes com uma educação humanista³⁷⁰ direcionada às crianças, nos seguintes termos:

- desenvolver a **personalidade**, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo seu potencial;
- imbuir na criança o **respeito** aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas;
- imbuir na criança o respeito por seus pais, sua própria **identidade cultural**, seu idioma e seus valores, pelos valores nacionais do país em que reside, do país de origem, quando for o caso, e das civilizações diferentes da sua;
- preparar a criança para assumir uma **vida responsável** em uma sociedade livre, com espírito de entendimento, paz, tolerância, igualdade de gênero e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos, e populações autóctones;
- imbuir na criança o **respeito pelo meio ambiente**³⁷¹. (negrito nossos).

A UNESCO (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*)³⁷² é uma agência especializada da ONU, criada em 4 de novembro de 1946 com sede em Paris. Sua atuação, por meio de ações, tratados, declarações e relatórios, exerce um papel fundamental para o desenvolvimento da educação no mundo.

Por sua vez, a UNICEF (*United Nations International Children's Emergency Fund*), criada em 11 de dezembro de 1946, foi inicialmente estruturada como um fundo emergencial para fornecer assistência às crianças na Europa, Oriente Médio e China no período posterior à Segunda Guerra Mundial. Entretanto, em 1953, tornou-se órgão permanente da ONU e suas funções foram ampliadas para atender as crianças e os adolescentes em todo o mundo, tornando-se um fundo permanente para a infância, mantendo, porém, a sigla original.

Os recursos arrecadados são investidos em medidas de proteção nas diversas áreas propiciadoras de bem-estar e desenvolvimento humano às crianças e adolescentes, dentre elas, a consagração da educação de qualidade nos países em desenvolvimento.

A Conferência Geral da UNESCO em 14 de dezembro de 1960 adotou a Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no campo do Ensino (CLDE)³⁷³ que veda, em seu artigo

³⁷⁰ LIMA, Carolina Alves de Souza. *Cidadania...op.cit.*, p. 43.

³⁷¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em 17 jan. 2017.

³⁷² Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura.

³⁷³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência Geral da UNESCO. Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no campo do Ensino, de 14 de dezembro de 1960. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132598_por?posInSet=1&queryId=e71c7b02-4a9b-48c8-872d-39d35701e726. Acesso em 17 jan. 2017. O Congresso Nacional brasileiro aprovou a CLDE pelo Decreto



1.º, discriminação no ensino, proibindo-se qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que “*por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino*”³⁷⁴.

A referida convenção proíbe quaisquer atividades dos Estados Partes que, de forma discriminatória, privem uma pessoa ou grupo de pessoas do acesso aos diversos tipos ou graus de ensino por razões de discriminação, limitem à nível inferior a educação de qualquer indivíduo ou imponham condições incompatíveis com a dignidade humana (artigo 1.º, alíneas *a, b, d*, CLDE)³⁷⁵.

O artigo 4.º da CLDE estabelece que os Estados Partes se comprometem a formular uma política nacional da educação adaptada às circunstâncias e usos nacionais e que assegure a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de ensino e principalmente:

- a) tornar obrigatório e gratuito o ensino primário; generalizar e tornar acessível a todos o ensino secundário sob suas diversas formas; tornar igualmente acessível a todos o ensino superior em função das capacidades individuais; assegurar a execução por todos da obrigação escolar prescrita em lei;
- b) assegurar em todos os estabelecimentos públicos do mesmo grau um ensino do mesmo nível e condições equivalentes no que diz respeito à qualidade do ensino dado;
- c) encorajar e intensificar, por métodos apropriados, educação de pessoas que receberam instrução primária ou que não a terminaram e permitir que continuem seus estudos em função de suas aptidões;
- d) assegurar sem discriminação a preparação ao magistério³⁷⁶.

A UNESCO, em cooperação com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), também foi responsável pela elaboração da Recomendação Relativa à Condição dos Professores

Legislativo n.º 40, de 15 de novembro de 1967. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 17/11/1967, p. 11591. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-40-15-novembro-1967-346831-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 05 fev. 2021, o instrumento de ratificação junto ao Diretor Geral da UNESCO ocorreu em 19 de abril de 1969 e a norma entrou em vigor no Brasil em 19 de julho de 1968. O Decreto n.º 63.223, de 06 de setembro de 1968. *Diário Oficial da União*, 10/09/1968, p.8026, col.1. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/485850/publicacao/15642818>. Acesso em: 05 fev. 2017, determinou a sua execução e cumprimento.

³⁷⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência Geral da UNESCO. Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no campo do Ensino, de 14 de dezembro de 1960. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132598_por?posInSet=1&queryId=e71c7b02-4a9b-48c8-872d-39d35701e726. Acesso em 17 jan. 2017.

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132598_por?posInSet=1&queryId=e71c7b02-4a9b-48c8-872d-39d35701e726. Acesso em 17 jan. 2017.

³⁷⁶ *Ibid.*



(RRCP), elaborada em 05 de outubro de 1966³⁷⁷, que reconhece o papel essencial dos docentes no progresso da educação e a importância do seu contributo ao desenvolvimento da educação.

A referida recomendação, que é aplicada aos professores de todos os graus de ensino tanto do âmbito público quanto particular, preocupa-se em estabelecer que os Estados partes implementem políticas públicas de formação de professores. Além da adequada capacitação, a recomendação almeja a profissionalização do ensino, assegurando aos professores uma carreira estruturada em níveis para que possam promover (artigo 40.º), garante a sua liberdade acadêmica (artigo 61.º), bem como estabelece os direitos e deveres dos docentes (artigos 70.º a 84.º), inclusive na área da seguridade social (artigo 125.º) e assistência médica (artigo 128.º).

Outra norma internacional relevante é a Declaração Mundial sobre Educação para Todos (Conferência de Jomtien), aprovada pela Conferência Mundial sobre Educação para Todos, realizada em Jomtien, na Tailândia de 05 a 09 de março de 1990³⁷⁸. Seu objetivo é satisfazer as necessidades básicas de aprendizagem de cada pessoa (criança, jovem ou adulto), as quais compreendem tanto os instrumentos essenciais (leitura, escrita, expressão oral, de cálculo e solução de problemas) quanto os conteúdos mínimos (conhecimentos, habilidades, valores e atitudes) para que os seres humanos possam desenvolver plenamente as suas potencialidades.

Há também a Declaração de Nova Dehli sobre Educação para Todos, de 6 de dezembro de 1993, aprovada pelos líderes dos nove países em desenvolvimento de maior população do mundo (Indonésia, China, Bangladesh, Brasil, Egito, México, Nigéria, Paquistão e Índia)³⁷⁹. Nessa declaração reiteraram o compromisso de buscar com zelo as metas definidas pela Declaração Educação para Todos realizada em 1990 e de atender as necessidades básicas de

³⁷⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência Intergovernamental Especial da UNESCO. Recomendação Relativa à Condição dos Professores, de 05 de outubro de 1966. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000160495_por?posInSet=2&queryId=6d12a0dc-06d2-426e-9c0d-5fd341019c3e, p.22. Acesso em 17 jan. 2017. A RRCP foi, posteriormente, complementada pela *Recomendação concernente ao Pessoal Docente do Ensino Superior* adotada em 12 de novembro de 1997, disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000160495_por?posInSet=2&queryId=6d12a0dc-06d2-426e-9c0d-5fd341019c3e, p.51, assegurando os direitos, obrigações e responsabilidades das instituições de ensino superior e os direitos e liberdades dos docentes do ensino superior.

³⁷⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência Mundial sobre Educação para Todos da UNESCO em Jomtien, Tailândia, de 05 a 09 de março de 1990. Declaração Mundial sobre Educação para Todos (Conferência de Jomtien). Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000086291_por?posInSet=1&queryId=dcdddebc-c7ca-4a68-b68a-183c0c41676c. Acesso em 17 jan. 2017.

³⁷⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência Mundial sobre Educação para Todos da UNESCO em Nova Dehli, Índia, em 06 de dezembro de 1993. Declaração de Nova Dehli sobre Educação para Todos, de 6 de dezembro de 1993. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139393>. Acesso em 17 jan. 2017.



aprendizagem dos respectivos povos tornando universal a educação básica e ampliando as oportunidades de aprendizagem para crianças, jovens e adultos.

Por sua vez, a Declaração sobre Princípios, Política e Prática na Área das Necessidades Educativas Especiais elaborada na cidade espanhola de Salamanca em 1994³⁸⁰ estabelece diretrizes básicas para a implementação e reformulação de políticas públicas educacionais visando a inclusão dos alunos com deficiência, estimulando a sua integração, acolhimento nas escolas regulares e o combate a atitudes discriminatórias.

Foi aprovada, em 1997, a Declaração de Hamburgo sobre a Educação de Adultos³⁸¹, a qual estabelece que a educação de adultos é um direito e consequência do exercício da cidadania como condição para a plena participação na sociedade. Sustenta, ainda, que a educação de adultos é um poderoso argumento em favor do desenvolvimento ecológico sustentável, da democracia, da justiça e da igualdade entre os sexos.

Em seguida, a UNESCO realizou, em 9 de outubro de 1998, na cidade de Paris, a Conferência Mundial sobre Educação Superior, na qual foi aprovada a Declaração Mundial sobre Educação Superior no Século XXI: Visão e Ação³⁸². Foi proclamada a necessidade de formação de uma nova visão da educação superior, devendo ser considerada dentro de um sistema de ensino contínuo e integrado com os demais níveis de educação, principalmente o secundário (artigo 3.º).

Ressaltou-se, ainda, a necessidade de fortalecimento da participação e promoção do acesso das mulheres na educação superior (artigo 4.º), a diversificação dos modelos de educação superior como forma de ampliação da igualdade de oportunidades (artigo 8.º), a avaliação de qualidade das instituições (artigo 11.º). Conferiu-se relevância ao reforço da gestão e do

³⁸⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas Especiais da UNESCO em Salamanca, Espanha, de 07 a 10 de junho de 1994. Declaração de Salamanca sobre Princípios, Política e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais de 10 de junho de 1994. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139394?posInSet=1&queryId=75b37c94-df7b-4505-a875-a3d3bd5b3>. Acesso em 17 jan. 2017.

³⁸¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). V Conferência Internacional de Educação de Adultos da UNESCO em Hamburgo, Alemanha, de 14 a 18 de julho de 1997. Declaração de Hamburgo de Educação de Adultos, de 18 de julho de 1997. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000116114_por?posInSet=1&queryId=644aa6a5-60e9-49da-9181-fe1a7729a986. Acesso em 17 jan. 2017.

³⁸² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência Mundial sobre Educação Superior da UNESCO em Paris, França, em 9 de outubro de 1998. Declaração Mundial sobre Educação Superior no Século XXI; visão e ação, marco referencial de ação prioritária para a mudança e o desenvolvimento da educação superior, de 9 de outubro de 1998. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000140457?posInSet=1&queryId=76d5a4c0-7e61-46a2-af3f-dfc29d8caf1e>. Acesso em 17 jan. 2017.



financiamento da educação superior, o qual deve ser considerado como serviço público (artigos 13.º e 14.º).

Posteriormente, nos dias 26 a 28 de abril de 2000 foi realizado o Fórum Mundial da Educação em Dakar no Senegal, no qual foi adotado pela Cúpula Mundial de Educação a Declaração de Dakar Educação para Todos³⁸³. O documento reafirmou o compromisso assumido na Declaração da Educação para Todos de 1990, adotada em Jomtiem na Tailândia, apoiada na DUDH e na CODC, de que toda criança, jovem e adulto têm o direito humano de beneficiar-se de uma educação que satisfaça suas necessidades básicas de aprendizagem, no melhor e mais pleno sentido do termo, e que inclua aprender a aprender, a fazer, a conviver e a ser.

Na ocasião, 164 governos concordaram com o Marco da Ação de Dakar, Educação para Todos: Cumprindo nossos Compromissos Coletivos, que lançou uma agenda ambiciosa para alcançar seis objetivos educacionais de amplo alcance até 2015: 1) Educação e cuidados da primeira infância; 2) Educação primária universal; 3) Habilidades para jovens e adultos; 4) Alfabetização de adultos; 5) Paridade e igualdade de gênero; 6) Qualidade na educação.

A UNESCO elabora constantemente relatórios de monitoramento das metas traçadas em suas declarações. Em relação à Educação para Todos (EPT) lançada em 1990 em Jomtiem, a Comissão Internacional sobre a Educação para o século XXI elaborou um relatório intitulado *Learning: The Treasure Within* (Educação: Um Tesouro a Descobrir)³⁸⁴. Nesse relatório, feito em 1996, foi destacada as desilusões do progresso, no plano econômico e social, o que aumentou o desemprego, a desigualdade e a exclusão em inúmeros países.

Nesse cenário, foi acentuada a necessidade de desenvolvimento de políticas educativas para o desenvolvimento humano sustentável, a compreensão mútua entre os povos e a renovação de vivência concreta da democracia³⁸⁵.

³⁸³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência Mundial sobre Educação para Todos da UNESCO em Dakar, Senegal, de 26 a 28 de abril de 2000. Educação para Todos: O Compromisso de Dakar. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000127509?posInSet=1&queryId=972c1e5b-5295-47b7-aea5-15d6ded450d7>. Acesso em 17 jan. 2017.

³⁸⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XX. Educação: um tesouro a descobrir (Learning: The Treasure Within). Porto : Edições ASA, 1996. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000187503?posInSet=4&queryId=3e8c77b5-eff5-40b5-9194-7053571f1680>. Acesso em 17 jan. 2017.

³⁸⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XX. Educação: um tesouro a descobrir (Learning: The Treasure Within). Porto: Edições ASA, 1996, p. 14.



A fim de verificar o atendimento aos seis objetivos delineados na Declaração de Dakar Educação para Todos, a UNESCO elaborou outro relatório, o Educação para Todos 2000-2015: Progressos e Desafios³⁸⁶. O referido relatório, confeccionado em 2015, atestou que, apesar do progresso, o mundo não alcançou a Educação para Todos³⁸⁷. Entretanto, apurou-se que o número de crianças e adolescentes fora da escola diminuiu quase a metade desde 2000, estimando-se que 34 milhões de crianças a mais teriam passado a frequentar a escola desde o Fórum Mundial da Educação realizado em Dakar em 2000³⁸⁸.

No tocante à disparidade de gênero, o mencionado relatório apurou que, apesar dos avanços, continua existindo em um terço dos países com dados disponíveis³⁸⁹. O relatório conclui que, a despeito do progresso, os 15 (quinze) anos de monitoramento mostram resultados moderados³⁹⁰. Isso porque ainda há 58 (cinquenta e oito) milhões de crianças fora da escola no mundo e cerca de 100 (cem) milhões de crianças que não completaram a educação primária³⁹¹.

Destacou-se que a desigualdade na educação aumentou, pois as crianças mais pobres do mundo têm chances quatro vezes maiores de não frequentar a escola quando comparadas às crianças mais ricas e cinco vezes maiores de não completar a educação primária³⁹².

Os conflitos continuam a ser uma barreira à educação: a proporção de crianças fora da escola que vivem em zonas de conflitos é alta³⁹³. Apurou-se, ainda, que a aprendizagem é de baixa qualidade, pois milhões de crianças concluem o nível primário sem terem aprendido o básico, bem como que poucos governos investem o suficiente na educação, pois a maioria não alocou os 20% do orçamento público recomendados³⁹⁴.

³⁸⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Relatório de monitoramento global de EPT da UNESCO, 2015, relatório conciso. Educação para Todos 2000-2015: progressos e desafios, 2015. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000232565_por.pdf. Acesso em 17 jan. 2017.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 04.

³⁸⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Relatório de monitoramento global de EPT da UNESCO, 2015, relatório conciso. Educação para Todos 2000-2015: progressos e desafios, 2015. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000232565_por.pdf. Acesso em 17 jan. 2017.

³⁸⁹ *Ibid.*

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000232565_por.pdf. Acesso em 17 jan. 2017.



Em 2015, foi realizado o Fórum Mundial de Educação, em Incheon, na Coreia do Sul, sendo aprovada a Declaração de Incheon Educação 2030: Rumo a uma Educação de Qualidade Inclusiva e Equitativa e à Educação ao Longo da Vida de Todos³⁹⁵.

Foi reafirmado o movimento global Educação para Todos, iniciado em Jomtien, em 1990 e reiterado em Dakar em 2000. Lançou-se a agenda da educação 2030 pautada no desenvolvimento das seguintes questões: *a)* acesso à educação; *b)* inclusão e equidade; *c)* igualdade de gênero; *d)* educação de qualidade; *e)* oportunidades de educação ao longo da vida.

Cumprе ressaltar que a UNESCO promoveu também o primeiro Fórum sobre Educação para a Cidadania Global (ECG), que ocorreu em Bangkok, na Tailândia, de 2 a 4 de dezembro de 2013, tendo sido, posteriormente, publicado o Relatório Educação para a Cidadania Global: preparando alunos para os desafios do século XXI³⁹⁶.

Apesar do referido relatório ter sido publicado em 2015, é possível constatar que os fundamentos normativos da ECG se encontram presentes desde a Recomendação da UNESCO sobre a Educação para a Compreensão, Cooperação e Paz Internacionais e a Educação Relativa aos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, de 19 de novembro de 1974³⁹⁷, notadamente nos aspectos éticos e cívicos do processo de aprendizagem.

A referida recomendação enuncia que os Estados Membros devem adotar medidas adequadas para reforçar e desenvolver, no âmbito dos processos de aprendizagem e formação, atitudes e comportamentos baseados nos seguintes reconhecimentos (itens 10 a 13 da referida Recomendação): *a)* igualdade e necessária interdependência entre as nações e os povos; *b)* eliminação de toda forma de discriminação racial; *c)* exercício dos direitos de liberdade dentro do respeito dos direitos de terceiros e desempenho dos deveres sociais; *d)* resolução de problemas a nível local, nacional e internacional.

A educação, além de direito humano no âmbito internacional, assume os contornos de bem jurídico supranacional no contexto da organização da União Europeia. Nesse sentido,

³⁹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Fórum Mundial de Educação de 2015 da UNESCO. Declaração de Incheon Educação 2030: Rumo a uma Educação de Qualidade Inclusiva e Equitativa e à Educação ao Longo da Vida de Todos. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233137_por?posIn-Set=1&queryId=fcc73ed8-30b2-42de-b932-8c62767cf189. Acesso em 17 jan. 2017.

³⁹⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Educação para a cidadania global: preparando alunos para os desafios do século XXI. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000234311?posIn-Set=2&queryId=28646f60-d66b-46e6-a931-f659f5c50b06>. Acesso em 25 jan. 2017.

³⁹⁷ Disponível em <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/recomunesco-educacao.pdf>. Acesso em 15 jan. 2017.



como bem destacado por Filipa Calvão, Manuel Fontaine Campos e Catarina Santos Botelho, desde a entrada em vigor do Tratado de Maastricht³⁹⁸ as atribuições da União extravasaram os domínios da integração econômica, alcançando não somente os da política externa, de defesa e do âmbito penal, mas também nas searas da imigração, emprego, saúde pública, meio ambiente, educação, investigação e desenvolvimento tecnológico³⁹⁹.

O artigo 3.º, alínea *p* do Tratado de Maastricht prevê que, para alcançar o desenvolvimento econômico sustentável, elevar o nível de emprego e de proteção social, de qualidade de vida e de solidariedade entre os Estados-membros, a ação da Comunidade implica “*uma contribuição para o ensino e uma formação de qualidade, bem como para o desenvolvimento das culturas dos Estados-membros*”⁴⁰⁰.

O desenvolvimento da educação é também abordado no artigo 126.º do referido tratado, mediante a cooperação entre os Estados membros. Exemplo dessa integração, pode-se citar a Declaração de Bolonha de 1999⁴⁰¹ que criou o Espaço Europeu do Ensino Superior, adotando um sistema de graus acadêmicos de fácil equivalência, visando promover a empregabilidade dos cidadãos europeus⁴⁰².

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE)⁴⁰³ proclama, a respeito da instrução, em seu artigo 14.º, que “*todas as pessoas têm direito à educação, bem como ao acesso à formação profissional e contínua*” e que esse direito “*inclui a possibilidade de frequentar gratuitamente o ensino obrigatório*”.

São também respeitados, segundo as legislações nacionais que regem o respectivo exercício, a liberdade de criação de estabelecimentos de ensino, a observância dos princípios

³⁹⁸ UNIÃO EUROPEIA. Tratado de Maastricht, de 7 de fevereiro de 1992. *Jornal Oficial da União Europeia*, 191, de 29.7.1992, pp. 1-112 Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:JOC_1992_191_R_0001_01. Acesso em 10 jan. 2017.

³⁹⁹ CALVÃO, Filipa; CAMPOS, Manuel Fontaine; BOTELHO, Catarina Santos. *Introdução ao Direito Público*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 172.

⁴⁰⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tratado de Maastricht, de 7 de fevereiro de 1992. *Jornal Oficial da União Europeia*, 191, de 29.7.1992, pp. 1-112 Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:JOC_1992_191_R_0001_01. Acesso em 10 jan. 2017.

⁴⁰¹ UNIÃO EUROPEIA. Declaração de Bolonha, de 19 de junho de 1999. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:c11088>. Acesso em 10 jan. 2017.

⁴⁰² Trata-se da implementação de um sistema de créditos que busca incentivar a mobilidade de estudantes entre os países europeus e está baseado essencialmente em duas fases principais: a pré-licenciatura e a pós-licenciatura. O acesso à segunda fase deverá requerer a finalização com sucesso dos estudos da primeira, com a duração mínima de 3 anos. O grau atribuído após terminado a primeira fase deverá também ser considerado como sendo um nível de habilitações apropriado para ingressar no mercado de trabalho europeu. A segunda fase deverá conduzir ao grau de mestre e/ou doutor, como em muitos países europeus.

⁴⁰³ UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 2000, C364/1. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em 10 jan. 2017.



democráticos, e o direito dos pais de assegurarem a educação e o ensino dos filhos de acordo com as suas convicções religiosas, filosóficas e pedagógicas (artigo 14.º, n.º 3, CDFUE).

Por sua vez, o artigo 9.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)⁴⁰⁴ assegura que na definição e execução das suas políticas e ações, a União deve observar as exigências relacionadas com a promoção de um nível elevado de educação.

A mencionada norma também estabelece que a União contribuirá para o desenvolvimento de uma educação de qualidade, incentivando a cooperação entre Estados-Membros e, se necessário, apoiando e completando a sua ação, respeitando integralmente a responsabilidade dos Estados-Membros pelo conteúdo do ensino e pela organização do sistema educativo, bem como a sua diversidade cultural e linguística (artigo 165.º, TFUE).

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), a educação também assume uma importância essencial. O artigo 47.º da Carta da Organização dos Estados Americanos (COEA) de 1967, reformada pelo protocolo de Buenos Aires⁴⁰⁵, estabelece que os Estados membros darão primordial importância, dentro dos seus planos de desenvolvimento, ao estímulo da educação, da ciência, da tecnologia e da cultura, orientadas no sentido do melhoramento integral da pessoa humana e como fundamento da democracia, da justiça social e do progresso.

Assegura-se a cooperação entre os Estados americanos no tocante à educação (artigo 48.º, COEA), bem como estabelece que o ensino primário é obrigatório e, quando fornecido pelo Estado, também gratuito (artigo 49.º, alínea *a*, COEA).

Quanto ao ensino médio, preceitua-se a sua progressiva universalização e, em relação ao ensino superior, a sua acessibilidade a todos, desde que, a fim de manter seu alto nível, se cumpram as normas regulamentares ou acadêmicas respectivas (artigo 49.º, alíneas *b*, *c*, COEA). É, ainda, previsto que os Estados atuarão para a erradicação do analfabetismo e fortalecerão os sistemas de educação de adultos e de habilitação para o trabalho (artigo 50.º, COEA).

⁴⁰⁴ UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 13 de dezembro de 2007 — versão consolidada. *Jornal Oficial da União Europeia*, 202, de 7.6.2016, p. 47-360. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12016ME%2FTXT>. Acesso em 10 jan. 2017.

⁴⁰⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Carta da Organização dos Estados Americanos, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp. Acesso em: 10 maio 2017.



A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), chamada de Pacto de San José da Costa Rica de 1969⁴⁰⁶, também dedica especial atenção à educação. Prevê, em seu artigo 12.º, §4º, que os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

Os Estados Membros comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados (artigo 26.º, CADH).

Por sua vez, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP)⁴⁰⁷, intitulada de Carta de Banjul de 1981, delimita, em seu artigo 17.º, que toda pessoa tem direito à educação e que pode tomar parte livremente na vida cultural da comunidade.

É destacado, ainda, que os Estados Partes têm o dever de promover e assegurar, pelo ensino, a educação e a difusão, o respeito dos direitos e das liberdades contidos na aludida Carta, e de tomar medidas para que essas liberdades e esses direitos sejam compreendidos, assim como as obrigações e deveres correspondentes (artigo 25.º, CADHP).

A Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos (DIUDH)⁴⁰⁸ de 1981 em seu artigo XXI, garante o direito à educação, preceituando que toda pessoa tem direito a receber educação de acordo com suas habilidades naturais, de escolher livremente a profissão e a carreira, bem como oportunidade para o pleno desenvolvimento de suas inclinações naturais.

Constata-se, então, que a educação, tanto no âmbito nacional dos Estados, quanto no âmbito internacional da ONU, com o apoio da UNESCO, bem como no contexto comunitário da União Europeia, nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos dos Estados americanos e africanos e nos países islâmicos, é regulamentada de forma a lhe conferir proteção reforçada, sobressaindo o seu status de direito humano e fundamental.

⁴⁰⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 10 maio 2017.

⁴⁰⁷ ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA (OUA). Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 27 de julho de 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 10 maio 2017.

⁴⁰⁸ CONSELHO ISLÂMICO. Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, de 19 de setembro de 1981. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-nao-Inseridos-nas-Deliberacoes-da-ONU/declaracao-islamica-universal-dos-direitos-humanos-1981.html>. Acesso em 20 fev. 2017.



Capítulo II – A ESTRUTURA NORMATIVA-CONSTITUCIONAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO EM PORTUGAL

Considerando que o objeto da presente tese toma como parâmetro de investigação a CRFB e a CRP, especificamente em relação aos dispositivos constitucionais que versam sobre o acesso à educação superior através do financiamento estudantil, é imprescindível, para sua adequada compreensão, a análise da estrutura normativa na qual se insere o direito à educação nesses países.

Essa abordagem ganha maior relevo quando se verifica que o sistema constitucional português, no tocante ao regime jurídico-normativo aplicado aos direitos fundamentais, possui diferenças em face do ordenamento brasileiro, na medida em que diferencia o regime dos direitos, liberdade e garantias dos direitos sociais, econômicos e culturais.

O segundo capítulo, portanto, é dedicado à realização do estudo da estrutura normativa-constitucional do direito à educação no ordenamento português. Inicia-se do exame do texto constitucional para, em seguida, abordar diversos atos normativos que versam sobre a educação, em todos os graus de ensino, desde o pré-escolar, passando pelo básico, secundário e fundamental, até chegar ao superior e politécnico.

1 DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976

Antes de analisar, especificamente, os preceitos constitucionais insculpidos na CRP, faz-se necessário abordar a evolução constitucional do direito à educação nas pretéritas constituições portuguesas, bem como entender os reflexos da organização institucional do Estado Unitário português na delimitação das competências em matéria educacional aos órgãos administrativos.

Por fim, em face do caráter polissêmico do direito à educação, ressaltado no tópico 1 (Cap. I), cujo conceito se desdobra em múltiplas acepções e posições jurídicas distintas, passa-se a delimitar quais delas, na estrutura da CRP, submetem-se ao regime material dos direitos, liberdades e garantias e, noutro giro, as que se sujeitam ao dos direitos sociais, econômicos e culturais.

1.1 Evolução Constitucional do Direito à Educação em Portugal



A educação, enquanto direito fundamental e a necessidade de instituição de um sistema público de ensino, foi consagrada em todas as seis Constituições portuguesas, ou seja, desde a primeira de 1822 até a atual, de 1976⁴⁰⁹.

A Constituição de 1822 estabelecia, em seus artigos 237.º e 239.º, a existência de escolas “*em todos os lugares, onde convier*” e anunciava que todo cidadão era livre para “*abrir aulas para o ensino público*”⁴¹⁰.

A Constituição de 1826 previa, em seu artigo 145.º, §30.º, que “*a instrução primária é gratuita a todos os cidadãos*”. O §32.º do referido dispositivo constitucional dispunha que nos “*Colégios e Universidades, onde serão ensinados os Elementos das Ciências, Belas Letras e Artes*”⁴¹¹.

A Constituição de 1838, por sua vez, reconhecia, nos artigos 145.º, §30.º, §32.º e 28.º, I e II, a instrução primária gratuita e os colégios, universidades e estabelecimentos que ministravam ciências letras e artes, bem como a liberdade do ensino público (artigo 29.º)⁴¹².

A Constituição de 1911 expandiu o direito à educação e previu que o ensino primário elementar, além de gratuito, também era obrigatório (artigo 3.º, n.º 11), ao tempo em que fixou a neutralidade do ensino religioso, tanto nas escolas públicas quanto nas particulares, fiscalizadas pelo Estado (artigo 3.º, n.º 10)⁴¹³.

A Constituição de 1933 dedicava à educação um título próprio na parte I, no qual previa: *a*) a obrigatoriedade da educação e da instrução, e a sua direção à família, em cooperação com os estabelecimentos oficiais ou particulares (artigo 42.º); *b*) a manutenção pelo Estado de escolas em todos os graus de ensino (artigo 42.º, *caput*); *c*) a obrigatoriedade do ensino primário elementar (artigo 43.º, §1.º); *d*) o ensino público independente de qualquer religião, não devendo, contudo, a hostilizar (artigo 43.º, §4º); *e*) a liberdade de criação do escolas particulares paralelas às oficiais, ficando sujeitas à fiscalização do Estado, podendo ser por ele subsidiadas ou oficializadas para a concessão de diplomas (artigo 44.º)⁴¹⁴.

⁴⁰⁹ LEITÃO, Alexandra. Direito fundamental à educação, mercado educacional e contratação pública. *Revista Eletrônica de Direito Público*, v.1, n.2, junho/2014, p. 117.

⁴¹⁰ MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 929.

⁴¹¹ Texto da Constituição portuguesa de 1826 disponível em <https://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/1533.pdf>. Acesso em 10 dez. 2020.

⁴¹² MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 929.

⁴¹³ MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 929.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 930.



A Constituição de 1976 trata da educação tanto no título de direitos, liberdades e garantias (artigos 36.º, n.º 5; 41.º, n.º 5; 43.º), quanto no de direitos sociais, econômicos e culturais (artigos 73.º, 74.º, 75.º, 76.º e 77.º), como especificaremos nos tópicos seguintes.

Destacam-se, inicialmente, as modificações realizadas pelas revisões constitucionais na atual Constituição portuguesa de 1976 que impactaram no direito à educação.

A versão original da CRP, de clara tendência socialista, posto que almejava transformar a república em uma sociedade sem classes⁴¹⁵, influenciada pela Revolução dos Cravos, considerava o progresso da sociedade democrática e socialista um dos objetivos da educação (artigo 73.º, n.º 2, CRP).

Nessa perspectiva, atribuía ao Estado português os seguintes deveres: *a)* modificar o ensino de modo a superar a função conservadora da divisão social do trabalho (artigo 74.º, n.º 2, CRP); *b)* estimular a formação de quadros científicos e técnicos originários das classes trabalhadoras (artigo 74.º, n.º 3, alínea *g*, CRP); *c)* estimular e favorecer a entrada na Universidade de trabalhadores e de filhos de trabalhadores (artigo 76.º, CRP)⁴¹⁶.

A revisão constitucional de 1982 iniciou o processo de *desmarxização* da CRP⁴¹⁷, isto é, o desmonte da aspiração socialista do legislador constituinte originário, e, no âmbito da educação, promoveu a desvinculação da educação aos ideais do socialismo.

Desse modo, realizou as seguintes modificações no texto constitucional: *a)* alterou o objetivo da educação, constante no artigo 73.º, n.º 2, CRP, que deixou de ser o “*progresso da sociedade democrática e socialista*” e passou a referir-se ao “*progresso social e a participação democrática na vida coletiva*”; *b)* o ensino não buscava mais superar a função conservadora da divisão social do trabalho, mas, sim, superar a função conservadora das desigualdades sociais, econômicas e culturais (artigo 74.º, 2.º, CRP); *c)* desvinculou o ensino das atividades produtivas das classes trabalhadoras para prever a implantação das escolas nas comunidades (artigo 74.º, n.º 3, alínea *f*, CRP); *d)* passou a garantir a criação de escolas particulares e cooperativas (artigo 43.º, n.º 4, CRP) ao lado do ensino público e retirou a menção à atribuição supletiva do ensino particular (artigo 75.º, CRP); *e)* atribuiu ao Estado o dever de promoção e apoio do ensino às pessoas com deficiência, além de assegurar aos filhos de emigrantes o ensino da língua portuguesa (artigo 74.º, n.º 3, alínea *g*, CRP); *f)* estabeleceu a autonomia universitária

⁴¹⁵ PISARELLO, Gerardo. *Solidaridad e insolidaridad...op.cit.*, p. 93.

⁴¹⁶ MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 930.

⁴¹⁷ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 430.



(artigo 76.º, n.º 2, CRP), bem como a participação dos professores e alunos na gestão das escolas e na definição das políticas de ensino (artigo 77.º, CRP)⁴¹⁸.

Por sua vez, a revisão constitucional de 1989 alterou a redação do artigo 74.º, n.º 2, vinculando o ensino não somente à superação das desigualdades econômicas, sociais e culturais, mas também à promoção da compreensão mútua, da tolerância, do espírito de solidariedade e da participação democrática. Ademais, alterou a redação do artigo 75.º, n.º 2, CRP, prevendo que o Estado não apenas fiscaliza, mas também *reconhece* o ensino particular e cooperativo⁴¹⁹.

Enfim, a revisão constitucional de 1997, pautada no incremento do pluralismo escolar e na ampliação das incumbências do Estado, agregou no artigo 73.º da CRP as finalidades da educação, estabeleceu como tarefa estatal o desenvolvimento do sistema geral de educação pré-escolar (artigo 74.º, n.º 2, CRP) e constitucionalizou a avaliação do ensino superior (artigo 76.º, n.º 1, CRP)⁴²⁰.

1.2 Descentralização de Competências sobre Educação no Estado Unitário Português

A definição da organização política-administrativa adotada pelo Estado é relevante para a fixação da competência de cada ente ou órgão e a delimitação da sua responsabilidade em matéria de educação nos diversos níveis de ensino. Necessário, portanto, analisar essa delimitação de atribuições para que se possa compreender como se concretizam, no âmbito institucional do Estado português, as normas relacionadas à promoção da educação.

Portugal é um Estado *unitário* (artigo 6.º, n.º 1, CRP), caracterizado como *regional, parcial, homogêneo* e integrado numa federação de Estados (a União Europeia)⁴²¹. Apesar de existirem outras entidades públicas, como as regiões autônomas e os municípios, não lhes são reconhecidas a qualidade estatal, ou seja, há apenas uma pessoa coletiva com poder soberano: o Estado português, cujo nome oficial é República Portuguesa (artigos 1.º e 2.º, CRP)⁴²².

⁴¹⁸ MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, pp. 930-931.

⁴¹⁹ MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 931.

⁴²⁰ *Ibid.*

⁴²¹ CALVÃO, Filipa; CAMPOS, Manuel Fontaine; BOTELHO, Catarina Santos. *Introdução...op.cit.*, p. 162.

⁴²² *Ibid.*, pp. 152-153.



A organização administrativa do Estado português compreende a existência de autarquias locais, que são pessoas coletivas territoriais dotadas de órgãos representativos, que visam a prossecução de interesses próprios das populações respectivas (artigo 235.º, n.º 1 e 2, CRP). As autarquias locais são categorizadas em freguesias, municípios e regiões administrativas e suas atribuições são definidas em lei e pautadas pelo princípio da descentralização administrativa (artigo 237.º, n.º 1, CRP).

Portugal é um Estado *regional* pois há regiões autônomas, notadamente os arquipélagos de Madeira e Açores (artigo 6.º, n.º 2, CRP), que exercem, tal como o Estado central, funções político-legislativas, podendo emanar decretos legislativos regionais, bem como desempenham funções administrativas⁴²³.

Por sua vez, Portugal é um Estado regional *parcial*, pois as reivindicações regionalistas abrangem apenas uma parte do seu território, razão pela qual reconhece-se autonomia apenas às comunidades que vivem em tais locais⁴²⁴. Diversamente, a Espanha e a Itália são Estados regionais *inteiros*, pois todo o seu território está dividido em regiões autônomas, respectivamente, as 17 *Comunidades Autónomas* espanholas e as 20 *Regioni* italianas⁴²⁵.

O Estado regional e parcial português é ainda caracterizado como *homogêneo*, pois as suas duas regiões autônomas são dotadas dos mesmos poderes. Diferentemente do que ocorre nos Estados regionais *heterogêneos* que atribuem mais poderes a determinadas regiões em razão de suas particularidades, sejam por razões históricas (a região italiana de Trentino-Alto Adige/Südtirol) ou geográficas (as ilhas da Sardenha e da Sicília) ou étnicas (o País Basco e a Catalunha)⁴²⁶.

A CRP, em seu artigo 6.º, n.º 1, embora declare o Estado português como unitário, assegura a autonomia das autarquias locais e a descentralização democrática da administração pública. Tanto a unidade do Estado quanto a autonomia das autarquias locais são consideradas limites materiais da revisão constitucional (artigo 288.º, alíneas *a*, *n*, CRP).

Portugal é membro integrante da União Europeia, cuja melhor classificação é considerá-la como uma *federação de Estados*, pois embora não seja *de per se* um Estado federal, por não exercer um poder soberano, trata-se de uma associação de Estados que assume algumas

⁴²³ CALVÃO, Filipa; CAMPOS, Manuel Fontaine; BOTELHO, Catarina Santos. *Introdução...op.cit.*, p. 154.

⁴²⁴ CALVÃO, Filipa; CAMPOS, Manuel Fontaine; BOTELHO, Catarina Santos. *Introdução...op.cit.*, p. 154.

⁴²⁵ CALVÃO, Filipa; CAMPOS, Manuel Fontaine; BOTELHO, Catarina Santos. *Introdução...op.cit.*, p. 154.

⁴²⁶ CALVÃO, Filipa; CAMPOS, Manuel Fontaine; BOTELHO, Catarina Santos. *Introdução...op.cit.*, p. 154.



características do Estado federal⁴²⁷. Isso porque o sistema jurídico da União Europeia é tipicamente federal, na medida em que o direito da União Europeia prevalece sobre as normas nacionais que lhe são contrárias.

Nesse sentido, por exemplo, como bem destaca Sofia Pais, a aplicação da CDFUE apesar de ter sido proclamada em 7 de dezembro de 2000, passou a ser obrigatória aos Estados Membros após a vigência do Tratado de Lisboa, estabelecendo efetividade aos direitos fundamentais⁴²⁸. A referida norma estabelece princípios gerais do direito da União Europeia que correspondem, no plano axiológico, aos valores fundamentais de ordem pública escolhidos para reger a sua existência e atividade⁴²⁹.

Nesse contexto político-normativo, embora o artigo 51.º, n.º 1 da CDFUE estabeleça que as suas disposições vinculam os Estados membros “*apenas quando aplicam o direito da União*”, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) realiza uma interpretação ampla de tal expressão⁴³⁰.

Isso ocorre porque o TJUE entende que os Estados-Membros devem respeitar os direitos fundamentais protegidos pelo direito da União quando: 1) aplicam o direito da União (originário ou derivado); 2) derrogam temporariamente disposições europeias; 3) transpõem diretivas europeias; 4) adotam normas nacionais que executam/dão exequibilidade às disposições europeias; 5) aplicam direito nacional que entre no campo de aplicação do direito da União⁴³¹.

É de se destacar, ainda, que o TJUE reconhece a *aplicação horizontal* da CDFUE, isto é, permite a sua invocação pelo cidadão e a sua incidência direta e efetiva em uma relação jurídica entre particulares, mesmo sem a presença do Estado, quando a medida impugnada

⁴²⁷ CALVÃO, Filipa; CAMPOS, Manuel Fontaine; BOTELHO, Catarina Santos. *Introdução...op.cit.*, p. 161.

⁴²⁸ PAIS, Sofia Oliveira. *Estudos de Direito da União Europeia*. 4. ed. Almedina: Coimbra, 2017, p. 29.

⁴²⁹ QUADROS, Fausto. *Direito da União Europeia*. Universidade de Lisboa: Lisboa, 2016, p. 09.

⁴³⁰ SILVEIRA, Alessandra. Do Âmbito de Aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: Recai ou não recai? Eis a Questão! *Julgar*, n. 22, 2014, Coimbra Editora, p. 180. Disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/01/11-Alessandra-Silveira.pdf>. Acesso em 30 nov. 2019.

⁴³¹ SILVEIRA, Alessandra. *Do Âmbito de Aplicação...op.cit.*, pp. 180-181, destacando a autora que tal interpretação do TJUE foi realizada conforme o acórdão Kremzov, de 29 de maio de 1997, proc. C-299/95, considerando 15. A autora também ressalta que mesmo as situações consideradas “puramente internas”, isto é, sem aparente conexão com o direito da União, poderiam recair no âmbito jusfundamental da União por força da cidadania europeia prevista no artigo 20.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).



integra o âmbito de aplicação material do direito da União⁴³², como, por exemplo, o decidido no caso *Egenberger* (C-414/16)⁴³³.

Ademais, essa aproximação do sistema jurídico da União Europeia com o existente em um Estado Federal é verificada pela incidência do *princípio do primado*⁴³⁴. Este significa que o órgão jurisdicional do Estado membro é obrigado a assegurar, no âmbito das suas competências, a proteção jurídica dos Tratados da União Europeia e a garantir a plena eficácia das suas disposições, ainda que, para tanto, seja necessário afastar a aplicação de qualquer disposição normativa nacional contrária.

⁴³² SILVEIRA, Alessandra. *Do Âmbito de Aplicação...op.cit.*, p.180.

⁴³³ O caso *Egenberger* tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267 do TFUE, pelo *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal Federal do Trabalho, Alemanha), requerendo a interpretação do artigo 4º, nº 2, da Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe Vera Egenberger à *Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung*, a respeito de um pedido de indenização apresentado pela primeira em razão de uma discriminação com fundamento na religião de que alegou ter sido vítima no âmbito de um processo de recrutamento pela referida organização religiosa. *Egenberger*, sem confissão, candidatou-se ao emprego proposto. Embora a sua candidatura se mantivesse após uma primeira seleção pela *Evangelisches Werk*, a interessada não foi convocada para uma entrevista. Por sua vez, o candidato que acabou por ser escolhido tinha indicado, quanto à pertença confessional, ser “*um cristão socializado na igreja protestante regional de Berlim*”. Por considerar que a sua candidatura tinha sido rejeitada com base no fato de não ter confissão religiosa, *Egenberger* intentou ação no *Arbeitsgericht Berlin* (Tribunal do Trabalho de Berlim, Alemanha), pedindo que a *Evangelisches Werk* fosse condenada a pagar-lhe a quantia de 9.788,65 euros. O TJUE, no caso *Egenberg*, entendeu que deve haver um justo equilíbrio entre o Direito à Autonomia da Igreja ou Organização Religiosa e o Princípio de Igualdade de Tratamento e o da Não Discriminação. Nessa perspectiva, decidiu que é necessário a existência do sopesamento da justificativa para fins de se tornar legítima a discriminação baseada em argumento religioso, sujeitando à fiscalização por órgão jurisdicional para verificar se estão presentes, no caso concreto, os requisitos do art.4º, n.º 2, da Diretiva 2000/78/CE, o que não é afastado pelo artigo 17.º do TFUE. Nesse contexto, o TJUE entendeu que a exigência profissional baseada na religião somente será essencial, legítimo e justificado quando necessária em razão da importância da atividade profissional em causa para a afirmação dessa ética ou para o exercício por essa igreja ou por essa organização do seu direito à autonomia. Entendeu o TJUE que a própria igreja ou instituição deve comprovar a existência do nexo direto entre o requisito profissional imposto pelo empregador e a atividade em causa. A importância do caso *Egenberg* reveste-se pelo fato do TJUE ter reconhecido a *aplicação horizontal* e efetiva do artigo 21.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, garantindo o princípio da não discriminação, que pode ser invocado diretamente por um particular em uma relação jurídica eminentemente privada.

⁴³⁴ A respeito do princípio do primado, vide QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. 3. ed. Almedina: Coimbra, 2018, pp. 396-401; DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e Direitos Fundamentais: No Espaço da Internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006, pp. 272-273; CAMPOS, João Mota de. *Manual de Direito Comunitário*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, p. 376; MARTINS, Patrícia Fragoso. *O Princípio do Primado do Direito Comunitário sobre as Normas Constitucionais dos Estados Membros: Dos Tratados ao projecto de Constituição europeia*. Estoril: Principia, 2006, p. 22; AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado do Direito da União Europeia: Uma “Evolução na Continuidade”. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, n.1, p. 187-222. Disponível em: <https://biblat.unam.mx/hevila/Revistamestrado-emdireito/2009/vol9/no1/8.pdf>. Acesso em 22 jun. 2021.



Trata-se, portanto, de um critério de articulação de ordens jurídicas potencialmente concorrentes em seu âmbito de regulamentação: a ordem jurídica da União Europeia e a ordem jurídica nacional⁴³⁵.

Nesse sentido, a ata final do Tratado de Lisboa consta, em seu item 17, a Declaração sobre o primado do Direito da União Europeia, estabelecendo que os Tratados e o direito adotado pela União com base nos Tratados prevalecem sobre o direito dos Estados-Membros, nas condições estabelecidas pela jurisprudência do TJUE.

Na mencionada ata foi anexado o Parecer do Serviço Jurídico do Conselho de 22 de junho de 2007, no qual consta que o primado do direito da União Europeia é um princípio fundamental e inerente à natureza específica da Comunidade Europeia. Ressalta, ainda, que o fato do princípio do primado não ser inscrito, de forma expressa no Tratado da União Europeia, não prejudica a existência do princípio.

A respeito da aplicação do princípio do primado, o TFUE no Acórdão *Römer* (de 10 de maio de 2011, proc. C147/08, considerando 54) estabeleceu que segundo a sua jurisprudência assente, o juiz nacional, encarregado de aplicar, no âmbito da sua competência, as disposições do direito da União, tem a obrigação de garantir a sua plena eficácia. Deve, portanto, se for necessário, afastar, no exercício da sua própria autoridade, a aplicação de qualquer disposição contrária da legislação nacional, sem ter de pedir ou esperar a sua revogação prévia por via legislativa ou por qualquer outro procedimento constitucional, tendo em conta o primado do direito da União⁴³⁶.

Constata-se, destarte, que embora a União Europeia não seja um Estado federado, na medida em que cada Estado Membro mantém a sua soberania, o direito da União prepondera sobre a legislação interna de cada país, em razão do supramencionado princípio do primado. Essa estrutura normativa gera influência na atividade legislativa de cada Estado Membro, cujas normas não podem conflitar com os tratados e diretivas da União Europeia.

A respeito da atribuição legislativa em matéria educacional, é de exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as bases do sistema de ensino lusitano (artigo 164.º, alínea *i*, CRP). Entretanto, compete ao Governo português, no exercício de suas funções

⁴³⁵ DUARTE, Maria Luisa. O Tratado da União Europeia e a Garantia da Constituição: Notas de uma reflexão crítica. *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*. Lisboa: Lex, 1995, p. 669.

⁴³⁶ SILVEIRA, Alessandra. *Do Âmbito de Aplicação...op.cit.*, p. 202.



legislativas, publicar Decretos-Leis sobre a regulamentação dos princípios ou das bases gerais dos regimes jurídicos relacionados à educação contidos nas leis que os circunscreveram (artigo 198.º, n.º 1, alínea *c*, CRP).

O Decreto-Lei n.º 21/2019⁴³⁷, no âmbito da organização do sistema de ensino português, pautado na subsidiariedade, autonomia das autarquias locais e descentralização democrática da administração pública, princípios plasmados no artigo 6.º, n.º 1, da CRP, transferiu diversas competências no domínio da educação para os órgãos municipais e para as entidades intermunicipais, tais como as ações sociais escolares, o planeamento intermunicipal da rede de transporte escolar e a oferta educativa de nível supra municipal.

A referida norma concretizou o quadro de transferência de competências para os órgãos municipais e para as entidades intermunicipais no domínio da educação, operada pela Lei n.º 50/2018, de 16 de agosto⁴³⁸.

Nessa toada, o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 21/2019 preceitua que é “*da competência dos órgãos municipais participar, em matéria de educação, no planeamento, na gestão e na realização de investimentos, nos termos regulados no presente decreto-lei*”, bem como que é da “*competência dos órgãos das entidades intermunicipais o planeamento intermunicipal da rede de transporte escolar e da oferta educativa de nível supramunicipal*”.

O Decreto-Lei n.º 21/2019 estabelece também que a ação social escolar, nas suas diferentes modalidades, é desenvolvida pelas câmaras municipais (artigo 33.º, n.º 1), excluindo, todavia, o desenvolvimento e execução dos programas de distribuição gratuita e reutilização de manuais escolares, cuja competência cabe ao departamento governamental com competência na matéria e dos órgãos de administração e gestão dos agrupamentos de escolas e escolas não agrupadas (artigo 33.º, n.º 3).

O referido ato normativo criou a *carta educativa* que, a nível municipal, é o instrumento de planeamento e ordenamento prospectivo de edifícios e equipamentos educativos e visa assegurar a adequação da rede de estabelecimentos de educação pré-escolar e de ensino básico e

⁴³⁷ PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 21, de 30 de janeiro de 2019. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 1978. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/118748848/details/normal?q=Decreto-Lei+n.º%2021%2F2019>. Acesso em: 10 maio 2020.

⁴³⁸ PORTUGAL. Lei n.º 50, de 16 de agosto de 2018. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 2018. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/116068877/details/normal?q=Lei+n.º%2050%2F2018>. Acesso em: 15 maio 2020.



secundário, para que, em cada momento, as ofertas educativas disponíveis a nível municipal respondam à procura efetiva existente.

1.3 Regime de Direitos, Liberdades e Garantias *versus* o Regime de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais

A Constituição Portuguesa, promulgada em 2 de abril de 1976, foi fruto, à semelhança do que sucedeu no Brasil, de um processo de redemocratização após longo período ditatorial⁴³⁹ e possui sete revisões constitucionais, que alteraram a sua redação original. A primeira ocorreu em 1982, a segunda em 1989, a terceira em 1992, a quarta em 1997, a quinta em 2001, a sexta em 2004, e a sétima em 2005, que retrata o texto que está atualmente em vigor.

Necessário se faz, antes de analisar especificamente o tratamento constitucional lusitano conferido à educação – em seus diversos graus e níveis de ensino – identificar qual a sua estrutura normativa, e por consequência, o regime jurídico que lhe é aplicável.

A Constituição portuguesa de 1976 separa sistematicamente os direitos fundamentais em dois títulos: o regime dos direitos, liberdades e garantias (Título II da Parte I) e, do outro, o regime dos direitos sociais, econômicos e culturais (Título III da Parte I)⁴⁴⁰.

A CRFB, diversamente, não faz essa distinção entre o regime jurídico a ser adotado a depender do tipo de direito fundamental, pois trata tanto os direitos de liberdade quanto os sociais de forma conjunta no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), a apontar a existência de unidade dogmática entre todos os direitos fundamentais, possuindo idêntico valor e submetidos ao mesmo regime jurídico, embora a especificação do conteúdo de muitos direitos

⁴³⁹ O Estado Novo (ou salazarismo), que perdurou de 1933 até 1974, foi um regime político ditatorial e autoritário materializado pelos governos de António de Oliveira Salazar (1933-1964) e o do seu sucessor Marcello Caetano (1974-1976) que se encerrou com a Revolução de 25 de abril de 1974, conhecida como Revolução dos Cravos.

⁴⁴⁰ Sobre os diferentes projetos políticos apresentados na Assembleia Constituinte que culminou com a aprovação do *projeto do PS* e o reconhecimento de duas categorias estruturalmente diferentes de direitos fundamentais na CRP, com evidente separação sistemática e viés dicotômico, vide NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, Dois Sistemas?...op.cit.*, pp. 119-145; SILVA; BOTELHO, Catarina Santos. *Direitos Sociais...op.cit.*, pp. 251-254; ALEXANDRINO, José Melo. A Estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa, vol. I (Raízes e contexto). Coimbra: Almedina, 2006, p. 555; HÖRSTER, Heinrich Ewald. O imposto complementar e o Estado de Direito, *RDES*, III, 1977, pp. 37-136, p. 59.



sociais seja feita em outros locais no texto constitucional, como a educação, que é realizada no Título VIII (Da Ordem Social)⁴⁴¹.

Essa sistematização realizada pela Constituição portuguesa de 1976 está amparada na diferente estrutura normativa desses direitos, pois enquanto, em regra, os direitos de liberdade são consagrados em normas que possuem *alta determinabilidade constitucional*, isto é, possuem conteúdo determinado ou determinável, delimitando os destinatários da norma, o objeto e o alcance da proteção, diversamente, os direitos sociais são consagrados em normas constitucionais de *baixa determinabilidade constitucional*, pois necessitam da conformação do legislador ordinário para especificar o seu conteúdo, os seus beneficiários e o seu âmbito de incidência⁴⁴².

Nessa perspectiva, portanto, no magistério de Catarina Santos Botelho, a norma constitucional “*possuirá determinabilidade quando o intérprete-aplicador, pela sua simples leitura ou recorrendo à exegese hermenêutica, consiga descortinar nela uma suficiente densidade de conteúdo que lhe permita concretizá-la*”⁴⁴³.

Cria-se, desse modo, em Portugal, um regime jurídico diferenciado e com densidade normativa reforçada para os direitos, liberdades e garantias que, diferentemente, em regra, dos direitos sociais, econômicos e culturais, encontram-se positivados na CRP em normas denominadas *preceptivas exequíveis por si mesmas*, o equivalente, utilizando-se da doutrina brasileira de José Afonso da Silva, às normas constitucionais de eficácia plena⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...op.cit.*, pp. 290-291, para quem a indeterminabilidade relativa da norma consagradora de direitos sociais ao nível constitucional não impede a intervenção judicial e o reconhecimento mesmo de direitos subjetivos a prestações, não obstante reconhecer a existência de problemas específicos relacionados à sua justiciabilidade. Vide, ainda, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...op.cit.*, p. 540.

⁴⁴² Sobre o tema, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, pp. 540-541, considera que essa específica estrutura da norma que consagra determinados direitos sociais, a qual o mencionado autor denomina ser de *menor detalhamento constitucional*, reduz o espaço para pretensões individuais de prestações positivas por força da aplicação originária dos seus preceitos, a depender, para tanto, da atuação do legislador infraconstitucional.

⁴⁴³ BOTELHO, Catarina Santos. *Direitos Sociais...op.cit.*, p. 502. Nesse sentido, também utilizando-se do critério da determinabilidade para caracterizar um direito fundamental de natureza análoga, vide SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO e José Melo. *Constituição da República Portuguesa Comentada*. Lisboa: Livraria Petrony, 2000, p. 94. Contra, entendendo que tanto o critério formal ou estrutural pautado na determinabilidade, quanto o substancial são “*inseguros, controversos e insatisfatórios*”, bem como “*inidôneos para fundamentar a distinção de regimes com um mínimo de coerência e solidez*”, vide NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, Dois Sistemas?...op.cit.*, pp. 100-101 e 106.

⁴⁴⁴ SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. *Revista Pensar*, Fortaleza, v.2. n.º 2, 1993, pp. 7-22, pp. 10-11, conceitua normas de eficácia plena como “*aquelas que, desde a entrada em vigor da*



Esse regime próprio de proteção constitucional privilegiada dos direitos, liberdades e garantias é normalmente caracterizado na CRP em três planos: *a)* regime material; *b)* regime orgânico; *c)* regime de revisão constitucional⁴⁴⁵.

O regime de revisão constitucional consiste na elevação dos direitos, liberdades e garantias à condição de limites materiais de revisão constitucional (artigo 288.º, alínea *d*, CRP), motivo pelo qual as alterações realizadas por revisões constitucionais devem respeitar as normas que os consagram, diversamente, Jorge Reis Novais destaca que, quanto aos direitos sociais, só os direitos dos trabalhadores parecem usufruir dessa garantia (artigo 288.º, alínea *e*, CRP)⁴⁴⁶.

O regime orgânico, por sua vez, refere-se à reserva de competência legislativa constitucionalmente atribuída à Assembleia da República, de modo que é atribuição exclusiva do Parlamento legislar sobre direitos, liberdades e garantias, sendo, entretanto, de natureza relativa, pois é cabível autorização concedida ao Governo (artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*, CRP)⁴⁴⁷.

Quanto aos direitos sociais, a reserva de competência legislativa também é aplicada, mas de forma limitada, isto é, apenas em relação aos aspectos nucleares de determinadas matérias, como as bases do sistema de ensino (artigo 164.º, alínea *i*, CRP), assumindo, nessa hipótese, a natureza absoluta, isto é, não cabe a autorização ao Governo. Tratando-se, porém, do sistema de segurança nacional e do serviço nacional de saúde (artigo 165, n.º 1, alínea *f*, CRP), a reserva de competência legislativa é relativa, de modo que pode ser disciplinada pelo Governo

*Constituição, produzem ou têm a possibilidade de produzir os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular. São de aplicabilidade imediata e direta, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade, não o requerendo normatividade alguma ulterior para sua aplicação". MIRANDA, Jorge in Teoria do Estado e da Constituição. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 409, consignou que "Ora, verifica-se com relativa facilidade que as normas de eficácia plena de José Afonso da Silva correspondem às normas exequíveis de que acabámos de falar, as normas declaratórias de princípios institucionais e organizatórios correspondem grosso modo às normas preceptivas não exequíveis e as normas declaratórias de princípios programáticos às normas programáticas. Só as normas de eficácia contida ficarão à margem, embora pareçam reconduzir-se ainda a normas preceptivas". A respeito da classificação das normas constitucionais, RAMOS, Elival da Silva in *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 193, considera que a classificação proposta por Jorge Miranda, ao separar as normas preceptivas não exequíveis por si mesmas das normas programáticas, foi o que alcançou os melhores resultados nessa temática. Sobre o tema, convém ainda registrar a tese de SILVA, Virgílio Afonso da. *O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais*. *Revista Direito do Estado*, v. 4, pp. 23–51, 2006, que busca uma evolução da classificação realizada por José Afonso da Silva, pautada na Teoria dos Princípios de Robert Alexy e da teoria externa dos direitos fundamentais, concluindo que toda norma que garante um direito fundamental tem alguma limitação na sua eficácia, razão pela qual sustentada, nessa ótica, que todas as normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais são de eficácia limitada.*

⁴⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, Dois Sistemas?...op.cit.*, p. 121.

⁴⁴⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, Dois Sistemas?...op.cit.*, p. 121.

⁴⁴⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, Dois Sistemas?...op.cit.*, p. 121.



mediante autorização parlamentar. Em suma, salvo tais exceções pontuais, o Governo pode legislar livremente sobre direitos sociais⁴⁴⁸.

Por fim, o regime material consiste no núcleo essencial da proteção privilegiada dos direitos, liberdades e garantias, delimitado no artigo 18.º da CRP, gerando os seguintes efeitos: *a)* aplicabilidade direta dos seus preceitos por força originária da Constituição; *b)* vinculação das entidades públicas e privadas; *c)* proibição de restrições não expressamente autorizadas; *d)* princípio da proibição do excesso; *e)* proibição da retroatividade e garantia da generalidade e abstração das leis restritivas; *f)* garantia do conteúdo essencial.

No artigo 19.º da CRP consagra-se, ainda, quanto ao referido regime normativo reforçado, a proibição de suspensão do exercício dos direitos, liberdades e garantias, a não ser, excepcional e condicionadamente, em estado de sítio e estado de emergência⁴⁴⁹. Assegura-se, desse modo, a força jurídica e justiciabilidade dos seus preceitos independentemente do poder de conformação do legislador ordinário⁴⁵⁰.

Ademais, além desses, outros dispositivos constitucionais também se referem ao regime material de salvaguarda reforçada dos direitos, liberdades e garantias, notadamente o artigo 20.º, n.º 5, da CRP (acesso prioritário e célere ao direito), o artigo 21.º da CRP (direito de resistência), o artigo 22.º da CRP (responsabilidade das entidades públicas) e o artigo 272.º, n.º 3 (limites da atividade policial de prevenção dos crimes)⁴⁵¹.

É de se ressaltar que, na classificação das normas constitucionais adotada em Portugal, entre as normas preceptivas, diferencia-se as que sejam ou não exequíveis por si mesmas. Nas normas *preceptivas exequíveis por si mesmas* o direito está *determinado* na Constituição, não havendo nenhum dever específico de concretização por parte do legislador. Essa *determinabilidade constitucional*, na lição de Manuel Vaz, tem precedência lógica sobre a aplicabilidade direta, só operando esta se aquela o permitir, isto é, na visão do referido autor português não há

⁴⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, Dois Sistemas?...op.cit.*, p. 121.

⁴⁴⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, Dois Sistemas?...op.cit.*, pp. 121-122.

⁴⁵⁰ BOTELHO, Catarina Santos *in Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 258; NABAIS, José Casalta. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa, BMJ, 400, 1990, pp. 15-39, p. 28. MIRANDA, Jorge; SILVA, Jorge Pereira da. Artigo 18.º. *In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa...op.cit.*, pp. 315-316; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 191; COSTA, José Manuel M. Cardoso. A hierarquia das normas constitucionais e a sua função na protecção dos direitos fundamentais, BMJ, 396, 1990, pp. 5-27, p. 21. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...op.cit.*, pp. 381-383.

⁴⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, Dois Sistemas?...op.cit.*, p. 122.



aplicabilidade direta quando a estrutura e a natureza da norma revelar conteúdo não determinável constitucionalmente⁴⁵².

Destarte, as normas preceptivas são aquelas capazes de, *por si só*, atribuírem posições jurídicas subjetivas, sem a necessidade de intervenção legislativa para determinar o seu conteúdo principal, pautando-se nas seguintes premissas: a) conteúdo determinado ou determinável; b) eficácia incondicionada e independente das condições fáticas ou institucionais; c) destinatários específicos⁴⁵³.

Por outro lado, as *normas preceptivas não exequíveis por si mesmas*, embora possuam aplicabilidade direta, são aquelas cujo direito consagrado encontra-se *determinável*, ensejando um dever de atuação legislativa que pode ser de *concretização*, de *complementação* ou de *correção*, cujo incumprimento enseja em inconstitucionalidade por omissão⁴⁵⁴.

Portanto, como leciona Jorge Miranda, as normas preceptivas não exequíveis por si mesmas assumem um caráter *prescritivo*, fixando específico objetivo, órgão ou direito e geram *imposições legisferantes*, isto é, o legislador infraconstitucional encontra-se vinculado a fazer a lei necessária à sua plena concretização ou efetivação, como, por exemplo, as garantias contra a utilização abusiva de informações pessoais prevista no artigo 26.º, n.º 2, da CRP⁴⁵⁵.

Entretanto, ainda existem, ao lado destas, normas não exequíveis por si mesmas em que não se impõe um dever de legislar, mas uma faculdade, ocasião em que se revestem de conteúdo *permissivo* dirigidas ao legislador, tal como as do artigo 15.º, n.º 4 e 5 da CRP, ao permitir que a lei atribua aos estrangeiros residentes em Portugal, em condições de reciprocidade, capacidade eleitoral nas eleições para os órgãos do poder local e para o Parlamento Europeu⁴⁵⁶.

Desse modo, a aplicabilidade direta não se confunde com a exequibilidade (ou não exequibilidade) imediata. A aplicabilidade direta refere-se à relação que se estabelece entre a norma constitucional e o Estado (e até mesmo com os particulares) que são vinculados à sua aplicação no caso concreto por força originária dos preceitos insculpidos na Constituição⁴⁵⁷.

⁴⁵² VAZ, Manuel Afonso, *Lei e Reserva da Lei...op.cit.*, p. 367.

⁴⁵³ BOTELHO, Catarina Santos in *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 296; VAZ, Manuel Afonso et al., *Direito Constitucional...op. cit.*, p. 281; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 179.

⁴⁵⁴ MIRANDA, Jorge; SILVA, Jorge Pereira da. Artigo 18.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, pp. 320-321.

⁴⁵⁵ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado...op.cit.*, pp. 406-407.

⁴⁵⁶ *Ibid.*

⁴⁵⁷ MIRANDA, Jorge; SILVA, Jorge Pereira da. Artigo 18.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 320.



Noutro pórtico, a exequibilidade diz respeito à relação existente entre a norma constitucional e o legislador ordinário⁴⁵⁸, de modo que na norma preceptiva exequível por si mesma o direito já se encontra concretizado pela própria atuação do legislador constituinte e independe do poder de conformação do legislador infraconstitucional, diversamente, no caso da norma preceptiva não exequível por si mesma, de caráter prescritivo, em face do direito encontrar-se apenas determinável, o legislador fica obrigado a um *dever de concretização*, sob pena de inconstitucionalidade por omissão⁴⁵⁹.

Por sua vez, as normas programáticas, na definição de Carlos Blanco de Moraes, são aquelas que “*limitam e orientam um poder discricionário, mas não tutelam posições jurídicas ativas em relação às quais os poderes públicos devam dar satisfação imediata*”⁴⁶⁰, pois visam assegurar “*interesses gerais, tendo em vista o preenchimento de fins de utilidade pública*”⁴⁶¹. Jorge Miranda leciona que as normas programáticas “*não são de execução atual, mas potencial, normas dependentes de outras normas*”⁴⁶².

Por conseguinte, nas normas programáticas, ao contrário das normas preceptivas, o direito está *indeterminado*, razão pela qual a atuação legislativa irá delimitar os contornos normativos e lhe conferir concretização, e, sobretudo, plena eficácia⁴⁶³. Nesse caso, o legislador ordinário está submetido a um *dever de avaliação e eventual concretização*, posto que além dos aspectos normativos, cabe avaliar também as condicionantes extrajurídicas (sociais, econômicas, culturais e políticas) para a sua efetivação⁴⁶⁴.

Logo, no magistério de Jorge Miranda, a diferença entre as normas preceptivas e as programáticas “*se situa na interação com a realidade constitucional – suscetível ou não de ser, só por força das normas constitucionais, imediatamente conformada de certo modo*”⁴⁶⁵.

⁴⁵⁸ MIRANDA, Jorge; SILVA, Jorge Pereira da. Artigo 18.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 320.

⁴⁵⁹ *Ibid.*

⁴⁶⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: ativismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 579-613, p. 603.

⁴⁶¹ *Ibid.*

⁴⁶² MIRANDA, Jorge. *Contributo Para uma Teoria da Inconstitucionalidade...op.cit.*, p. 71.

⁴⁶³ *Id.* *Teoria do Estado...op.cit.*, p.404. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...op.cit.*, p. 378; ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 177; NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 293.

⁴⁶⁴ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado...op.cit.*, p. 406.

⁴⁶⁵ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado...op.cit.*, p. 406.



Diversamente, o critério distintivo entre as normas exequíveis e as não exequíveis “*está nas próprias normas e vem a ser a completude ou incompletude destas*”⁴⁶⁶.

Portanto, diversamente das normas preceptivas não exequíveis por si mesmas, eventual omissão do legislador na realização das normas programáticas, embora possa vir a ensejar inconstitucionalidade por omissão, estará sujeita às condições de fato a partir das quais podem e, por conseguinte, devem receber exequibilidade (artigo 282.º, n.º 4, CRP)⁴⁶⁷.

Isso porque, tratando-se de normas programáticas, o legislador possui maior grau de liberdade de conformação dos seus preceitos. A atividade legislativa voltada para a concretização da norma, nessa situação, está pautada em diversas condicionantes que ultrapassam a esfera jurídica, incluindo também fatores sociais, econômicos, culturais, bem como as decorrentes do próprio regime democrático, notadamente as legítimas opções realizadas periodicamente por novos governantes eleitos pelo povo⁴⁶⁸.

Por certo, como ressalta Jorge Miranda, isso não significa que fique inteiramente nas mãos do legislador ordinário a decisão a respeito de quando a norma programática passará a ter plena eficácia jurídica⁴⁶⁹. Porquanto, o Tribunal Constitucional, órgão competente por realizar a fiscalização de constitucionalidade, pode atestar se verificam-se (ou não) essas condições objetivas, tanto normativas quanto não normativas, que tornem possível – e, portanto, obrigatória – a atuação do legislador para conferir exequibilidade às referidas normas constitucionais⁴⁷⁰.

Nessa toada, no sistema constitucional lusitano, o estabelecimento de regimes diversos a incidir nos direitos fundamentais utiliza como parâmetro a estrutura das normas constitucionais que os consagram, notadamente a distinção entre normas preceptivas (exequíveis ou não por si mesmas) e normas de baixa determinabilidade constitucional e, em última análise, busca conferir maleabilidade e adaptabilidade ao ordenamento, o que está intrinsecamente associado ao pluralismo do Estado democrático de direito⁴⁷¹.

⁴⁶⁶ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado...op.cit.*, p. 406.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 413.

⁴⁶⁸ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado...op.cit.*, p. 408.

⁴⁶⁹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado...op.cit.*, p. 413.

⁴⁷⁰ *Ibid.* A este respeito, também é o posicionamento de MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, pp. 410-411, ao sustentar que “*o facto é que, na medida em que (já) não está sob a reserva do possível, nada separa o direito em questão de um 'direito, liberdade ou garantia' consagrado numa norma preceptiva não exequível por si mesma*”.

⁴⁷¹ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado...op.cit.*, p. 405, destacando o ilustre constitucionalista português que esse se trata do seu entendimento atual sobre o tema, ressaltando, contudo, que houve uma modificação de seu



Entretanto, o que se deve ter em mente é que, no modelo constitucional lusitano, entre as normas preceptivas (sejam ou não exequíveis por si mesmas) e as normas de baixa determinabilidade (ainda denominadas como programáticas) não há uma diferença de natureza ou de valor, mas de estrutura e de projeção no ordenamento. Isso porque ambas são normas jurídicas constitucionais, dotadas de juridicidade, não havendo diferença quanto à validade, mas no tocante à realização e a efetividade: as normas preceptivas têm aplicabilidade direta, enquanto as programáticas possuem incidência diferida, pois prescrevem obrigações de resultado (e não de meio) e explicitam comandos-valores⁴⁷².

Diversamente do que se verifica em relação aos direitos, liberdades e garantias, a CRP não estabelece, de forma expressa, o regime jurídico material a que se submetem os preceitos relacionados aos direitos sociais, econômicos e culturais⁴⁷³. Disso resulta que, em Portugal, a tutela jurídico-constitucional dos direitos sociais é, em regra, de menor intensidade que a prevista ao regime dos direitos, liberdades e garantias, pois não estabelece “*direitos subjectivos plenos, com um conteúdo determinado ou determinável, que permite aos seus titulares a exigência directa do respectivo cumprimento por via judicial*”⁴⁷⁴.

De toda sorte, como bem destacado por Vieira de Andrade, a partir dessa estrutura normativa, não se pode simplesmente atribuir aos direitos sociais, econômicos e culturais uma argumentação a *contrario sensu* e atribuir-lhes uma espécie de regime negativo daquele aplicável aos direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, CRP)⁴⁷⁵.

Isso porque os preceitos relativos aos direitos fundamentais sociais *não são meramente declaratórios*, possuindo força jurídica que se manifesta nos seguintes aspectos: a) *imposição legislativa concreta* das medidas necessárias para tornar exequível os preceitos constitucionais; b) *padrão jurídico de controle judicial das normas*, estabelecendo um *conteúdo mínimo imperativo*, isto é, o mínimo para uma vida condigna; c) *fator de interpretação normativa*, conduzindo o intérprete a optar pelo sentido da norma que seja mais favorável ao direito fundamental; d) *fundamento constitucional de restrição ou de limitação* de outros direitos fundamentais, impondo *deveres especiais de proteção*; d) força irradiante moldando uma certa *capacidade de resistência dos direitos derivados* a prestações, embora variável em intensidade, em face de

posicionamento pretérito ao registrar que “*Em fase anterior do nosso pensamento, inclinamo-nos para uma síntese ou unidade, de acordo com um valor preceptivo, direto, atual do sistema*”.

⁴⁷² MIRANDA, Jorge. In *Teoria do Estado...op.cit.*, pp. 402-404.

⁴⁷³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 357.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 377.

⁴⁷⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 377.



modificações legislativas posteriores que resultem em redução do espectro de concretização dos direitos sociais⁴⁷⁶.

Por conseguinte, ainda que as normas constitucionais veiculadoras de direitos sociais sejam, quanto à sua estrutura, de menor determinabilidade constitucional, possuem caráter normativo e vinculante, não se tratando de meras promessas constitucionais despidas de juridicidade.

Nessa ótica, a evolução da teoria dos direitos fundamentais impõe a rejeição – e até mesmo o abandono – do rótulo denominativo (programática) conferido pela doutrina alemã, à época da Constituição de Weimar de 1919, pois traduzia o sentido de que o regime de proteção dos direitos sociais por ela instituído era considerado como insuficiente, porquanto as “*numerosas garantias sociais pormenorizadas prometiam mais do que podiam cumprir e permaneceram como simples princípios programáticos*”⁴⁷⁷.

Dito de outro modo, embora as normas que consagram direitos sociais, em regra, possuam menor determinabilidade constitucional quando comparada com as que veiculam direitos de liberdade, o que legitimou em Portugal, a instituição pelo legislador constituinte originário de dois regimes jurídicos normativos a incidir sobre os direitos fundamentais, isso não significa ausência de juridicidade dos seus preceitos, mas graus diversos de eficácia.

Portanto, as normas constitucionais que veiculam direitos sociais não se tratam de simples declarações institucionais de vontade ou meras promessas vazias, mas autênticas normas vinculativas, embora, em determinados casos, com efeitos ou consequências jurídicas diferentes daqueles emanados pelas normas que retratam direitos de liberdade.

Ademais, cumpre ainda destacar, no tocante aos dois regimes normativos a que se submetem os direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa, que essa sistematização não é absoluta, pois o artigo 17.º da CRP estabelece que o regime dos direitos, liberdades e garantias são aplicados aos enunciados no título II, mas também *aos direitos fundamentais de natureza análoga*⁴⁷⁸.

A identificação de um direito fundamental de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias exige, no magistério de Jorge Miranda e Rui Medeiros, as seguintes condições: a) o direito deve ter o seu conteúdo essencialmente determinado ao nível das opções

⁴⁷⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, pp. 357-358.

⁴⁷⁷ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 73.

⁴⁷⁸ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Artigo 17.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 304.



constitucionais, não dependendo da lei ordinária para se tornar líquido e certo; b) a sua efetivação, por ser fática e juridicamente realizável, depende apenas da vontade política do Estado e não de fatores que o Estado em grande medida não domina⁴⁷⁹.

Logo, prevalece na doutrina portuguesa que o critério mais adequado para se desvendar os direitos fundamentais análogos é o de natureza formal ou estrutural⁴⁸⁰, pautado na já mencionada determinabilidade constitucional das normas que os consagram.

O artigo 17.º da CRP representa a existência de um *enlace* entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, isto é, uma paridade do regime dos direitos, liberdade e garantidas previstos no Título II e outros que ostentem natureza análoga, independentemente da sua localização no texto constitucional⁴⁸¹, os quais são também denominados de *liberdades sociais*⁴⁸².

Entretanto, discute-se na doutrina portuguesa o âmbito de incidência dessa equiparação entre os regimes, havendo os partidários de que tal extensão é ampla, isto é, abrange tanto o regime material, quanto o orgânico e o de revisão constitucional⁴⁸³, e, diversamente, outros que entendem que é limitada, pois não se aplicaria aos direitos análogos o regime orgânico, por se tratar de regras de competência⁴⁸⁴.

O artigo 17.º da CRP, em conjunto com o seu artigo 16.º, que consagra o *princípio da atipicidade ou cláusula aberta dos direitos fundamentais*, demonstra que a Constituição Portuguesa acolhe uma *dimensão transnacional* dos direitos fundamentais, a revelar que tanto os direitos formalmente constitucionais (contemplados na CRP, ainda que fora do rol previsto no

⁴⁷⁹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Artigo 17.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 304.

⁴⁸⁰ Sobre o tema, NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, Dois Sistemas?...op.cit.*, pp. 102-103, leciona que o critério *material* ou *substancialista* toma como parâmetro para a configuração do direito fundamental análogo a maior proximidade dos direitos de liberdade e da dignidade da pessoa humana, o qual é considerado, pelo mencionado autor, como inadequado, posto que muitos direitos sociais, como a educação, a saúde e o trabalho, estão mais relacionados com a dignidade humana que determinados direitos individuais, como o direito de greve e o direito de tendência sindical. Outro critério, proposto por CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...op.cit.*, p. 371, considera a dimensão negativa (de defesa) do direito em causa, de modo que, por exemplo, o direito à saúde em sua acepção negativa seria considerado direito fundamental análogo, diversamente, no tocante à sua dimensão positiva (prestacional), incide o regime material dos direitos sociais.

⁴⁸¹ BOTELHO, Catarina Santos. *Direitos Sociais...op.cit.*, p. 306; QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 8.

⁴⁸² As liberdades sociais referem-se aos direitos sociais não prestacionais que, na estrutura da ordem constitucional portuguesa, podem ser considerados como direitos fundamentais análogos, submetendo-se, portanto, ao regime normativo reforçado dos direitos, garantias e liberdades. Nesse sentido, vide SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais como "cláusulas pétreas...op.cit.*, p. 91.

⁴⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes; e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 126, e SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO e José Melo. *Constituição...op.cit.*, p. 95.

⁴⁸⁴ Nesse sentido, é o entendimento de MIRANDA, Jorge. Artigo 17.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, pp. 308-309.



Título II), como aqueles expressos apenas na legislação ordinária ou internacional, podem possuir natureza análoga aos direitos de liberdade e garantias⁴⁸⁵.

Por conseguinte, ao se permitir que outros direitos, ainda que previstos noutros títulos e partes da CRP, ou, inclusive, fora dos dispositivos constitucionais e consagrados exclusivamente em normas infraconstitucionais ou de âmbito internacional, sejam reconduzidos ao regime material reforçado dos direitos, liberdades e garantias, atesta-se o carácter *relativo* da sistematização prevista no texto constitucional português⁴⁸⁶.

A finalidade da norma constitucional prevista no artigo 17.º da CRP, na avaliação de Catarina Santos Botelho, é a de funcionar como verdadeira *cláusula de adaptação* do sistema de direitos fundamentais às exigências da realidade constitucional, permitindo o que considera ser um *upgrading* estrutural (e não axiológico) desses direitos, sem a necessidade de alteração formal do texto constitucional, promovendo o pluralismo democrático, pois permite a interação da força jurídica das normas constitucionalmente consagradas⁴⁸⁷.

Disso resulta, no contexto normativo constitucional lusitano, uma solução intermediária que reconhece o carácter jurídico efetivo de determinados direitos fundamentais sociais – ou ao menos em parte das múltiplas prestações jurídicas derivadas desses direitos – aos quais são permitidas a incidência do regime material dos direitos, liberdades e garantias⁴⁸⁸.

Portanto, embora os preceitos relacionados à educação, enquanto direito social previsto no Título III da CRP, estejam, em regra, consagrados em normas de baixa determinabilidade constitucional, há, por outro lado, determinadas posições jurídicas dela derivadas que, em razão

⁴⁸⁵ MIRANDA, Jorge. Artigo 17.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 307; MEDEIROS, Rui. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português. In: *Nos 25 anos da Constituição portuguesa de 1976*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAF DL), 2001, pp. 227-293; p. 242; ALMEIDA, Mário Aroso de. Anotação ao artigo 268.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 593-617, p. 598.

⁴⁸⁶ ALEXANDRINO José Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*. v. II. Coimbra: Almedina, 2006, p. 263; MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Artigo 17.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 306, citam, como exemplo de direitos fundamentais de natureza análoga, relacionada à educação, a participação dos professores, alunos, pais comunidades e instituições de carácter científico na política de ensino (artigo 77.º, n.º 2, CRP). Por sua vez, BOTELHO, Catarina Santos. *Direitos Sociais...op.cit.*, p. 307, aduz que o artigo 74.º, alínea a, da CRP é um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias.

⁴⁸⁷ BOTELHO, Catarina Santos. *Direitos Sociais...op.cit.*, pp. 309-310, e, da mesma autora, vide também A intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias: quid novum?, *O Direito*, n.º 143, I, 2011, pp. 33-55, p. 49. Contra, em tom crítico, entendendo que o artigo 17.º da CRP é um *oximoro dogmático* e autêntica *maquilhagem do desastre*, que buscou conferir alguma racionalidade à trágica opção do legislador constituinte em estabelecer regimes diversos entre os direitos de liberdade e os sociais, vide NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, Dois Sistemas...op.cit.*, pp. 45-49.

⁴⁸⁸ ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação...op.cit.*, v. II., p. 263.



da sua estrutura normativa de conteúdo determinado ou ao menos determinável e da importância constitucional, assumem o caráter de direito fundamental de natureza análoga, passando a valer-se do regime material dos direitos, liberdades e garantias por força do artigo 17.º da CRP.

No contexto de multiplicidade das dimensões que podem ser materializadas pelo direito à educação, considerado em seu sentido *lato sensu*, passa-se a investigar a natureza jurídica das suas prestações e, por conseguinte, a verificação de quais delas, na ordem constitucional portuguesa, sujeitam-se ao regime dos direitos liberdades e garantias e, noutro lado, ao regime dos direitos sociais, económicos e culturais.

2 PRESTAÇÕES JURÍDICAS DO DIREITO À EDUCAÇÃO SUBMETIDAS AO REGIME DOS DIREITOS, LIBERDADES E GARANTIAS

Neste tópico, são analisadas as prestações jurídicas derivadas do direito à educação e consagradas no ordenamento constitucional português que se submetem ao regime material dos direitos, liberdade e garantias, por força do artigo 17.º da CRP, cujo conceito foi delimitado no tópico anterior.

Tais posições jurídicas constituem-se direitos fundamentais, ainda que análogos, o que implica na incidência do regime material qualificado estabelecido no artigo 18.º da CRP, dentre os quais a aplicabilidade direta da Constituição e a proteção do seu núcleo essencial contra restrições desproporcionais.

2.1 Direito e Dever dos Pais Sobre a Educação dos Filhos

Uma das prestações jurídicas derivadas do direito à educação assegura que os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos, conforme o artigo 36.º, n.º 5, CRP (no Brasil trata-se do artigo 205.º, *caput*, da CRFB, o qual estabelece a educação como direito de todos e dever do Estado *e da família*).

Os referidos dispositivos constitucionais, tanto da CRP quanto da CRFB, utilizam os termos “direito” e “dever”. Disso resulta a noção de que o seu conteúdo ultrapassa a ideia de



mera obrigação decorrente do poder familiar, a qual Jorge Miranda classifica como *dever de responsabilidade social*⁴⁸⁹, para também alcançar a acepção de *direito fundamental* dos pais⁴⁹⁰.

No sentido de *dever fundamental*⁴⁹¹, significa que os pais ou os encarregados de educação (tutores) tem o *dever de matricular* seus filhos ou tutelados nas instituições de ensino básico, por se tratar de grau escolar obrigatório, nos termos do artigo 74.º, n.º 2, alínea *a*, CRP⁴⁹² e do artigo 208, I, CRFB. Por conseguinte, em relação aos filhos ou tutelados, gera o *dever de frequência* às aulas da escolaridade fundamental, devendo os pais vigiar e zelar para o seu efetivo comparecimento e adequado aprendizado (artigo 208, §3º, CRFB).

Luís Roberto Barroso considera que o dever dos pais de matricular os filhos menores nas escolas decorre da dignidade da pessoa humana enquanto valor comunitário, destinado à proteção do indivíduo contra si próprio, o que resulta no direito do Estado de proteger as pessoas contra tais atos suscetíveis de lhes causarem lesão⁴⁹³.

Por outro lado, na concepção de *direito fundamental de liberdade*, traduz-se na impossibilidade do Estado, por meio de lei ou qualquer ato normativo, impor aos pais específico modelo de educação a ser ministrado aos seus filhos ou limitar a tarefa educativa dos pais a determinados e restritos domínios de aprendizagem⁴⁹⁴.

Nessa concepção, no sistema constitucional português, incide o regime material dos direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, CRP), possuindo aplicabilidade direta, notadamente na sua dimensão negativa, o que impõe um dever de abstenção do Estado de não intromissão na esfera de vontade autônoma dos pais ou tutores sobre a escolha da educação dos seus filhos ou tutelados.

Note, entretanto, que o ordenamento constitucional português, embora atribua à essa escolha dos pais o status de *caráter insubstituível* (artigo 68.º, n.º 1, CRP) – assumindo o Estado

⁴⁸⁹ Expressão utilizada por MIRANDA, Jorge. *Sobre Deveres Fundamentais...op.cit.*, p. 148, que considera a escolaridade básica como um dever de responsabilidade social.

⁴⁹⁰ MEDEIROS, Rui. Artigo 36.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 828.

⁴⁹¹ Tratou-se a respeito dos deveres fundamentais no tópico 2.3 do Cap. V, para o qual remete-se o leitor.

⁴⁹² MIRANDA, Jorge. *Sobre Deveres Fundamentais...op.cit.*, p. 148.

⁴⁹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...op.cit.*, p. 257.

⁴⁹⁴ MEDEIROS, Rui. Artigo 36.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 830.



o *dever cooperativo* (artigo 67.º, n.º 2, alínea c, CRP) – rejeita o modelo autoritário de integral sujeição dos filhos menores aos pais⁴⁹⁵.

Por conseguinte, reconhece-se ao filho, a partir de determinada idade, notadamente desde os dezesseis anos, quando ingressa na adolescência, a capacidade de exercer certos direitos ou, ao menos, maior espaço de autonomia juridicamente relevante, consubstanciada no direito de ser ouvido⁴⁹⁶.

Nesse sentido, o artigo 1.886 do Código Civil português e o artigo 11.º, n.º 2, da Lei n.º 16/2001⁴⁹⁷ (Lei de Liberdade Religiosa) asseguram ao menor de 16 anos o direito de decidir sobre a frequência nas aulas de ensino religioso.

Outro ponto relevante sobre esta dimensão do direito à educação, refere-se à situação em que os pais se encontram separados de fato ou divorciados.

Os artigos 36.º, n.º 3 e 68.º, n.º 1 e 2, ambos da CRP, garantem aos pais o exercício da direção da educação dos filhos menores em igualdade de condições, reconhecendo a paternidade e a maternidade como valores sociais eminentes. Nesse sentido, também é o disposto no Código Civil brasileiro (Lei n.º 10.406/2002), em seu artigo 1.634, I, ao preceituar que é direito de ambos os pais, qualquer que seja a situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar consistente em dirigir a criação e a educação dos filhos, o qual, da mesma forma, é assegurado ao tutor em relação à pessoa do menor (artigo 1.740.º, I, da Lei n.º 10.406/2002).

Logo, o pai ou a mãe, ainda que não resida com o filho, conserva o seu legítimo direito de ser ouvido e, conseqüentemente, de influenciar os rumos do tipo de educação que lhe será ministrada.

Portanto, como destaca Rui Medeiros, o ex-cônjuge divorciado conserva, para além do direito a visitar, também o de vigilância, o que inclui o “*direito de ser ouvido sobre questões fundamentais em matéria de educação e manutenção do filho*”⁴⁹⁸.

⁴⁹⁵ MARTINS, Rosa Cândido. Poder Paternal vs Autonomia da Criança e do Adolescente. *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*. Ano I, v.1, 2004, p. 65.

⁴⁹⁶ MEDEIROS, Rui. Artigo 36.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 830.

⁴⁹⁷ PORTUGAL. Lei n.º 16, de 22 de junho de 2001. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 2001. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/362699/details/normal?q=Lei+n.º16%2F2001+>. Acesso em: 10 maio 2020.

⁴⁹⁸ MEDEIROS, Rui. Artigo 36.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 829.



Destarte, eventual decisão da mãe ou do pai que reside com o filho a respeito da direção da sua educação não pode ser tomada sem o consentimento ou, ao menos, a ponderação do ex-cônjuge⁴⁹⁹.

2.2 *Liberdade de Ensinar e Aprender*

Outra dimensão jurídica do direito à educação, que também se submete, no sistema constitucional português, ao regime material de direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, CRP), possuindo, portanto, aplicabilidade direta, é o da liberdade de ensinar e aprender, garantida no artigo 43.º, n.º 1, CRP (que, no Brasil, corresponde ao artigo 206.º, II, CRFB).

Gomes Canotilho e Vital Moreira ressaltam que o artigo 43.º da CRP “*reconhece e garante dois direitos distintos (embora estreitamente correlacionados); a liberdade de aprender e de ensinar (n.º 1) e o direito de fundação de escolas particulares e cooperativas (n.º 4)*”⁵⁰⁰.

Os referidos preceitos constitucionais, tanto na ordem constitucional portuguesa quanto na brasileira, asseguram, em linhas gerais, a liberdade de educação, isto é, propicia o acesso de todos aos bens culturais no seu sentido mais amplo sem quaisquer barreiras políticas, normativas, ideológicas, religiosas, filosóficas ou estéticas⁵⁰¹.

Seu conteúdo traz insito uma dupla acepção: *a) a liberdade de aprender*, buscando a necessidade de equilíbrio nas relações entre a família e o Estado referentes à escolha por determinado tipo de ensino ministrado para si mesmo e para seus filhos; *b) liberdade de ensinar*, evidenciando-se os contornos da relação travada entre educandos (crianças, adolescentes e jovens) e educadores (pais e professores).

Na primeira vertente referente à liberdade de aprender, também chamada de *liberdade de escola*⁵⁰², incumbe ao Estado garantir não somente o acesso a escola, preenchidos os seus requisitos legais, mas, sobretudo, assegurar o direito dos pais de dirigir a educação dos seus

⁴⁹⁹ MEDEIROS, Rui. Artigo 36.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 829.

⁵⁰⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa...op.cit.*, p. 625.

⁵⁰¹ MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 932.

⁵⁰² Expressão usada por MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 933.



filhos com primazia, cooperando com a família para que esta opte pela instituição de ensino que entende ser a mais adequada aos seus filhos, com base no projeto e na estrutura familiar⁵⁰³.

Nessa dimensão, a liberdade de ensino ultrapassa o direito de acesso e frequência à escola pública para tutelar, inclusive, a escolha dos pais de conferir aos filhos o ensino individual ou doméstico (*homeschooling*)⁵⁰⁴, que são previstos, em Portugal, no artigo 8.º, n.º 1, alíneas *b*, *c*, do Decreto-Lei n.º 55/2008⁵⁰⁵ e regulamentados pela Portaria n.º 69/2019⁵⁰⁶. Tais modalidades de ensino visam dar resposta às famílias que, por razões de natureza estritamente pessoal ou de mobilidade profissional, pretendem assumir uma maior responsabilidade na educação dos seus filhos ou educandos em idade escolar.

Assegura, ainda, também o direito de criação das escolas particulares, posto que a legítima escolha dos pais pode a elas reconduzir-se⁵⁰⁷. Por conseguinte, o artigo 43.º, n.º 4 da CRP garante o direito de instituição das escolas particulares e cooperativas com o objetivo de alargar

⁵⁰³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. O papel do ensino privado na actual Constituição portuguesa. In: *Temas de Direito da Educação*. HOMEM, António Pedro Barbas (coord.). Coimbra: Almedina, 2006, pp. 14-15.

⁵⁰⁴ O ensino doméstico (*homeschooling*), em linhas gerais, representa aquele que é lecionado, no domicílio do aluno, por um familiar ou por pessoa que com ele habite. Por sua vez, o ensino individual é aquele ministrado por um professor habilitado a um único aluno fora de um estabelecimento de ensino. Tais modalidades de ensino são adotadas em diversos países, como Estados Unidos, Portugal, Dinamarca, Inglaterra, Finlândia, França, Alemanha e Itália, apesar de existirem diferenças entre os sistemas adotados nos referidos países, no tocante aos requisitos da autorização estatal, aos conteúdos mínimos a serem ministrados, a forma de avaliação adotada aos educandos, o tipo de fiscalização aos educadores, bem como às sanções aplicadas em caso de rendimento escolar insatisfatório, conforme leciona MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, pp. 749-752. No Brasil, diferentemente de Portugal, o ensino individual e o doméstico (*homeschooling*) ainda não estão regulamentados por lei, o que inviabiliza a sua adoção, por depender de prévia disciplina pelo legislador, conforme decidido pelo STF no julgamento do RE 888.815 (Rel. p/ o acórdão Min. Alexandre de Moraes, DJe 21.03.2019), não obstante o referido Tribunal tenha entendido que tal modalidade de ensino não é incompatível com a Constituição brasileira. A respeito do *homeschooling*, vide ISENBERG, Eric J. What have we learned about homeschooling?. *Peabody Journal of Education*, 2007, 82, 2-3, pp. 387-409; LÓPEZ, Víctor González. *La educación en casa como mercado educativo: Estudio comparado de los modelos de intervención en la Unión Europea*. 2018, 531 f. Tese doutoral (Departamento de Teoria e História da Educação). Universidade de Salamanca, 2018, pp. 204-255. Disponível em <https://gredos.usal.es/handle/10366/139516?show=full>. Acesso em 10 abril 2019; RIBEIRO, Álvaro Manuel Chaves; PALHARES, José. O homeschooling e a crítica à escola: hibridismos e (des)continuidades educativas. *Pro-posições*, 2017, 28, pp. 57-84; BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. Homeschooling no Brasil: ampliação do direito à educação ou via de privatização?. *Educação & Sociedade*, 2016, 37, pp. 153-168.

⁵⁰⁵ PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 55, de 6 de julho de 2018. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 2018. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/115652962/details/normal?!=1>. Acesso em: 10 maio 2020.

⁵⁰⁶ PORTUGAL. Ministério da Educação. Portaria n.º 69, de fevereiro de 2019. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 2019. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/120272926/details/maximized>. Acesso em: 10 maio 2020.

⁵⁰⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O papel do ensino...op.cit.*, p. 15.



a liberdade de opção de todos a respeito do tipo de ensino que será ministrado para si mesmo ou para seus filhos⁵⁰⁸, o que também é previsto no artigo 209.º da CRFB.

Esse direito de criação de entidades de ensino particular também está previsto no artigo 13.º, n.º 4 do PIDESEC o qual preceitua que não se pode utilizar das disposições previstas no referido tratado a respeito da educação para “*restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino*”, desde que respeitados os princípios democráticos do ensino, bem como que “*essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado*”. O artigo 7.º, n.º 4 da Lei Fundamental de Bonn o assegura expressamente ao declarar que “*é garantido o direito de instituir escolas particulares*”.

Trata-se, conforme André Salgado de Matos, da dimensão orgânico-institucional do direito ao ensino, que “*engloba a liberdade de criação de escolas, elemento da liberdade de ensinar, e a liberdade de escolha de escola, elemento da liberdade de aprender*”⁵⁰⁹.

Nessa toada, as instituições de ensino privadas podem, a fim de apresentar-se como alternativa ao ensino estatal, optar por programas, métodos e livros diferentes dos adotados pelas escolas públicas, tratando-se, ao fim e ao cabo, de mecanismo propulsor da ampla liberdade dos pais e educandos em escolher dentre a gama de metodologias de aprendizagem ofertadas⁵¹⁰.

Com efeito, a liberdade de escola se concretiza na possibilidade de as instituições particulares adotarem programas com orientações científicas e pedagógicas próprias⁵¹¹. Portanto, não é legítimo, num sistema constitucional que tutela a liberdade de ensino, a instituição de regimes que gerem uma equiparação compulsória entre o ensino público e o particular, no tocante aos projetos educativos, metodologias, adoção de livros, regimes de horários, equipamentos, disciplinas e realização de exame, sob pena de se institucionalizar um ilegítimo sistema educacional de planificação centralizada⁵¹².

⁵⁰⁸ ABRANTES, Pedro *in* A educação em Portugal: princípios e fundamentos constitucionais. *Sociologia, Problemas e Práticas*, 2016, pp. 23-32, p. 25, destaca que inserido no âmbito do conteúdo do princípio da liberdade de ensinar e aprender está também o de se criarem escolas fora da tutela estatal (particulares ou cooperativas) inclusive contra qualquer forma de autoritarismo ou totalitarismo.

⁵⁰⁹ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, pp. 420-421.

⁵¹⁰ MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. *In*: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 934, ressalta, entretanto que “*para que essa liberdade de escolha seja efetiva, têm de ser assegurados a quem desejar frequentar um ou outro tipo de escola os indispensáveis meios econômicos*”.

⁵¹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O papel do ensino...op.cit.*, p. 18.

⁵¹² *Ibid.*



Desse modo, a liberdade de ensino implica invariavelmente no reconhecimento de certa margem de autonomia das escolas privadas na gestão organizativa, funcional, didática e pedagógica, devendo o Estado abster-se, seja por ato individual ou geral, de interferir na regular gestão e programação das atividades escolares⁵¹³.

No entanto, a autonomia pedagógica das instituições privadas de ensino não é absoluta, mas relativa, na medida em que o ensino por elas ofertado deve, como abordado no Cap. I, traduzir os valores inerentes ao regime democrático, notadamente a igualdade, dignidade e a solidariedade.

Por conseguinte, embora se assegure às instituições privadas de ensino o legítimo direito de escolher as próprias opções pedagógicas – o que impede, portanto, a imposição por determinado método de aprendizagem definido pelo Estado – sua implementação precisa estar em conformidade com as finalidades constitucionais do ensino, isto é, estimular a compreensão mútua, a tolerância e a integração em comunidade, visando, em última análise, superar as desigualdades sociais, econômicas e culturais (artigo 73.º, n.º 2, CRP e artigos 205.º e 209.º, ambos da CRFB).

Cabe, então, de forma legítima, a atuação do Estado na fiscalização das escolas particulares para fins de aferir o cumprimento dessas finalidades educacionais (artigo 75.º, n.º 2, CRP e artigo 209.º, I e II, CRFB).

Em outras palavras, a educação, seja no âmbito público, particular ou cooperativo, deve ser orientada *pela e para a democracia*, assumindo uma dupla dimensão: tanto a externa – que conduz o sistema de ensino a reger-se pelos princípios democráticos, quanto a interna – que forma os cidadãos com base nesses valores constitucionais⁵¹⁴.

Isso, entretanto, como bem pontuado por Luísa Neto, não impede que a educação para a democracia implique em se considerar o eventual paradoxo da educação plural, consistente no fato de que haja também a discussão quanto à transmissão de informação sobre valores não democráticos⁵¹⁵, notadamente para conscientizar os educandos da relevância da sua não adoção.

O que se deve ter em mente é que, embora seja atribuição do Estado fiscalizar a atuação das instituições de ensino privado (artigo 75.º, n.º 2, CRP e artigo 209.º, II, CRFB) a fim de

⁵¹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O papel do ensino...op.cit.*, p. 18.

⁵¹⁴ ABRANTES, Pedro. *A Educação em Portugal...op.cit.*, p. 26.

⁵¹⁵ NETO, Luísa in *Educação para a Democracia...op.cit.*, p. 02.



velar para que as finalidades democráticas da educação, previstas no artigo 73.º, n.º 2, CRP e artigo 205.º da CRFB, sejam implementadas, por outro lado, não pode intervir na autonomia disciplinar e metodológica das escolas particulares e cooperativas, sob pena de violar a liberdade de aprender garantida pelo artigo 43.º, n.º 1 da CRP e artigo 206, II, da CRFB.

Note que, caso não haja certa diferenciação entre o ensino ofertado pelo Estado daquele ministrado pelas escolas privadas e cooperativas, haverá a mitigação da liberdade de escolha de determinado tipo de ensino conforme o projeto educacional de cada um, o que não deve ser admitido em uma sociedade edificada em uma educação inclusiva, plural, capacitante e fraterna.

Destarte, o artigo 75.º, n.º 2 da CRP e o artigo 209, II, da CRFB, ao reconhecer e fiscalizar o ensino particular e cooperativo, nos termos da lei, para além de permitir o desenvolvimento econômico sustentável do sistema de ensino para a iniciativa privada – o que é natural numa sociedade capitalista – busca, sobretudo, assegurar o *pluralismo educacional* e *antidiscriminatório*⁵¹⁶, ampliando o espectro de incidência da liberdade de aprender⁵¹⁷.

Esse pluralismo, que se manifesta tanto nas escolas públicas quanto nas particulares, visa conciliar a multiplicidade de metodologias de aprendizagem e a diversidade de orientações pedagógicas, inerentes à sociedade plural e complexa da atualidade. Jorge Miranda classifica-o como *interno* nas escolas públicas e *externo* nas escolas privadas e cooperativas⁵¹⁸.

O mencionado constitucionalista explica que o pluralismo interno nas escolas públicas simboliza a possibilidade de “*na mesma escola, coexistirem diferentes perspectivas doutrinárias e confessionais dos professores*”⁵¹⁹, ao passo que o pluralismo externo das escolas particulares ocorre “*porque a diversidade de orientações de escola para escola traduz o pluralismo geral do sistema*”⁵²⁰.

A segunda dimensão do preceito constitucional previsto no artigo 43.º, n.º 1, CRP e no artigo 206.º, II, CRFB está relacionada com o direito à liberdade de ensinar, intitulada de

⁵¹⁶ A expressão “*pluralismo antidiscriminatório*” é utilizada por NETO, Luísa. *Constituição e Educação...op.cit.*, p. 283.

⁵¹⁷ Sobre a conciliação entre a abertura do sistema de ensino à iniciativa privada e o irrestrito respeito aos princípios e valores democráticos, ABRANTES, Pedro. *A Educação em Portugal...op.cit.*, p. 26, sustenta que “*qualquer que seja o ciclo e a modalidade de ensino, o alinhamento das políticas educativas com o crescimento económico, a competitividade e a empregabilidade não podem perder de vista estes objetivos mais amplos*”.

⁵¹⁸ MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 936.

⁵¹⁹ *Ibid.*

⁵²⁰ MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 936.



liberdade na escola. Representa a liberdade dos professores de lecionar conforme a procura da verdade, o saber, a orientação científica e pedagógica e, por outro lado, o direito do aluno à compreensão crítica dos conteúdos ministrados mediante o diálogo e respeito mútuos entre docente e discente⁵²¹.

Observe que, tal qual ocorre na acepção relacionada com a liberdade de aprender, também não se trata de uma autonomia absoluta do docente, que apesar de ter liberdade para a definição dos conteúdos ministrados e da metodologia pedagógica, encontra-se vinculado aos planos de estudo e os programas das disciplinas fixados pelas instituições de ensino, de forma específica, ou, em linhas gerais, pela lei.

Atualmente, tanto em Portugal quanto no Brasil, há a chamada *gestão flexível do currículo* que não se reveste de um projeto fechado, mas de uma construção a empreender, conjugando disciplinas obrigatórias e facultativas com os componentes previstos no currículo nacional e no currículo da escola⁵²².

Ainda sobre o tema, os n.º 2 e 3, ambos do artigo 43.º da CRP, estabelecem, respectivamente, que o Estado não pode programar a educação e a cultura segundo quaisquer diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas, bem como que o ensino público será não confessional, o que encontra correspondência nos termos dos artigos 206.º, III e 210.º, §3º, ambos da CRFB.

O conceito normativo da laicidade ou não confessionalidade materializa-se na acepção de que o ensino público não se identifica com qualquer religião ou convicção filosófica, ideológica ou político-partidária.

Isso, entretanto, não significa, como pontua Jorge Miranda, que “*as religiões, as convicções, as filosofias ou as ideologias não devam ter expressão no ensino público*”⁵²³. Até porque a ausência total de incorporação dessas questões na transmissão do conhecimento pode ser considerado, por si só, determinado viés ideológico ou filosófico.

⁵²¹ MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 935.

⁵²² NETO, Luísa. *Constituição e Educação...op.cit.*, p. 284. Em Portugal as bases mínimas do currículo nacional referente ao ensino básico e secundário são previstas nos artigos 13 e 14 do Decreto-Lei 55/2018. Por sua vez, no Brasil, a base nacional comum curricular tem previsão no artigo 210.º, *caput*, da CRFB e está regulamentada no artigo 26.º da Lei 9.394/96, que é a Lei de Bases e Diretrizes da Educação Nacional.

⁵²³ MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 936.



Portanto, o aludido preceito constitucional representa que na definição dos programas dos cursos e das disciplinas ministradas nacionalmente não se pode adotar, institucionalmente, específico viés religioso, político, ideológico ou filosófico, que seja utilizado para fins de doutrinação dos alunos com base em qualquer desses parâmetros.

Portanto, a educação pública, conforme adverte Luísa Neto, embora seja axiologicamente laica e não confessional, não podendo institucionalizar determinado viés religioso ou político-filosófico, não é neutra, pois é portadora de valores constitucionais como os de coesão social, aceitação da diversidade cultural, igualdade de oportunidades, equidade e participação crítica na vida democrática⁵²⁴.

Com efeito, a própria seleção de conteúdos e da metodologia de ensino utilizada implica em juízos de valor e representações do mundo, de modo que o caráter não confessional do ensino público não obsta a afirmação da sua pluralidade cultural e cognitiva⁵²⁵.

A finalidade da Constituição, tanto a portuguesa quanto a brasileira, é a de evitar a unicidade do tipo de ensino ministrado pelo Estado e, por consequência, a doutrinação dos alunos do ensino público por determinado e específico viés político, ideológico, filosófico ou religioso.

Não se almeja, assim, impedir a presença da religião, da filosofia, da ideologia ou da política nas escolas públicas, sob pena de se violar o próprio pluralismo de projetos educacionais inerente ao regime democrático e dificultar a construção de uma sociedade multiétnica e multicultural que almeja ser solidária e tolerante.

Se em face das instituições oficiais de ensino a laicidade ou não confessionalidade trata-se de imposição constitucional, lado outro, nas escolas particulares ou cooperativas, vigora a autonomia para a escolha por determinada e específica orientação filosófica, ideológica ou religiosa. Desse modo, promove-se a liberdade de ensino e, simultaneamente, a ampliação da autonomia da vontade dos cidadãos em selecionar o tipo de ensino que entendem mais adequado a si mesmos ou a seus filhos, consagrando o pluralismo indissociável do Estado Democrático.

A respeito do ensino religioso nas escolas públicas, Portugal celebrou Concordata com a Santa Sé em 1940⁵²⁶, cujo artigo 21.º previa que “*o ensino ministrado pelo Estado nas escolas*

⁵²⁴ NETO, Luísa. *Constituição e Educação...op.cit.*, p. 279.

⁵²⁵ ABRANTES, Pedro. *A Educação em Portugal...op.cit.*, p. 25.

⁵²⁶ Inteiro Teor da Concordata de 1940 celebrado entre a República Portuguesa e a Santa Sé disponível em https://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19400507_santa-sede-portogallo_po.html. Acesso em 24 fev. 2019.



públicas será orientado pelos princípios da doutrina e moral cristãs, tradicionais do País". Essa norma era de constitucionalidade duvidosa⁵²⁷, na medida em que a anterior Constituição portuguesa de 1933, em seu artigo 43.º, já disciplinava que *"o ensino ministrado pelo Estado é independente de qualquer culto religioso, não o devendo, porém, hostilizar"*.

De toda sorte, em 2004 foi assinada nova Concordata⁵²⁸, na qual foi retirada tal menção, sendo o tema tratado atualmente no artigo 19.º, o qual prevê que a República Portuguesa garante as *"condições necessárias para assegurar, nos termos do direito português, o ensino da religião e moral católicas nos estabelecimentos de ensino público não superior, sem qualquer forma de discriminação"*.

No entanto, tratando-se do domínio público devem ser observados os seguintes parâmetros para o ensino religioso: *a)* autorização dos pais em relação aos filhos menores de 16 anos e, sendo maiores de 16 anos, a expressa manifestação de interesse em frequentar a disciplina; *b)* igualdade de ensino de todas as confissões sem a prevalência de nenhuma delas; *c)* assunção do ensino pelas confissões (artigo 41.º, n.º 5, CRP) com professores por ela indicados, sob a sua responsabilidade e com programas por elas definidos; *d)* não cumulação pelo mesmo docente de ensino de religião com outra disciplina, para evitar situações constrangedoras que possam diminuir a liberdade de opção dos alunos; *e)* matrícula facultativa e nos horários escolares normais, em alternativa a outras disciplinas também optativas, conforme assegura o artigo 7.º, n.º 2, da Constituição Alemã e o artigo 210.º, §1.º, da CRFB⁵²⁹.

2.3 Reconhecimento e Fiscalização do Ensino Particular e Cooperativo

O artigo 75.º, n.º 2 da CRP preceitua que o Estado reconhece e fiscaliza o ensino particular e cooperativo, nos termos da lei (que, no Brasil, corresponde ao artigo 209.º, da CRFB). Ambos os dispositivos constitucionais estão intrinsecamente relacionados com a dimensão da liberdade de aprender (*liberdade de escola*), prevista no artigo 43.º, n.º 4 da CRP e no artigo

⁵²⁷ Nesse sentido, é também o entendimento de ABRANTES, Pedro. *A Educação em Portugal...op.cit.*, p. 25.

⁵²⁸ Inteiro teor da Concordata de 2004 celebrado entre a República Portuguesa e a Santa Sé disponível em https://www.culturanorte.gov.pt/wp-content/uploads/2020/07/concordata_entre_a_republica_portuguesa_e_a_santa_se_assinada_em_18_de_mairo_de_2004_na_cidade_do_vaticano_resolucao_da_assembleia_da_repu.pdf?x69634. Acesso em 24 fev. 2019.

⁵²⁹ MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, pp. 936-937, ressaltando o referido autor que a lei de liberdade religiosa portuguesa (Lei nº 16/2001), em seu artigo 24.º, respeita quase todos os mencionados parâmetros, menos o último, referente à alternativa a outras disciplinas também optativas, posto que o item 2.º do aludido dispositivo legal estabelece que, embora a educação moral e religiosa seja opcional, não é alternativa relativamente a qualquer área ou disciplina curricular.



206.º, II da CRFB, analisada no tópico anterior, que garante o direito de criação de escolas particulares e cooperativas.

Essa essencial conexão, no preciso magistério de Vieira de Andrade, resulta em duas importantes conclusões. A primeira é a de que a Constituição assegura *garantias institucionais* ao pleno exercício da liberdade de ensino, as quais se materializam-se na adequada regulamentação do procedimento de criação das escolas particulares, bem como no fornecimento do quadro normativo básico da sua organização e funcionamento⁵³⁰.

Isso porque é através da intervenção estatal por meio do reconhecimento das instituições privadas de ensino que se possibilita o regular exercício da liberdade de aprender, permitindo que os pais ou encarregados da educação possam efetivamente optar pelo projeto educativo que entendem ser mais adequados aos seus filhos ou educandos.

Em outras palavras, o Estado, ao reconhecer as escolas particulares e cooperativas e regulamentar o seu funcionamento, cria as condições materiais indispensáveis para que os cidadãos possam exercer o consagrado direito de liberdade de ensino.

A segunda é que a aplicação da norma prevista no artigo 75.º, n.º 2 da CRP submete-se, na estrutura constitucional portuguesa, ao regime de direitos, liberdades e garantias. Disso resulta que o poder de regulamentação atribuído ao legislador “*deve mover-se dentro dos limites constitucionalmente estabelecidos no âmbito do regime próprio daqueles direitos fundamentais*”⁵³¹.

Nessa perspectiva, o ensino privado deixa de ser tratado como mero supletivo do ensino público e o seu reconhecimento assume a qualificação de condição material inerente ao direito fundamental da liberdade de ensino em sua dimensão de liberdade de escola (criação de instituições de ensino particulares e cooperativas).

Por conseguinte, qualquer intervenção legislativa que implique em restrições no campo do reconhecimento das escolas privadas, por poder afetar o conteúdo da liberdade do ensino, submete-se aos parâmetros do artigo 18.º, da CRP, devendo ser justificada de forma proporcional e adequada com vistas à proteção de outros direitos ou valores comunitários de dignidade

⁵³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O papel do ensino...op.cit.*, pp. 15-16.

⁵³¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O papel do ensino...op.cit.*, p. 16.



constitucional⁵³². Ademais, não pode afetar o conteúdo essencial do direito, devendo revestir-se de caráter geral, abstrato e não pode ter efeitos retroativos⁵³³.

A versão original da CRP de 1976 era marcada pelo designo de transformar a República numa sociedade sem classes, cuja transformação demandaria a passagem para o socialismo⁵³⁴. Nesse contexto, a redação original do artigo 75.º, n.º 2 da CRP declarava que o ensino particular era *supletivo* do ensino público. Isso apontava a cristalina desconfiança em relação ao ensino particular, o qual era tolerado nos casos de eventual incapacidade do Estado em instalar escolas públicas que atendessem a toda a população⁵³⁵.

A revisão constitucional de 1982 iniciou o processo de desmarxização da CRP, sendo retirada a menção à atribuição supletiva do ensino particular e passou-se a garantir a criação de escolas particulares e cooperativas (artigo 43.º, n.º 4, CRP)⁵³⁶. Em seguida, a revisão de 1989 retirou as referências ao socialismo e à sociedade sem classes e, no âmbito do ensino, atribuiu-se ao Estado o papel de não apenas fiscalizar, mas também de reconhecer o ensino particular e cooperativo (artigo 75.º, n.º 2, CRP)⁵³⁷.

Consuma-se, assim, a evolução normativa iniciada em 1982, marcando a transformação do espaço de atuação do setor privado no campo do ensino, que deixou de ser considerado como subalterno ao público e passou a desempenhar igual e paritária função social, sem prejuízo da natural fiscalização estatal⁵³⁸.

Logo, a redação atual do artigo 75.º, n.º 2 da CRP melhor reflete, como destaca Jorge Miranda, a “*ideia de complementaridade e de competitividade com vistas à prossecução das finalidades constitucionais*”⁵³⁹.

Compete, entretanto, ao Estado criar uma rede de estabelecimentos públicos de ensino que atenda as necessidades de toda a população (artigo 75.º, n.º 1, CRP). No Brasil, a correspondência a esse dispositivo é o artigo 213.º, §1º, CRFB, notadamente a parte final, que dispõe

⁵³² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O papel do ensino...op.cit.*, p. 17.

⁵³³ *Ibid.*

⁵³⁴ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 429.

⁵³⁵ *Ibid.*, pp. 429-430.

⁵³⁶ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 430.

⁵³⁷ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 431.

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ MIRANDA, Jorge. Artigo 75.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 1.421.



ser obrigação do Estado investir prioritariamente na expansão da rede pública de ensino na localidade.

Todavia, a escassez de recursos aliado à multiplicidade de bens jurídicos tutelados pelo Estado, dificulta a implementação integral dessa finalidade constitucional relacionada à expansão da educação pública. Por outro lado, o ensino público não pode ser orientado por específico viés político, religioso, ideológico ou filosófico (artigo 43.º, n.º 2, CRP), consoante analisado no tópico anterior, o que pode limitar a liberdade de escolha dos cidadãos por determinado projeto educativo.

Logo, nesse contexto de recursos estatais escassos e da impossibilidade normativa do ensino público assumir específica diretriz filosófica, ideológica ou religiosa, o ensino privado complementa o sistema público na medida em que alarga o espectro da liberdade de ensino. Isso porque permite-se, desse modo, que os pais ou os encarregados da educação possam optar por matricular seus filhos ou educandos segundo o exclusivo projeto escolar ofertado por certa escola particular ou cooperativa, seja científico, religioso, filosófico ou ideológico, que não pode ser propiciada no âmbito da rede pública de ensino.

Lado outro, não se pode perder de vista que, dentro da lógica do mercado capitalista, ao assegurar à iniciativa privada a prestação de serviços educacionais, essa relação é caracterizada não somente como complementar, mas também de concorrência entre as instituições de ensino. Esse *pluralismo concorrencial*⁵⁴⁰ pode ser salutar com vistas ao desenvolvimento da eficiência entre as escolas e, por conseguinte, aumentar a qualidade do ensino prestado.

Nesse sentido, no preciso magistério de Gomes Canotilho e Vital Moreira, o sistema dualístico consagrado na Constituição em relação ao ensino (existência de escolas públicas e particulares) conduz à sua flexibilidade, ao livre desenvolvimento dos jovens, ao combate ao abandono e à insatisfação escolar, bem como à promoção da qualidade e eficácia de toda a rede de estabelecimento educacional⁵⁴¹.

O que se deve ter em mente é que a Constituição, tanto a portuguesa quanto a brasileira, ao consagrar a liberdade de ensino como direito fundamental (artigo 43.º, n.º 1, CRP e artigo 206.º, II, CRFB), rejeita o monopólio do ensino ao Estado. Por conseguinte, a interpretação conferida ao artigo 75.º, n.º 1 da CRP e à parte final do artigo 213.º, §1º da CRFB deve ser

⁵⁴⁰ Expressão usada por CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...op.cit.*, pp. 908-909.

⁵⁴¹ *Ibid.*



construído de forma harmônica com o legítimo direito de criação e autonomia das entidades de ensino particulares e cooperativas⁵⁴².

Disso resulta que a meta constitucional do sistema de ensino público de atender às necessidades de toda a população deve conviver com a existência de uma rede particular de ensino e não pode ser utilizada como pretexto para a aniquilação, sobreposição ou indevida ingerência do Estado sobre o regular funcionamento das instituições de ensino particular.

Noutro aspecto, a existência de escolas particulares em determinada localidade não pode servir de justificativa para o não incremento da rede pública de ensino na mesma zona geográfica. Essa conclusão tem esteio no artigo 75.º, n.º 1 da CRP, que revela a existência de *preferência constitucional*⁵⁴³ pela escola pública, o que também se verifica no ordenamento constitucional brasileiro, nos termos da parte final do artigo 213.º, §1º da CRFB.

Portanto, apesar do Estado ter o *dever constitucional de proteção* direcionado para assegurar as condições necessárias para que os cidadãos exerçam, em sua plenitude, o direito fundamental da liberdade de ensino, o que resulta na garantia do reconhecimento à criação das escolas particulares e cooperativas, não soa razoável valer-se da expansão da rede privada de ensino para substituir a sua incumbência prioritária de desenvolvimento das escolas públicas.

A correta interpretação do sentido e alcance do artigo 75.º, n.º 1, CRP e do artigo 213.º, §1º, CRFB, de forma sistêmica com o direito de liberdade de ensino, contribui, ainda, para a adequada definição da natureza jurídica das escolas privadas. Ora, não havendo um monopólio estatal do ensino, as escolas particulares e cooperativas submetem-se ao regime de autorização e não ao de delegação, o que é previsto expressamente no artigo 209.º, II, CRFB.

Em outras palavras, o serviço prestado nas escolas privadas não é o exercício de uma atividade pública delegada, mas, sim, de uma atividade privada autorizada pelo Estado e concorrente com o ensino público, voltada, contudo, à satisfação de interesses públicos intrínsecos à educação e definidos no texto constitucional⁵⁴⁴.

⁵⁴² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O papel do ensino...op.cit*, p. 23, sustenta que o artigo 75.º, n.º 1 da CRP deve ser “objeto de restrição teleológica no contexto global da Constituição”.

⁵⁴³ COUTINHO, Luís Pereira; GOUVEIA, Jorge Bacelar (coord.). Educação. In: *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*. Lisboa: Quid Juris, 2013, p. 136.

⁵⁴⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O papel do ensino...op.cit*, p. 19, sustenta, desse modo, um modelo intermediário entre os dois extremos: o do “monopólio estatal” e o da “escola privada livre”, ambos recusados pela CRP. Também defendendo que a atividade das instituições particulares se desenvolvem no interesse público para



Tanto o ordenamento português quanto o brasileiro consagram, portanto, o modelo *pluralista da escola privada autorizada* e não o da “escola pública delegada”⁵⁴⁵. Essa é a conclusão mais adequada ao desenvolvimento da educação no contexto constitucional das democracias contemporâneas.

Primeiro, porque ao se permitir autênticos espaços autônomos de disseminação da atividade educativa no campo privado evita-se a planificação do ensino e, por conseguinte, resguarda-se a sociedade da eventual imposição de determinada ideologia estatal extremista que almeje a doutrinação dos alunos, conduta típica de Estados totalitários⁵⁴⁶.

Segundo, se o ensino privado se submetesse ao regime da delegação, tendo em vista que a sua titularidade permaneceria a cargo do Estado, haveria as mesmas restrições normativas aplicadas ao ensino público, tal como a laicidade e a não confessionalidade. Isso, à toda evidência, além de ofender a liberdade de ensino em sua dimensão objetiva-institucional, viola a diversidade ideológica e o pluralismo multiétnico, que são justamente pilares dos Estados democráticos, como Portugal e o Brasil.

Por outro lado, importante acentuar que a prestação do serviço educacional pelos agentes privados, embora imprescindível em uma democracia multicultural e que se autointitula como solidária, não é livre, pois está condicionada pela satisfação das finalidades constitucionais da educação.

Esses valores inerentes à educação são aplicados a todo o sistema de ensino, seja no âmbito público, particular ou cooperativo e estão delineados no artigo 73.º, n.º 2, CRP e artigo 205.º da CRFB: a superação das desigualdades econômicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade, do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade para o progresso social e para a participação democrática na vida coletiva,

a consagração das finalidades constitucionais do ensino, vide MIRANDA, Jorge. Artigo 75.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 1.421-1422. Contra, afirmando que “*as escolas privadas, mesmo com reconhecimento de interesse público, prestam serviço privado no interesse dos seus titulares*”, vide CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...op.cit.*, p. 904.

⁵⁴⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O papel do ensino...op.cit.*, p. 19.

⁵⁴⁶ Vide ZIEMER, Gregor. *Educando para a Morte...op.cit.*, p. 205; HANNOUN, Hubert. *O nazismo: Educação? Domesticação...op.cit.*, p. 128; BARTOLETTI, Susan Campbell. *A juventude hitlerista...op.cit.*, p. 42; MICHAUD, Eric. *Soldados de uma ideia...op.cit.*, p. 294, FAVORITO, Jhenifer da Silva Lemos; QUINAN, Juliana Maria Corallo. *Educação e nazismo...op.cit.*, pp. 22-24; LIMA, Carolina Alves de Souza. *Cidadania...op.cit.*, p.147.



o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.

Disso resulta que as atividades de ensino prestadas nas escolas privadas possuem manifesto interesse público, pois estão voltadas para a concretização dos desígnios constitucionais da educação, o que é expressamente declarado no artigo 2.º da Lei n.º 9/79⁵⁴⁷.

Destarte, embora as escolas particulares e cooperativas possuam autonomia para a definição da metodologia e do projeto científico que irão desempenhar, não é absoluta, conforme abordado no tópico anterior. Isso porque sujeitam-se à fiscalização do Estado, que, ao fim e ao cabo, busca, desse modo, aferir a conformidade de sua atuação com as diretrizes e valores constitucionais do ensino.

Relevante ressaltar que o fato de as instituições privadas de ensino conferirem titulações e graus acadêmicos não causa a transfiguração da natureza do ensino por elas prestadas, embora possam legitimar uma fiscalização estatal mais intensa⁵⁴⁸.

Nessa toada, a liberdade de ensino materializa-se não somente na possibilidade de criação de escolas privadas, mas, sobretudo, no reconhecimento de sua relevante eficácia social apta à concessão de graus ou títulos oficialmente reconhecidos, preenchidos os seus requisitos legais pelo discente⁵⁴⁹. Nesse aspecto, como afirma Jorge Miranda, “*é oficial o ensino ministrado em ambas as categorias de escolas*”⁵⁵⁰.

Por conseguinte, a regra do reconhecimento implica que os cursos concluídos nas escolas particulares têm o mesmo valor que os realizados nas públicas e os graus e diplomas emitidos por quaisquer das instituições de ensino produzem os mesmos efeitos⁵⁵¹.

Ainda sobre o tema, não obstante a já apontada relação indissociável existente entre o reconhecimento das escolas privadas e o direito de liberdade de ensino, a ponto de submeter-se

⁵⁴⁷ PORTUGAL. Lei n.º 9, de 19 de março de 1979. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 1979. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/383221/details/normal?q=Lei+n.º%209%2F79>. Acesso em: 10 maio 2020. A referida norma estabelece as bases do ensino particular e cooperativo, e seu artigo 2.º preceitua que “*as actividades e os estabelecimentos de ensino enquadrados no âmbito do sistema nacional de educação são de interesse público*”.

⁵⁴⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O papel do ensino...op.cit.*, p. 19. Também aceitando a existência de uma intensidade de fiscalização mais intensa nas escolas privadas que conceda diplomas ou graus, vide CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...op.cit.*, p. 907.

⁵⁴⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O papel do ensino...op.cit.*, p. 19.

⁵⁵⁰ MIRANDA, Jorge. *Introdução ao Direito à Educação...op.cit.*, p. 27.

⁵⁵¹ *Ibid.*



ao regime de direitos, liberdades e garantias, deve-se combater a odiosa prática da *mercantilização do ensino*⁵⁵², bem como as recorrentes tentativas de captura do interesse público por agentes do ensino particular. Estes, em face do elevado poder econômico e da grande influência política, podem agir, de forma deliberada, para reduzir o campo de atuação das escolas públicas em determinadas áreas, a fim de consolidar os seus próprios anseios de expansão em certas localidades.

Esses riscos não passaram despercebidos por Alexandra Leitão ao advertir que o atual estatuto do ensino particular e cooperativo instituído, em Portugal, pelo Decreto-Lei n.º 152/2013⁵⁵³, ao permitir, em seu artigo 16.º, a celebração pelo Estado de contratos de associação com escolas particulares e cooperativas, mesmo em locais que não estão carentes de instituições públicas de ensino, altera o paradigma do regime anterior⁵⁵⁴, previsto no artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 553/80⁵⁵⁵.

Isso porque a novel regulamentação surge como alternativa à ampliação da rede pública de ensino, razão pela qual a referida autora considera a norma de duvidosa constitucionalidade, na exata e proporcional medida em que implica em desinvestimento na escola pública⁵⁵⁶.

Com efeito, conforme ressaltado, o reconhecimento de escolas privadas não tem o condão de substituir a atuação estatal na criação e manutenção da rede pública de ensino. Logo, ainda que na região exista instituição de ensino privada ou cooperativa, o Estado não deve medir esforços para instalar uma escola pública, pois tem o dever constitucional e prioritário de atender a cobrir todas as necessidades de ensino da população (artigo 75.º, n.º 2, CRP e artigo 213, §1º, CRFB).

⁵⁵² Defendendo a necessidade de se combater a comercialização do ensino, vide MIRANDA, Jorge. Artigo 75.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 1.422. Sobre o tema, CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...op.cit.*, p. 909, advertem que o “mercado educacional implica uma substancial subversão de toda a teleologia constitucional do ensino e uma inaceitável desqualificação da missão constitucional do ensino público”.

⁵⁵³ PORTUGAL. Lei n.º 152, de 4 de novembro de 2013. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 2013. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/504756/details/normal?q=Decreto-Lei+n.º%20152%2F2013>. Acesso em: 10 maio 2020.

⁵⁵⁴ LEITÃO, Alexandra. Direito fundamental à educação, mercado educacional e contratação pública. *Revista Eletrónica de Direito Público*, v.1, n.2, junho/2014, pp. 122-123

⁵⁵⁵ PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 553, de 21 de novembro de 1980. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 1980. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/458182/details/normal?q=Decreto-Lei+n.º%20553%2F80+>. Acesso em: 10 maio 2020.

⁵⁵⁶ LEITÃO, Alexandra. *Direito fundamental à educação...op.cit.*, pp. 122-123.



Por certo, notadamente em zonas carentes e ausentes de escolas públicas, o Estado tem a legítima discricionariedade em optar por celebrar contratos de cooperação para investir em escolas privadas, visando suprir a imediata necessidade dos cidadãos desta comunidade. Entretanto, é razoável defender que essa postura institucional de apoio financeiro através de subsídios, além de transparente, imparcial e pautada com base na relação de custo-benefício, deve ser transitória, vigorando até que seja instalada unidade da rede pública de ensino no local.

O que não soa adequado é o Estado, sob o argumento de promover a liberdade de ensino e de escolha do projeto educativo, subsidiar instituições privadas às custas da diminuição dos recursos repassados ao sistema público de ensino e mesmo em localidades onde as escolas públicas estão devidamente instaladas. Acaba-se, desse modo, incentivado uma concorrência que deixa de ser salutar para o desenvolvimento da eficiência e passa a ser construída com o sacrifício do regular funcionamento e investimento no serviço público educacional.

Nessa perspectiva, e atento à possível captura de interesses privados no âmbito do ensino público, comunga-se do entendimento defendido por Alexandra Leitão no sentido de que a liberdade de criação de estabelecimento de ensino particular e cooperativo implica para o Estado um *dever de respeito e de promoção* que resulta na criação de um sistema normativo direcionado ao reconhecimento e funcionamento das escolas privadas e à implementação das medidas administrativas necessárias à execução da norma⁵⁵⁷.

Todavia, isso não resulta na obrigação institucional de concessão de subsídios às escolas privadas visando aumentar os índices de matrícula e de frequência dos alunos em tais instituições, notadamente quando não houver razões materiais de insuficiência da prestação do serviço público de ensino nas localidades em que estão situadas⁵⁵⁸.

2.4 Direito de Participação Democrática no Ensino

O artigo 77.º da CRP prevê o direito à participação democrática no ensino, estabelecendo, em seu n.º 1, que os professores e os alunos têm o direito de participar da gestão democrática das escolas, nos termos da lei (no Brasil, corresponde ao artigo 206.º, VI, da CRFB).

⁵⁵⁷ LEITÃO, Alexandra. *Direito fundamental à educação...op.cit.*, p. 123.

⁵⁵⁸ *Ibid.*



Gomes Canotilho e Vital Moreira ressaltam que o direito à participação de professores e alunos na gestão das escolas “*eleva-se à dignidade de direito constitucional cultural*”⁵⁵⁹ e justifica-se em termo de “*legitimidade democrática e de autoadministração*”⁵⁶⁰.

Por sua vez, o n.º 2 do artigo 77.º da CRP determina que a lei regule as formas de participação das associações de professores, de alunos, de pais, das comunidades e das instituições de carácter científico na definição da política de ensino.

No tocante ao artigo 77.º, n.º 1, da CRP e o artigo 206.º, VI, da CRFB, o direito à participação na gestão da escola é uma decorrência, simultânea, da liberdade de aprender e ensinar (artigo 43.º, I, CRP e artigo 206.º, II, CRFB) e da realização da educação enquanto mecanismo para a democracia participativa (artigo 73.º, 2.º, CRP)⁵⁶¹.

Essa intrínseca vinculação com a liberdade de aprender e ensinar, na lição de Jorge Miranda, embora haja poder de conformação atribuído ao legislador, caracteriza o artigo 77.º, n.º 1 da CRP, na estrutura constitucional lusitana, como um *direito fundamental de natureza análoga*, gerando a incidência do regime material dos direitos, liberdades e garantias, por força do artigo 17.º da CRP⁵⁶², cujo conceito fora analisado no tópico 1.3 (Cap. II).

Representa, assim, o reconhecimento de que os professores não devem ser reduzidos a mero empregados das instituições de ensino tampouco os alunos considerados apenas usuários, clientes ou beneficiários dos serviços educacionais, mas como partícipes na gestão da instituição de ensino⁵⁶³.

Esse direito de participação dos professores e alunos na gestão das instituições de ensino é garantido em todos os níveis e graus educacionais, ainda que nas escolas pré-primárias e

⁵⁵⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa...op.cit.* pp. 919-920.

⁵⁶⁰ *Ibid.*

⁵⁶¹ MIRANDA, Jorge. Artigo 77.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 1.434.

⁵⁶² MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Artigo 17.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 306 e MIRANDA, Jorge. Artigo 77.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 1.434, destaca que essa margem conformadora atribuída ao legislador se explica não tanto por causa da vinculação com os direitos, económicos e sociais, mas pela “*necessidade de adequar ou de graduar o conteúdo do direito consoante os diferentes graus de ensino (do pré-primário ao universitário) e as diferentes categorias de escolas (públicas, privadas e cooperativas)*”.

⁵⁶³ ABRANTES, Pedro. *A Educação em Portugal...op.cit.*, p. 29.



básicas os pais ou tutores possam exercer esse direito por representação dos filhos ou tutelados e no ensino superior, aliado à autonomia universitária, exprime o seu alcance mais elevado⁵⁶⁴.

A gestão democrática das escolas está associada à autonomia concedida aos estabelecimentos de ensino e, na prática, em Portugal, manifesta-se na presença de representantes dos professores e dos alunos do ensino secundário no Conselho Geral de agrupamentos de escolas⁵⁶⁵.

No tocante ao direito de participação da política de ensino, o artigo 77.º, n.º 2, da CRP, utiliza a expressão “*formas de participação*” ao invés de “*direito de participação*” – expresso no artigo 77.º, n.º 1, da CRP – o que reflete uma menor intensidade⁵⁶⁶. Ademais, o direito à participação na política de ensino possui legitimados diversos, posto que enquanto o artigo 77.º, n.º 1 da CRP refere-se a professores e alunos, diversamente, o artigo 77.º, n.º 2, faz menção às *associações* de professores, de alunos, de pais, das comunidades e das instituições de caráter científico.

Não obstante tais diferenças, os supracitados dispositivos da CRP possuem semelhanças, na medida em que o direito à participação na política de ensino, assim como o direito à gestão democrática das instituições educacionais, também está associado, no sistema constitucional lusitano, ao regime dos direitos, liberdades e garantias.

Isso decorre em razão de íntima conexão existente entre o direito de participação na definição das políticas públicas de ensino com o princípio da democracia participativa (artigos 2.º e 9.º, alínea *c*, ambos da CRP), bem como por assegurar a atuação das comunidades e, desse modo, garantir a relevância atribuída às regiões autônomas e às autarquias locais dentro da estrutura do Estado português (artigos 61.º, 223.º e 225.º, ambos da CRP), razão pela qual também é considerado um *direito fundamental de natureza análoga*⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ MIRANDA, Jorge. Artigo 75.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 1.435.

⁵⁶⁵ ABRANTES, Pedro. *A Educação em Portugal...op.cit.*, p. 29.

⁵⁶⁶ MIRANDA, Jorge. Artigo 75.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 1.434.

⁵⁶⁷ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Artigo 17.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 306 e MIRANDA, Jorge. Artigo 77.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, pp. 1.434-1.436, ressaltando que a referência às comunidades abrange não só as comunidades locais “*correspondentes aos municípios e freguesias, como diversas formas organizativas de sociedade civil, nos domínios cultural, religioso, profissional, sindical e empresarial*”.



Essa atribuição de participar da definição da política pública de ensino materializa-se na representação de tais associações no Conselho Nacional de Educação, órgão com funções consultivas⁵⁶⁸. Disso resulta que a forma de participação de tais entidades consiste no direito de serem ouvidas antes da tomada de decisões e ocorre no âmbito da idealização da política pública educacional e não no da sua execução e implementação⁵⁶⁹.

2.5 Direito ao Ensino Básico Público, Gratuito, Universal e Obrigatório e à Criação do Sistema Público e Desenvolvimento da Educação Pré-Escolar

Dispõe o artigo 74.º, n.º 2, alínea *a*, da CRP que incumbe ao Estado na realização da política educacional assegurar o ensino básico, universal, obrigatório e gratuito (no Brasil, corresponde ao artigo 208.º, I, da CRFB). Trata-se de norma constitucional de conteúdo determinado⁵⁷⁰, classificando-se em Portugal, quanto à estrutura, em *preceptiva não exequível por si mesma*⁵⁷¹, conceituada no tópico 1.3 (Cap. II), posto que compete ao Estado, por meio da atuação do legislador, criar o sistema público de ensino básico.

Esses dispositivos, tanto em Portugal quanto no Brasil, refletem um *dever estatal de proteção*, e não mera faculdade, que se materializa em verdadeira *imposição legisferante*⁵⁷², isto é, o legislador está vinculado à publicação da lei que institui o sistema público de ensino, sob pena de inconstitucionalidade por omissão. Ademais, os referidos preceitos tratam-se, também, de *garantias fundamentais*, na medida em que se reveste de condição jurídica imprescindível para a salvaguarda do direito fundamental à educação.

Disso resulta que o legislador se encontra com a incumbência de implementar a rede pública de ensino, a fim de conferir efetivo cumprimento ao mandamento constitucional e plena concretização ao bem jurídico – educação – tutelado pela Constituição.

⁵⁶⁸ ABRANTES, Pedro. *A Educação em Portugal...op.cit.*, p. 30.

⁵⁶⁹ MIRANDA, Jorge. Artigo 77.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 1.436.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 1.415.

⁵⁷¹ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 438.

⁵⁷² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 357, leciona que tais garantias impõem ao legislador a obrigação de agir para lhe conferir efetivo cumprimento. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...op.cit.*, p. 825, sobre o tema, sustentam se tratar da dimensão impositivo-programática das normas que veiculam direitos sociais. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado...op.cit.*, pp. 406-407, sustenta que a imposição legisferante significa que o legislador infraconstitucional se encontra vinculado a fazer a lei necessária à plena concretização ou efetivação do bem jurídico tutelado pela Constituição, o que, na sua classificação a respeito das normas constitucionais, é uma característica das normas preceptivas não exequíveis por si mesmas.



A obrigação do legislador ordinário de constituir o sistema público de ensino, e de desenvolver o sistema geral de educação pré-escolar, está prevista, por sua vez, na alínea *b* do artigo 74.º, n.º 2, CRP.

As referidas alíneas *a* e *b* do artigo 74.º, n.º 2 da CRP, no tocante à criação do sistema público que assegure o ensino básico obrigatório, gratuito e universal, além de revestirem-se do status de *dever estatal de proteção* do bem jurídico tutelado pela Constituição, também se consagram, na estrutura constitucional portuguesa, como *direito fundamental análogo*⁵⁷³. Isso porque os referidos preceitos possuem *determinabilidade constitucional*, isto é, transmitem conteúdo normativo suficiente e apto à sua consagração⁵⁷⁴.

Por conseguinte, embora os mencionados dispositivos estejam veiculados no Capítulo III do Título III da CRP, sendo um direito social por excelência, aplica-se o regime material dos direitos, liberdades e garantias, por força do artigo 17.º da CRP, pois se trata de *direito fundamental de natureza análoga*, consagrando, portanto, prestações originárias decorrentes da aplicabilidade direta da Constituição portuguesa⁵⁷⁵. Em outras palavras, se o legislador, ao criar o sistema de ensino básico, restringir a dimensão da sua gratuidade, afetando o seu conteúdo essencial, cabe aferir a sua inconstitucionalidade por ofensa ao disposto no artigo 18.º, n.º 3, da CRP.

As bases do sistema de ensino, em Portugal, submetem-se à reserva absoluta de competência legislativa (artigo 164.º, alínea *i*, CRP). Assim, regulamentando a disposição constitucional, a *Lei de Bases do Ensino Educativo* (Lei n.º 46/86, de 14 de outubro⁵⁷⁶) estabelece o quadro

⁵⁷³ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 434.

⁵⁷⁴ A respeito dos critérios para a identificação de um direito fundamental análogo no sistema constitucional português vide o exposto no tópico 1.3 (Cap. II).

⁵⁷⁵ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 434.

⁵⁷⁶ PORTUGAL. Lei n.º 46, de 14 de outubro de 1986. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 1986. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/222418/details/normal?q=Lei+n%2046%2F86>. Acesso em: 10 maio 2020. A referida norma teve alterações posteriores à sua publicação, realizadas pelos seguintes atos normativos: *a*) Lei n.º 115/97, de 19 de setembro; *b*) Lei n.º 49/2005, de 30 de agosto; *c*) Lei n.º 85/2009, de 27 de agosto, sendo este alterado parcialmente pela Lei n.º 65/2015, de 3 de julho.



geral do sistema educativo português, organizando-o em educação pré-escolar⁵⁷⁷, escolar⁵⁷⁸ e extraescolar⁵⁷⁹ (artigo 4.º, n.º 1, Lei nº 46/86).

Além da Lei de Bases do Ensino Educativo, há em Portugal o *Estatuto do Aluno e Ética Escolar* (Lei n.º 51/2012, de 5 de setembro⁵⁸⁰), que estabelece os direitos e deveres dos alunos dos ensinos básico e secundário, bem como as responsabilidades dos pais ou encarregados da educação⁵⁸¹. Existe, ainda, no plano infraconstitucional lusitano, o *Regime de Matrícula e de Frequência da Escolaridade Obrigatória*⁵⁸².

Convém, inicialmente, comentar a respeito da estruturação do ensino básico em Portugal. Sua organização é disciplinada no artigo 8.º da Lei n.º 46/86 e compreende três ciclos sequenciais, sendo o primeiro de quatro anos, o segundo de dois anos e o terceiro de três anos, organizados nos seguintes termos: *a)* no primeiro ciclo, o ensino é globalizante, de responsabilidade de um professor único, que pode ser coadjuvado em áreas especializadas; *b)* no segundo ciclo, o ensino organiza-se por áreas interdisciplinares de formação básica e desenvolve-se predominantemente em regime de professor por área; *c)* no terceiro ciclo, o ensino organiza-se segundo um plano curricular unificado, integrando áreas vocacionais diversificadas e desenvolve-se em regime de um professor por disciplina ou grupo de disciplinas.

⁵⁷⁷ A educação pré-escolar, nos termos do artigo 4.º, n.º 2.º, da Lei n.º 46/86, no seu aspecto formativo, é complementar e ou supletiva da ação educativa da família, com a qual estabelece estreita cooperação.

⁵⁷⁸ A educação escolar, conforme o artigo 4.º, n.º 3.º, da Lei n.º 46/86, compreende os ensinos básico, secundário e superior, integra modalidades especiais e inclui atividades de ocupação de tempos livres.

⁵⁷⁹ A educação extraescolar, consoante o artigo 4.º, n.º 4.º, da Lei n.º 46/86, engloba atividades de alfabetização e de educação de base, de aperfeiçoamento e atualização cultural e científica e a iniciação, reconversão e aperfeiçoamento profissional e realiza-se num quadro aberto de iniciativas múltiplas, de natureza formal e não formal.

⁵⁸⁰ PORTUGAL. Lei n.º 51, de 5 de setembro de 2012. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 2012. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/174840/details/normal?q=Lei+n.%2051%2F2012>. Acesso em: 10 maio 2020.

⁵⁸¹ Os princípios fundamentais que informam o Estatuto do Aluno e Ética Escolar aplicam-se tanto ao ensino público quanto às instituições particulares e cooperativas de ensino, as quais, não obstante a reconhecida autonomia, devem adaptar os seus respectivos regulamentos internos (artigo 1.º, 4.º, Lei n.º 51/2012). Nos artigos 6.º a 9.º, o Estatuto estabelece os direitos dos alunos, dentre os quais, cita-se, o direito de ser tratado com respeito e o de usufruir do ensino e de uma educação de qualidade. Por sua vez, os artigos 10.º a 21.º versam sobre os deveres dos alunos, dentre os quais está o de assiduidade, urbanidade e lealdade com os membros da comunidade educativa. O Estatuto regulamenta, ainda, as medidas disciplinares, o correspondente procedimento disciplinar e a execução das medidas corretivas (artigos 24.º a 37.º), bem como a responsabilidade da comunidade educativa, evidenciando o papel especial e a autoridade dos professores (artigos 39.º a 42.º) e dos pais ou encarregados da educação (artigos 43.º e 44.º). Por fim, versa também sobre a autonomia da escola e o seu regulamento interno (artigos 48.º a 51.º).

⁵⁸² Inicialmente foi disciplinado pelo Decreto-Lei n.º 301/93, de 31 de agosto e, em razão das modificações realizadas pelo Lei n.º 85/2009, passou a ser também regulado pelo Decreto-Lei n.º 176/2012, de 2 de agosto.



A articulação entre os referidos ciclos obedece a uma sequencialidade progressiva, conferindo a cada ciclo a função de completar, aprofundar e alargar o ciclo anterior, numa perspectiva de unidade global do ensino básico.

A matrícula no ensino básico é efetuada na escola da área pedagógica da residência do aluno, nos termos do artigo 6.º, n.º 2, Decreto-Lei n.º 301/93⁵⁸³, cabendo, contudo, a possibilidade de transferência do aluno, conforme os casos elencados no artigo 10.º do Decreto-Lei n.º 176/2012.

Tratando-se da transferência entre os alunos do ensino básico, o Decreto-Lei n.º 301/93 previa, em seu artigo 9.º, n.º 1, a possibilidade de transferência dos alunos entre escolas públicas do ensino básico, desde que correspondesse à área pedagógica da residência ou da atividade profissional dos pais ou encarregados de educação. No entanto, esse dispositivo foi revogado pelo artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 176/2012, passando a regulamentar a matéria em seu artigo 10.º, o qual estabelece, como regra, a impossibilidade de transferência de alunos entre agrupamentos de escolas ou escolas não agrupadas.

Excepcionalmente, é permitida tal transferência, nos seguintes casos (artigo 10.º, n.º 2, Decreto-Lei n.º 176/2012): *a)* mudança de curso ou de disciplina de opção não existentes na escola que o aluno frequenta; *b)* aplicação de medida disciplinar sancionatória que determina a transferência de escola; *c)* as situações, devidamente reconhecidas pela escola, em que é solicitada a transferência por vontade expressa do encarregado de educação ou do aluno, quando maior de idade.

Constata-se, então, que a partir do Decreto-Lei n.º 176/2012, a transferência entre escolas do ensino público, no caso de mudança de endereço dos pais ou do encarregado da educação ou mesmo para local mais próximo de seu local de trabalho, pressupõe que tal possibilidade esteja prevista no regulamento interno da escola para a qual se busca a transferência.

Busca-se, desse modo, conferir maior autonomia às instituições básicas de ensino a fim de poderem racionalizar as vagas ofertadas ao ensino básico de acordo com o planejamento realizado. Disso resulta, conseqüentemente, a diminuição da liberdade de escolha da escola pelos pais e encarregados da educação. Essa restrição à liberdade de aprender se, por um lado, é necessária para a racionalidade de meios do sistema público de ensino básico, por outro, não

⁵⁸³ Observe que esse dispositivo permaneceu em vigor mesmo após a publicação do Decreto-Lei n.º 176/2012, porquanto o seu artigo 16.º não o revogou.



pode ser a tal ponto que inviabilize o exercício legítimo da liberdade de optar pela escolha que mais se adeque ao projeto educacional almejado pelos pais ou encarregados da educação⁵⁸⁴.

A conclusão com aproveitamento do ensino básico confere o direito à atribuição de um diploma, devendo igualmente ser certificado o aproveitamento de qualquer ano ou ciclo, quando solicitado. Após a conclusão do ensino básico, o aluno está apto a aceder ao ensino secundário, que tem a duração de três anos (artigo 10.º, n.º 2, Lei n.º 46/86), findo o qual está apto a ingressar no ensino superior que compreende o ensino universitário e o ensino politécnico.

Visto a estrutura do ensino básico português, passa-se a examinar em que consiste, especificamente, a obrigatoriedade, a universalidade e a gratuidade que o qualificam.

A Lei n.º 85/2009 alargou o período do ensino básico obrigatório e gratuito, porquanto passou a incluir as crianças e jovens com idades compreendidas entre 6 (seis)⁵⁸⁵ e 18 (dezoito) anos (artigo 2.º, n.º 1, Lei n.º 85/2009), ao passo que o regime anterior (artigo 6.º, n.º 4, da Lei n.º 46/86 – revogado pela Lei n.º 85/2009) previa que a obrigatoriedade de frequência ao ensino básico terminava aos 15 (quinze) anos de idade.

A escolaridade *obrigatória*, nos termos do artigo 2.º, n.º 3, da Lei n.º 85/2009, implica, para o responsável pela educação do menor, o *dever de matricular* o seu filho ou educando em uma instituição de educação e ou formação, seja da rede pública, da rede particular ou cooperativa, reconhecida pelas entidades competentes, e, lado outro, ao aluno resulta no *dever de frequência* à instituição de ensino em que se encontra matriculado⁵⁸⁶.

Cumprir destacar que, em Portugal, o dever de matrícula persiste mesmo no caso de adoção pelo ensino doméstico (*homeschooling*), abordado no tópico 2.2 (Cap. II). Porquanto,

⁵⁸⁴ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, pp. 438-439, defendendo, então, a importância de que a norma seja interpretada conforme à Constituição, sustentando, por exemplo, que “*se nesta não se ensina uma língua estrangeira pretendida, que todavia consta dos mapas curriculares, deve ser admitida a transferência para uma escola que o faça, ainda que situada fora do leque geográfico legal*”.

⁵⁸⁵ Dispõe o artigo 6.º, n.º 2.º da Lei n.º 46/86 que ingressam no ensino básico as crianças que completam 6 (seis) anos de idade até 15 de setembro. Por sua vez, o artigo 6.º, n.º 3.º, da aludida lei estabelece que as crianças que completam os 6 (seis) anos de idade entre 16 de setembro e 31 de dezembro podem ingressar no ensino básico se houver requerimento feito pelo encarregado de educação. Esse requerimento não é uma faculdade, mas uma obrigação, em face do dever de proceder à matrícula do educando, conforme determina o artigo 6.º, n.º 2, alínea *a*, do Decreto-Lei n.º 176/2012. Entretanto, em situações excepcionais previstas na lei, é cabível a antecipação ou o adiamento da matrícula no 1º ciclo do ensino básico, por autorização do membro do governo responsável pela área de educação, mediante requerimento do encarregado da educação (artigo 8.º, n.º 3, Decreto-Lei n.º 176/2012 e artigo 6.º, n.º 3 e 4, do Decreto-Lei n.º 301/93).

⁵⁸⁶ Vide o artigo 6.º, n.º 2, alíneas *a* e *b*, do Decreto-Lei n.º 176/2012.



nesse caso, é obrigatório que os pais ou os encarregados da educação realizem a matrícula (e posteriores renovações) dos seus filhos ou educandos em uma instituição de ensino (que pode ser pública ou privada), nos termos dos artigos 8.º e 9.º, ambos da Portaria n.º 69/2019, que designará, dentre os seus docentes, um professor-tutor responsável pelo acompanhamento do aluno.

Essa obrigatoriedade, portanto, somente cessa com a obtenção do diploma de curso conferente de nível secundário da educação ou, independentemente de diploma, no ano escolar em que o aluno completar 18 (dezoito) anos (artigo 4.º, Lei n.º 85/2009)⁵⁸⁷.

Durante o período de escolaridade obrigatória (dos seis aos dezoito anos de idade) o ensino é universal e gratuito (artigo 3.º, n.º 1, Lei n.º 85/2009). A *universalidade* significa que todos tem o direito de matricular-se e frequentar o ensino básico, como pretensão originária da própria Constituição, do que acentua o caráter preceptivo da norma constitucional prevista no artigo 74.º, n.º 2, alínea *a* da CRP, consagrando um direito imediatamente exigível⁵⁸⁸.

A Lei portuguesa n.º 85/2009, além de alargar a obrigatoriedade do ensino básico alcançando os jovens até os 18 (dezoito) anos de idade, consagrou a universalidade também para a educação pré-escolar para todas as crianças a partir do ano que atingirem 5 (cinco) anos de idade (artigo 2.º, n.º 1, Lei n.º 85/2009)⁵⁸⁹. Em seguida, a Lei n.º 65/2015 alterou a Lei n.º

⁵⁸⁷ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, pp. 434-435, embora se referindo à redação da Lei de Bases (Lei n.º 46/86) anterior à edição da Lei n.º 85/2009, critica a opção legislativa de limitar a obrigatoriedade do ensino básico pautado em fatores diversos do aproveitamento do ensino, tal como o critério etário, por entender que a obrigatoriedade do ensino básico deve se traduzir “*naturalmente na imposição da conclusão com aproveitamento do grau de ensino, a que corresponde essa escolaridade obrigatória*”. Tendo em vista que o legislador ordinário estabeleceu, tanto no artigo 2.º, n.º 6 do Decreto-Lei n.º 301/93 – quanto mais recentemente no artigo 6.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 176/2012 – que possui caráter facultativo a frequência dos ensinos básico e secundário após a cessação da escolaridade obrigatória, isto é, atualmente, após os 18 (dezoito) anos de idade, leciona o referido doutrinador português, com o qual concorda-se, que “*não se estabeleceu verdadeiramente a obrigatoriedade de um grau de ensino, mas uma obrigatoriedade de frequência da escola até certa idade, o que está longe de ser a mesma coisa*”, concluindo, de forma irônica, que “*ou seja, é facultativa a frequência do grau de ensino que é constitucionalmente obrigatório!*”. Nessa toada, embora seja reconhecido o direito de não aprender a quem atingiu certa idade que possa lhe conferir maturidade suficiente para tomar essa decisão, lado outro, o aproveitamento do ensino básico, para os maiores de 18 anos que não o concluírem, poderia ser configurado não na condição de uma obrigação, mas sim de um ônus, isto é, um encargo cuja inobservância pode gerar consequências desfavoráveis ao destinatário, como, por exemplo, o acesso à função pública.

⁵⁸⁸ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 438.

⁵⁸⁹ A educação pré-escolar está disciplinada, além da Lei de Bases da Educação (Lei n.º 46/86), também na Lei n.º 5/97, de 10 de fevereiro, chamada de *Lei-Quadro da Educação Pré-Escolar*, bem como pelo Decreto-Lei n.º 147/97, de 11 de junho, considerado o *Regime Jurídico do Desenvolvimento, Expansão, Organização e Financiamento da Educação Pré-Escolar*. Antes da Lei n.º 86/2009, não havia propriamente a universalidade do ensino pré-escolar, não obstante competisse ao Estado contribuir ativamente para a universalização da sua oferta (artigo 3.º, Lei n.º 5/97), bem como a criação de uma rede pública de educação pré-escolar generalizando a oferta dos



85/2009 e estabeleceu a universalidade da educação pré-escolar para as crianças a partir dos 4 (quatro) anos de idade.

Nessa toada, embora a frequência à educação pré-escolar não seja obrigatória, mas facultativa (artigo 5.º, n.º 8, Lei n.º 46/86), a reforma educacional lusitana realizada pelas Leis n.º 85/2009 e 65/20015 alargou o espectro da universalidade para também abrangê-la. Apesar do artigo 74.º, n.º 2, alínea *a* da CRP vincular a universalidade ao ensino básico, nada obsta que o legislador ordinário implemente regime mais amplo da universalidade e da própria gratuidade na organização do sistema educativo, o que efetivamente foi realizado pela Lei n.º 85/2009⁵⁹⁰, notadamente em face da cláusula aberta e da atipicidade dos direitos fundamentais prevista no artigo 16.º, n.º 1, da CRP⁵⁹¹.

A consagração da universalidade também para a educação pré-escolar a partir dos 4 (quatro) anos de idade deve ser analisada em sintonia com o disposto no artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 46/86, que prevê a educação pré-escolar para as crianças entre os 3 (três) anos e a idade de ingresso no ensino básico.

Disso resulta que, embora o ensino pré-escolar em Portugal para as crianças entre 3 (três) anos a 5 (cinco) anos de idade não seja obrigatório, isto é, não haja o *dever de frequência* ao ensino pré-escolar, os pais ou encarregados da educação têm o *direito de matrícula*, ou seja, podem exigir do Estado uma vaga nas instituições públicas desse grau inicial de ensino, notadamente se a criança tiver a partir de 4 (quatro) anos de idade.

Por sua vez, a *gratuidade* do ensino básico abrange as mensalidades (chamadas em Portugal de *propinas*), taxas e emolumentos relacionados com a matrícula, frequência escolar e certificação do aproveitamento, uso de livros e material escolar, bem como transporte, alimentação e alojamento, quando necessários (artigo 6.º, n.º 5, Lei n.º 46/86 e artigo 3.º, n.º 2, Lei n.º 85/2009).

respectivos serviços de acordo com as necessidades (artigo 5.º, alínea *a*, Lei n.º 5/97). Tratava-se, então, de uma meta a ser atingida pelo Estado, tanto que o artigo 3.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 147/97, ao tratar sobre os princípios gerais, estabelece que “*as redes de educação pré-escolar, pública e privada, constituem uma rede nacional, visando efetivar a universalidade da educação pré-escolar*”.

⁵⁹⁰ Esse regime jurídico mais amplo da universalidade está, inclusive, expresso no artigo 4º, n.º 5, da Lei n.º 46/86 incluído pela Lei n.º 85/2019, nos seguintes termos: “*o disposto na presente lei não prejudica a definição de um regime mais amplo quanto à universalidade, obrigatoriedade e gratuidade na organização geral do sistema educativo, nos termos da lei*”.

⁵⁹¹ MIRANDA, Jorge. Artigo 74.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição...op.cit.*, p. 1.417.



Os alunos do ensino básico dispõem também de apoios da ação social escolar, previstos no Decreto-Lei n.º 55/2009, de 02 de março⁵⁹², que se trata, em Portugal, do regime jurídico aplicável à ação social escolar, que tiveram os termos alterados pelo Decreto-Lei n.º 21/2019.

O artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 55/2009 prevê que constituem modalidades da ação social escolar os apoios alimentares, os transportes escolares, o alojamento, os auxílios económicos, a prevenção de acidentes e o seguro escolar. O mencionado ato normativo estabelece o Programa de Leite Escolar (artigo 16.º), o Programa de Generalização das Refeições Escolares (artigo 21.º), o Serviço de Apoio ao Alojamento (artigo 26.º), a concessão de auxílios económicos às famílias mais carenciadas (artigo 28.º), a proteção aos alunos da educação inclusiva (artigo 32.º), a concessão de bolsas de mérito (artigo 36.º), o acesso a recursos pedagógicos, como a programas de computadores e serviços de internet banda larga (artigo 40.º) e a prevenção de acidentes e seguro escolar (artigo 41.º).

Por sua vez, o Decreto-Lei n.º 21/2019, no âmbito da ação social escolar portuguesa preceitua, ainda, que: *a*) o fornecimento de refeições em refeitórios escolares dos estabelecimentos de educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário é gerido pelas câmaras municipais (artigo 35.º, n.º 3); *b*) a organização e o controle do funcionamento dos transportes escolares são da competência das câmaras municipais da área de residência dos alunos, nos termos definidos no plano de transportes intermunicipal respetivo (artigo 36.º); *c*) a gestão e o funcionamento das residências escolares que integram a rede oficial de residências para estudantes são da competência das câmaras municipais onde estas se localizam (artigo 37.º); *d*) a gestão e o funcionamento das modalidades de colocação junto de famílias de acolhimento e alojamento facultado por entidades privadas, mediante estabelecimento de acordos de cooperação, são da competência das câmaras municipais da área do agrupamento de escolas ou escolas não agrupadas em que os beneficiários se encontram matriculados (artigo 38.º); *e*) compete às câmaras municipais promover e implementar medidas de apoio à família e que garantam uma escola a tempo inteiro (artigo 39.º)⁵⁹³.

⁵⁹² PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 55, de 2 de março de 2009. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 2009. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/604644/details/normal?q=Decreto-Lei+55%2F2009>. Acesso em: 15 maio 2020.

⁵⁹³ Sem prejuízo destas disposições, o artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 21/2019 prevê a criação de regime jurídico específico à atribuição e ao funcionamento dos apoios no âmbito da ação social escolar em diploma próprio. Por sua vez, o artigo 74.º do Decreto-Lei n.º 21/2019 preceitua que até o início de vigência do diploma a que se refere o artigo 34.º, mantém-se em vigor toda a regulamentação aplicável à ação social escolar, em tudo o que não for contrário ao aludido Decreto-Lei.



Constata-se, então, que no âmbito do ensino básico a gratuidade do sistema escolar lusitano engloba não somente a *componente educativa* – os gastos relacionados ao ensino propriamente dito, como, por exemplo, as propinas (mensalidades) – mas também os demais *componentes não pedagógicos* – as despesas que não estão estritamente relacionadas à prestação do serviço educacional, mas também se correlacionam com a educação, tais como o transporte escolar⁵⁹⁴.

Nesse ponto há, em Portugal, uma diferença de tratamento normativo entre a amplitude da gratuidade incidente no ensino básico e na educação pré-escolar. O artigo 4.º da Lei n.º 85/2009, com a modificação realizada pela Lei n.º 65/2015, assegura não somente a universalidade do direito de matrícula no ensino pré-escolar para as crianças a partir de 4 (quatro) anos de idade, mas também o próprio regime de gratuidade desse âmbito de ensino.

Destarte, o aludido dispositivo prevê que a universalidade da educação pré-escolar gera para o Estado o dever de garantir a existência de uma “*rede de educação pré-escolar que permita a inscrição de todas as crianças por ela abrangidas e o de assegurar que essa frequência se efectue em regime de gratuidade da componente educativa*”.

Verifica-se, então, que a gratuidade assegurada em Portugal para a educação *pré-escolar* engloba somente a componente *educativa* (artigo 4.º, n.º 2, Lei n.º 85/2009) ao passo que no ensino básico é integral, isto é, abrange todas as componentes relacionadas à educação (artigo 3.º, n.º 2, Lei n.º 85/2009), mesmo as não pedagógicas, ainda que seu custeio seja direcionado aos apoios no âmbito da ação social escolar.

Nessa toada, o Decreto-Lei n.º 147/97, de 11 de junho, no desenvolvimento dos princípios consagrados na Lei n.º 5/97, de 10 de fevereiro⁵⁹⁵, determinou que as componentes não

⁵⁹⁴ No tocante ao transporte escolar gratuito, as condições de acesso passaram a ser regulamentadas pelo Decreto-Lei n.º 21/2019, que revogou o anterior Decreto-Lei n.º 299/84, prevendo os seguintes termos (artigo 20.º): *a*) gratuidade para os alunos da educação pré-escolar, do ensino básico e do ensino secundário, quando residam a mais de 3 (três) km do estabelecimento de ensino que frequentam; *b*) gratuidade para os alunos com dificuldades de locomoção que beneficiam de medidas ao abrigo da educação inclusiva, independentemente da distância da sua residência ao estabelecimento de ensino que frequentam, sempre que a sua condição o exija; *c*) inelegibilidade para os benefícios previstos nas alíneas anteriores dos alunos que se matriculem contrariando as normas estabelecidas de encaminhamento de matrículas. A gratuidade referida nas alíneas *a* e *b* acima descritas abrange, exclusivamente, duas viagens nos dias letivos e para os percursos que ligam o local do estabelecimento de ensino ao local de residência do aluno.

⁵⁹⁵ PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 147, de 11 de junho de 1997. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 1997. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/358959/details/normal?q=Decreto-Lei+n.%20147%2F97%2C%20de+11+de+junho>. Acesso em: 15 maio 2020. O artigo 16.º da aludida norma não garante a gratuidade integral da educação pré-escolar, mas apenas na sua componente educativa, preceituando, no



educativas da educação pré-escolar⁵⁹⁶, como a *alimentação* e o *prolongamento do horário*, fossem compartilhadas pelas famílias de acordo com as respectivas condições socioeconômicas, cujas normas foram definidas no Despacho Conjunto n.º 300/97, de 9 de setembro⁵⁹⁷.

Essa diferença de tratamento entre a gratuidade do ensino básico e a do ensino pré-escolar enseja algumas reflexões. O ordenamento constitucional português admite que um serviço público, embora universal, seja *tendencialmente* gratuito, isto é, considere as condições econômicas e sociais dos cidadãos-usuários, como ocorre, por exemplo, com o serviço nacional de saúde (artigo 64.º, n.º 2, alínea *a*, CRP).

Disso resulta que aqueles que podem arcar com os custos do sistema de saúde devem fazê-lo no limite das suas possibilidades financeiras e os que não podem são isentos do pagamento. Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma *gratuidade mitigada* pela realidade econômico-social do usuário do serviço público, visando conferir uma adequada justiça social e, ao mesmo tempo, sustentabilidade ao sistema nacional de saúde.

O que se deve ter em mente é que a cobrança pela componente não educativa do ensino pré-escolar (prolongamento do horário e alimentação) não pode configurar-se em obstáculo de acesso às crianças hipossuficientes. Diversamente, a aplicação destas condicionantes financeiras visa à realização da justiça social, de forma solidária e inclusiva, distribuindo-se de maneira equânime os recursos estatais disponíveis a quem mais precisa⁵⁹⁸.

Portanto, se os pais ou os encarregados da educação das crianças não tiverem condições de arcar sequer com o custo dos componentes não educativos do ensino pré-escolar devem ser

n.º 2 do aludido dispositivo legal, que as restantes componentes da educação pré-escolar são compartilhadas pelo Estado de acordo com as condições socioeconômicas das famílias, com o objetivo de promover a igualdade de oportunidades.

⁵⁹⁶ O artigo 6.º, n.º 2 do Decreto-Lei 147/97 preceitua que os pais e encarregados de educação participam no “*custo das componentes não educativas de educação pré-escolar, de acordo com as respectivas condições sócio-econômicas, em termos a definir por despacho conjunto dos Ministros da Educação e da Solidariedade e Segurança Social*”.

⁵⁹⁷ PORTUGAL. Ministério da Educação e da Solidariedade e Segurança Social. Despacho Conjunto n.º 300, de 09 de setembro de 1997. *Diário da República*, Lisboa, Número 208/97, II Série, pp. 187-188. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/720130>. Acesso em: 15 maio 2020.

⁵⁹⁸ Sobre o tema, MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 437 também considera possível o estabelecimento de critério econômico-social para o acesso ao ensino pré-escolar como forma de “*proteger os mais fracos e não admitir que os mais fortes concorram à obtenção de benefícios em igualdade de circunstâncias com aqueles*”.



isentos da responsabilidade por tais despesas, o que é previsto no artigo 10.º do Despacho Conjunto n.º 300/97⁵⁹⁹.

Outro ponto que também se faz necessário abordar é a respeito do alcance da universalidade estendida pelo legislador no âmbito do ensino pré-escolar português. Embora o inegável avanço da Lei n.º 85/2009 em vincular a universalidade e a gratuidade também ao ensino pré-escolar, alinhando-se, portanto, à previsão constitucional de promover a democratização da educação e a superação das desigualdades econômicas, sociais e culturais (artigo 73.º, n.º 2, CRP), não está imune a críticas, ainda que pontuais.

O legislador infraconstitucional português, ao instituir a universalização da educação pré-escolar somente para crianças a partir de 5 (cinco) anos de idade, e, em seguida, por força da Lei n.º 65/2015, a partir de 4 (quatro) anos de idade, excluiu, de forma desarrazoada, inicialmente, aquelas que detinham entre 3 (três) e 4 (quatro) anos e, posteriormente, as que têm 3 (três) anos de idade, cujos pais ou encarregados de educação manifestem o interesse em inscrevê-las em uma instituição pública integrante da rede de educação pré-escolar.

O artigo 5.º, n.º 3, da Lei n.º 46/86, mesmo após a Lei n.º 85/2009 e a Lei n.º 65/2015, manteve a destinação da educação pré-escolar para crianças a partir dos 3 (três) anos de idade. Logo, não soa razoável excluir, previamente – sem que ao menos se tenha realizado uma motivação plausível para tanto – a direito à matrícula nesse âmbito de ensino pré-escolar público também para os menores entre 3 (três) e 4 (quatro) anos de idade e, em seguida, para os que têm 3 (três) anos de idade.

Ao que tudo indica, por demandar gastos, buscou-se com essa restrição evitar o quadro de escassez de vagas nesse grau inicial de ensino e reduzir as despesas públicas. Entretanto, tendo o legislador exercido o seu legítimo poder de conformação da norma, analisado os fatores sociais, econômicos e normativos que dificultam a sua concretização e concluído pela necessidade de extensão da universalidade também para a educação pré-escolar, não deveria, na contramão, frear essa promoção da educação, excluindo, *a priori*, alunos para os quais a própria Lei de Bases (Lei n.º 46/86) expressamente direciona o respectivo grau de ensino.

⁵⁹⁹ O mencionado dispositivo preceitua que “*sempre que, através de uma cuidada análise sócio-económica do agregado familiar, se conclua pela especial onerosidade do encargo com a participação familiar, designadamente no caso das famílias abrangidas pelo regime de rendimento mínimo garantido, pode ser reduzido o seu valor ou dispensado ou suspenso o respectivo pagamento*”.



Assim, paradoxalmente, a universalidade da educação pré-escolar, no sistema de ensino português, acabou sendo direcionada apenas para *alguns* e não para *todos* que estejam na idade respectiva a esse grau de ensino.

Não se pode aqui falar em violação ao conteúdo essencial do preceito constitucional do artigo 74.º, n.º 2, alínea *a*, da CRP – a ponto de buscar a aplicação do artigo 18.º, n.º 3, CRP – pois a Lei n.º 85/2009 não restringiu, mas alargou a incidência da universalidade para grau diverso do ensino básico. Entretanto, soa razoável sustentar a falta de proporcionalidade da restrição do caráter universal da educação pré-escolar apenas para crianças a partir de 4 (quatro) anos de idade, quando a Lei n.º 46/86, contrariamente, destina esse grau de ensino também para crianças a partir dos 3 (três) anos de idade.

2.6 *Autonomia Universitária*

A CRP, no seu artigo 76.º, n.º 2, assegura às universidades, nos termos da lei, a autonomia estatutária, científica, pedagógica, administrativa e financeira⁶⁰⁰, sem prejuízo da adequada avaliação de ensino⁶⁰¹. No Brasil, dispositivo semelhante é previsto no artigo 207.º da CRFB.

Os referidos dispositivos constitucionais, tanto em Portugal quanto no Brasil, nos dão conta das múltiplas acepções do conceito de autonomia universitária, demonstrando o seu caráter polissêmico. Em linhas gerais, na visão etimológica, o termo “autonomia” representa a capacidade de autorregulamentação, no sentido de estabelecer as normas da sua própria

⁶⁰⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República...op.cit.*, 2007, pp. 913-914; MIRANDA, Jorge. Artigo 76.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, pp. 1.426-1.427.

⁶⁰¹ A respeito da autonomia universitária, vide AMARAL, A.; CARVALHO, M. T. *Autonomy and Change in Portuguese Higher Education: Case Studies – Academic Freedom and University Institutional Responsibility in Portugal*. Bononia University Press, 2003, pp. 35-46; ANDREESCU, Liviu. Individual Academic Freedom and Aprofessional Acts, *Educational Theory*, 59(5), 2009, pp. 559-578; BARNES, Paul. Academic Independence, Freedom and 'Enlightenment': The Case of Accounting Research. *Accounting History*, 24(4), 2019, pp. 591-609; BEITER, Klaus D.; KARRAN, Terence; APPIAGYEI-ATUA, Kwadwo. Academic Freedom and Its Protection in the Law of European States: Measuring an International Human Right'. *European Journal of Comparative Law and Governance*, 3, 2016, pp. 254-345; BRAND, Laurie A. Committee on Academic Freedom: Current Concerns and Initiatives. *Review of Middle East Studies*, 52(2), 2018, pp. 353-355; BYRNE, J. Peter. Academic Freedom: A Special Concern of the First Amendment. *The Yale Law Journal*, 99(2), 1989, pp. 251-340; DE GEORGE, Richard T. Ethics, Academic Freedom and Academic Tenure. *Journal of Academic Ethics* 1, 2003, pp. 11–25; FUCHS, Ralph. Academic Freedom: Its Basic Philosophy, Function, and History. *Law and Contemporary Problems*, 28(3), 1963, pp. 431-446.



conduta. Na acepção jurídica, exprime um espaço de não subordinação e independência para a tomada de decisões que lhe dizem respeito⁶⁰².

Os artigos 76.º, n.º 2, CRP e 207.º, CRFB estão intrinsecamente relacionados com a *dimensão subjetiva-individual* da liberdade de ciência e do ensino científico⁶⁰³ (artigos 42.º e, 43.º, n.º 1, ambos da CRP e artigos 206.º, II e 218.º, ambos da CRFB), na medida em que garantem o direito de os professores do ensino superior se associarem para o desenvolvimento coletivo da ciência, constituindo, nessa toada, o direito de auto-organização (autogoverno) e auto-orientação das comunidades científicas⁶⁰⁴.

Isso resulta, no magistério de André Salgado de Matos, na “*liberdade intrainstitucional da adoção dos conteúdos de ensino*”⁶⁰⁵, na medida em que, conforme complementa João Pacheco de Amorim e Frédéric Teixeira, é assegurado “*o exercício em conjunto da liberdade de ciência, protegendo uma esfera de autonomia na organização da atividade científica, como condição sine qua non do livre exercício da ciência numa sociedade complexa e pluralista*”⁶⁰⁶.

Nessa acepção, decorrente da dimensão subjetiva-individual, o princípio da autonomia universitária salvaguarda o direito fundamental da universidade e dos professores de selecionar os conteúdos de ensino a serem ministrados e estabelecer os métodos de aprendizagem e de pesquisa adotados, protegendo, ao fim e ao cabo, a própria liberdade de cátedra.

Noutro pórtico, as normas constitucionais que consagram a autonomia universitária na CRP e na CRFB estão, também, associadas a outra noção, agora relacionada à *dimensão objetiva-institucional* da liberdade de ensino científico.

Além da dimensão subjetiva, acima destacada, os referidos dispositivos constitucionais que asseguram a autonomia universitária exprimem ainda um sentido *objetivo*, de elevada carga

⁶⁰² HÄBERLE, Peter in *Um diálogo entre Poesia e Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 17, alerta, do ponto de vista da dogmática jurídica, da relevância da autocompreensão para a interpretação adequada do direito fundamental da liberdade de produção científica, cuja consequência é que o seu conteúdo e limites devem ser determinados, de forma autônoma, pela própria comunidade científica.

⁶⁰³ AMORIM, João Pacheco de; TEIXEIRA, Frédéric. O Princípio da Autonomia Universitária no Sistema de Ensino Superior Português, *Revista da FDUP*, v.10, 2013, pp. 33-180, pp. 140-141, sustentam que, no plano subjetivo-individual, e como fundamento axiológico-normativo de todo o sistema, a liberdade de ciência (artigo 42.º, CRP) deve ser objeto de uma análise unitária, na medida em que o âmbito de liberdade de ciência abrange, além do processo de criação e da obra ou produto daí resultante, também o próprio ensino científico transmitido nos estabelecimentos de ensino superior, destacando, entretanto, que o ensino superior não se resume apenas ao científico.

⁶⁰⁴ AMORIM, João Pacheco de; TEIXEIRA, Frédéric. *O Princípio da Autonomia...op.cit.*, pp. 149 e 169.

⁶⁰⁵ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 469.

⁶⁰⁶ AMORIM, João Pacheco de; TEIXEIRA, Frédéric. *O Princípio da Autonomia...op.cit.*, p. 151.



axiológica, revestindo-se do status de *garantia institucional* e gerando *deveres estatais de proteção*.

Nessa perspectiva, impõe ao Estado assegurar as condições materiais – sejam jurídicas, fáticas e orçamentárias – imprescindíveis para a realização plena da liberdade de ciência e do ensino científico, tomada agora na noção de valor estruturante da ordem constitucional direcionado ao desenvolvimento cultural e tecnológico da nação e, por conseguinte, à satisfação do interesse público.

Essa ótica está direcionada, portanto, para a salvaguarda do regular funcionamento da instituição de ensino superior e, por conseguinte, da sua própria existência atrelada à satisfação do interesse público. Constitui-se, assim, na precisa lição de João Pacheco de Amorim e Frédéric Teixeira, em autêntica resistência “*contra ingerências externas, em especial contra uma direção autoritária unicista que possa ser perpetrada por centros de poder institucionalizados*”⁶⁰⁷.

As garantias institucionais, na definição de Paulo Gustavo Gonet Branco, são aquelas normas que “*criam ou reforçam instituições necessárias para a proteção dos direitos dos indivíduos*”⁶⁰⁸, dentre as quais se caracterizam não somente a autonomia universitária (artigo 227.º da CRFB), mas também, por exemplo, a autonomia funcional e administrativa do Ministério Público (artigo 127.º, §2º, da CRFB) e a proteção do Estado à família (artigo 226.º da CRFB)⁶⁰⁹.

Por conseguinte, o reconhecimento, a nível constitucional, da autonomia universitária impõe ao Estado o *dever de não intromissão* na esfera intangível do pleno desenvolvimento da liberdade de conhecimento e da pesquisa científica. Assegura-se, desse modo, que as instituições de ensino superior estão imunes às interferências externas que possam comprometer a qualidade do ensino acadêmico ministrado e a precisão dos seus resultados investigativos.

Em outras palavras, a autonomia universitária, na condição de garantia institucional, no magistério de Ingo Sarlet, atua como “*limite expresso contra atos que coloquem em risco o*

⁶⁰⁷ AMORIM, João Pacheco de; TEIXEIRA, Frédéric. *O Princípio da Autonomia...op.cit.*, p. 151. Sobre as garantias institucionais, vide MARTINS, Maria D'Oliveira. *Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais*. Coimbra: Almedina, 2007. pp. 200-202.

⁶⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 65.

⁶⁰⁹ *Ibid.*



*conteúdo essencial da autonomia da instituição protegida, atuando, assim, como direito fundamental de natureza defensiva*⁶¹⁰.

Nessa dimensão objetiva, não basta a não intromissão no núcleo intangível da autonomia universitária, devendo o Estado, como ressaltado, também realizar determinadas prestações que assegurem a sua concretização.

Por conseguinte, a norma constitucional que consagra a autonomia universitária gera *deveres estatais de proteção* do bem jurídico tutelado pela Constituição por meio da imposição de uma *tarefa pública necessária* ou *responsabilidade de execução*⁶¹¹ direcionada ao Estado.

Desse modo, vincula-se o poder estatal não somente para a criação do sistema de ensino público superior, mas, sobretudo, para a manutenção adequada das instituições que o integram, o que demanda, por exemplo, o regular e suficiente repasse de recursos orçamentários necessários para o apropriado desenvolvimento das suas atividades.

O fundamento axiológico-normativo e a justificação da contínua expansão do ensino superior, sob esse viés, é não somente a promoção e efetivação das liberdades fundamentais de investigação e de ensino científico, mas também a de apoiar e colaborar com as organizações não públicas, a fim de permitir o pleno exercício da ciência, o desenvolvimento da competitividade das empresas e a solução dos problemas nacionais por meio da pesquisa tecnológica⁶¹² (artigo 73.º, n.º 4, CRP e artigo 218.º, §§2.º e 4.º, CRFB).

Isso implica, portanto, na obrigação do Estado em assegurar os meios materiais, jurídicos e financeiros necessários e adequados para o próprio funcionamento das instituições de ensino superior, o que alarga a incidência da autonomia para além do espectro acadêmico e pedagógico, atingindo, também, a esfera estatutária e funcional (administrativa e financeira)⁶¹³.

Assegura-se, assim, a autonomia estatutária ou normativa que significa a possibilidade de autogestão das instituições públicas de ensino superior mediante a emissão de normas de caráter infralegal, como os regulamentos e portarias, para a constituição dos seus órgãos e delimitação das respectivas competências.

⁶¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, p. 485.

⁶¹¹ Conforme AMORIM, João Pacheco de; TEIXEIRA, Frédéric. *O Princípio da Autonomia...op.cit.*, p. 147; GONÇALVES, Pedro. *Entidades Privadas com Poderes Públicos: O Exercício de Poderes Públicos de Autoridades por Entidades Privadas com Funções Administrativas*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 495.

⁶¹² AMORIM, João Pacheco de; TEIXEIRA, Frédéric. *O Princípio da Autonomia...op.cit.*, pp. 143 e 170.

⁶¹³ *Ibid.*, p. 148.



Por sua vez, a autonomia das instituições superiores de ensino materializa-se ainda na esfera administrativa, consistente na publicação de atos administrativos e da legitimidade de celebrar contratos administrativos dentro dos limites legais e, noutro pórtico, no âmbito orçamentário e financeiro, referente à existência de orçamento próprio e à obtenção e alocação de receitas indispensáveis ao seu regular funcionamento⁶¹⁴.

Percebe-se, assim, que a intrínseca relação da autonomia universitária com o direito de liberdade do ensino científico e tecnológico, reveste os artigos 76.º, n.º 2, CRP e 207.º, CRFB, em genuíno *direito fundamental da universidade* – enquanto pessoa coletiva – oponível ao Estado⁶¹⁵.

Por conta disso, na estrutura constitucional portuguesa, a autonomia universitária trata-se de *direito fundamental análogo*, incidindo o regime material dos direitos, liberdades e garantias (artigo 17.º, CRP), notadamente a proteção do seu núcleo essencial contra restrições desproporcionais⁶¹⁶. Por outro lado, no sistema constitucional brasileiro, reveste-se do status de genuíno direito fundamental, norma plenamente eficaz e diretamente aplicável por força originária da Constituição⁶¹⁷.

Essas duas concepções da autonomia universitária (direito e garantia institucional), consoante João Pacheco de Amorim e Frédéric Teixeira, complementam-se para assegurar o reforço de proteção da instituição contra restrições excessivas e desproporcionadas em face “*da legislação reguladora do tipo organizativo universidade, bem como contra ingerências externas, constituindo, em qualquer caso, uma forma de limitação dos poderes de controlo estatal*”⁶¹⁸.

Portanto, a autonomia constitucionalmente consagrada para as universidades, como destacado pelo TC no acórdão nº 491/2008, está a serviço do “*exercício da liberdade de investigação e de ensino, reconhecido como direitos pessoais fundamentais*”⁶¹⁹. Protege-se, por meio

⁶¹⁴ AMORIM, João Pacheco de; TEIXEIRA, Frédéric. *O Princípio da Autonomia...op.cit.*, p. 152.

⁶¹⁵ AMORIM, João Pacheco de; TEIXEIRA, Frédéric. *O Princípio da Autonomia...op.cit.*, p. 171.

⁶¹⁶ AMORIM, João Pacheco de; TEIXEIRA, Frédéric. *O Princípio da Autonomia...op.cit.*, p.171; AMORIM, João Pacheco de. *A Autonomia das Universidades Públicas no Direito Português in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim José Gomes Canotilho*. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p.81. Defendendo o respeito ao conteúdo essencial da autonomia universitária, aplicando, consequentemente, o artigo 18.º, n.º 2, CRP, vide também MIRANDA, Jorge. Artigo 76.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição...op.cit.*, p. 1.427; CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vidal. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, p. 916.

⁶¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, p. 485.

⁶¹⁸ AMORIM, João Pacheco de; TEIXEIRA, Frédéric. *O Princípio da Autonomia...op.cit.*, p. 171.

⁶¹⁹ Processo n.º 1091/07, publicado no Diário da República, 2ª série, n.º 219, de 11.11.2008.



dela, não somente a liberdade de cátedra dos professores universitários na transmissão do conhecimento, mas também a liberdade de ciência e ensino científico, e, conseqüentemente, toda a sociedade, visando a elevação do nível cultural do país.

Por outro lado, é de se ressaltar que a autonomia das universidades não é irrestrita, tendo em vista que não se trata de soberania ou de independência. Logo, as universidades estão vinculadas ao atendimento das finalidades constitucionais da educação (artigo 73.º, n.º 2, CRP e artigo 205.º, CRFB), bem como submetem-se à fiscalização estatal para avaliação da qualidade do ensino, o que está expressamente previsto na parte final do artigo 77.º, n.º 2, CRP.

O caráter não absoluto da autonomia universitária foi expressamente reconhecido, no Brasil, pelo STF na ADI n.º 1599 MC⁶²⁰, no qual se decidiu que as instituições de ensino superior são submetidas a diversas normas gerais previstas na Constituição brasileira, tais como as que gerem o orçamento (artigo 165.º, § 5º, I, CRFB), a despesa com pessoal (artigo 169.º, CRFB), a submissão dos seus servidores ao regime jurídico único (artigo 39.º, CRFB), bem como às que tratam do controle e da fiscalização estatal.

3 PRESTAÇÕES JURÍDICAS DO DIREITO À EDUCAÇÃO SUJEITAS AO REGIME DO DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS

São abordadas, neste tópico, as demais posições jurídicas derivadas do direito à educação que, em Portugal, submetem-se ao regime material dos direitos sociais, econômicos e culturais. Essa diversidade de regimes normativos incidentes sobre os direitos fundamentais estabelecida pela Constituição da República Portuguesa de 1976 fundamenta-se na reduzida determinabilidade constitucional de certos dispositivos, conforme abordado no tópico 1.3 (Cap. II).

No entanto, diversamente do que se verifica em relação aos direitos, liberdades e garantias, a CRP não estabelece, de forma expressa, a força jurídica a que se sujeitam os preceitos relacionados aos direitos sociais, econômicos e culturais⁶²¹.

Diante disso, nos tópicos seguintes, passa-se a delimitar a eficácia das prestações jurídicas decorrentes do direito à educação, que, por conta da baixa determinabilidade

⁶²⁰ ADI 1599 MC (Relator: MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/1998, DJ 18-05-2001). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347152>. Acesso em 10 jan. 2019.

⁶²¹ ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit*, p. 357.



constitucional da estrutura normativa que as consagram, submetem-se, em Portugal, ao regime dos direitos sociais, econômicos e culturais.

3.1 Direito à Educação e à Cultura e as Finalidades Constitucionais do Ensino

O artigo 73.º, n.º 1, CRP estabelece que todos tem direito à educação e à cultura, representando o que Gomes Canotilho e Vital Moreira denominam de *constituição cultural*⁶²². Dispositivo semelhante é previsto na parte inicial do artigo 205.º da CRFB.

A existência de capítulo específico sobre direitos e deveres culturais na Constituição portuguesa (Capítulo III do Título III da CRP), na doutrina dos referidos autores, qualifica o Estado português, de um lado, como *Estado de Direito Cultural*, obrigado a respeitar a liberdade e a autonomia cultural dos cidadãos (liberdades culturais) e, do outro, como *Estado Democrático Cultural*, compromissado na expansão e na democratização da cultura (direitos à cultura)⁶²³.

Essa denominação também pode ser estendida ao Estado e à Constituição brasileira, pois igualmente dedica capítulo específico para tratar sobre educação, cultura e desporto (Capítulo III do Título VIII da CRFB).

As referidas normas constitucionais, seja em Portugal (artigo 73.º, n.º 1, CRP) ou no Brasil (artigo 205.º da CRFB), em face da baixa determinabilidade constitucional do seu conteúdo, dependem de atuação legislativa para lhe conferir concretude e plena exequibilidade.

Isso, entretanto, não é sinônimo de ausência de eficácia de tais dispositivos, pois possuem caráter jurídico vinculante, em sua dimensão objetiva, de caráter axiológico, posto que, em conjunto com outros artigos do texto constitucional (artigo 73.º, n.º 2, da CRP e artigo 205.º, da CRFB), exprimem os *fins públicos e privados*⁶²⁴ da educação, ou, em outras palavras, as *finalidades constitucionais* do ensino.

Consequentemente, tanto o Estado português quanto o brasileiro devem promover a democratização da educação e assegurar as condições para que o ensino, ministrado pela escola e os demais meios formativos⁶²⁵, contribua para atingir os seguintes valores: a) superação das

⁶²² CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República...op.cit.*, pp. 887-888.

⁶²³ *Ibid.*

⁶²⁴ Expressão usada por MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 469.

⁶²⁵ Os demais meios formativos simbolizam, no preciso magistério de MIRANDA, Jorge. Artigo 73.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição...op.cit.*, p. 1.410, os “pais (artigos 36.º, n.º 5, e 67.º, n.º 2, alínea



desigualdades, econômicas, sociais e culturais; b) desenvolvimento da personalidade; c) espírito de tolerância; d) compreensão mútua; e) solidariedade; f) responsabilidade; g) progresso social; h) participação democrática na vida coletiva; i) preparo para o exercício da cidadania; l) qualificação para o trabalho.

Constata-se, assim, que, na estrutura constitucional portuguesa, o artigo 73.º, n.º 2, da CRP, embora não se trate de norma preceptiva executável por si mesma, em face da ausência de plena determinabilidade constitucional⁶²⁶, revela em seu conteúdo, na dimensão objetiva, autêntico *dever estatal de proteção* da educação, enquanto valor indissociável da democracia portuguesa.

A promoção da educação é fundamental para a superação das desigualdades econômicas, sociais e culturais existentes nas sociedades capitalistas em face da concentração de riquezas e dos meios de produção, bem como para assegurar a autonomia do indivíduo, a tolerância e a solidariedade para a construção de uma sociedade inclusiva, fraterna e acolhedora.

Nessa perspectiva, tanto o artigo 73.º, n.º 2, da CRP, quanto o artigo 205.º, da CRFB estão relacionados com a *dimensão objetiva-institucional* do direito à educação, posto que consagram a educação enquanto valor estruturante da ordem constitucional portuguesa e brasileira. Ademais os próprios objetivos da educação e do ensino enunciados nos referidos dispositivos constitucionais mostram-se essenciais à democracia⁶²⁷.

A valorização permanente do ensino, na precisa lição de Manuel Vaz, é um *princípio-incumbência* prioritário do Estado voltado para a superação das desigualdades (artigo 81.º, alínea “b”, CRP) e tarefa fundamental do Estado português (artigo 9.º, alínea “f”, CRP)⁶²⁸. Esse compromisso estatal revela que a democracia impõe a realização de determinados bens coletivos, relacionados aos direitos sociais, econômicos e culturais que são fundamentais para a própria consagração dos direitos de liberdade⁶²⁹.

c), as confissões religiosas (artigo 41.º, n.º 5), as organizações juvenis (artigo 70.º, n.º 3) e todos os agentes culturais”.

⁶²⁶ A respeito do conceito de determinabilidade constitucional, vide o tópico 1.3 do Cap. II.

⁶²⁷ MIRANDA, Jorge. Artigo 73.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição...op.cit.*, p. 1.411.

⁶²⁸ VAZ, Manuel Afonso. *Teoria da Constituição...op.cit.*, p. 108.

⁶²⁹ Sobre o tema, a respeito da dimensão substancial ou material da democracia, defendendo que a implementação de condições materiais mínimas, relacionadas aos direitos sociais, são indispensáveis para o pleno exercício dos direitos de liberdade e configuram a razão de ser do Estado contemporâneo, consulte-se nosso artigo in LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. Os Desafios do Poder Judiciário nas Democracias Contemporâneas. In *Direito e seus Desafios Socioambientais e Tecnológicos nas Democracias Contemporâneas*. BOTELHO, Catarina Santos; EFING, Antônio Carlos; LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos (coord.). Porto: Universidade Católica



Em outras palavras, a plena efetividade do direito de liberdade de aprender demanda não somente a sua previsão no ordenamento, mas, sobretudo, a existência de condições materiais mínimas para que se possa, livremente, exercê-lo.

Por exemplo, os pais que escolhem matricular seus filhos em uma escola judaico-cristã, por entender ser a que melhor enquadra-se no seu projeto educativo familiar, podem fazê-lo dentre as instituições particulares de ensino, pois a rede pública é laica e não confessional. Entretanto, a concretização dessa opção pressupõe a existência de condições econômico-financeiras para o seu exercício, isto é, que a família possa arcar com os custos do ensino privado.

E quem não possui esse pressuposto de ordem econômica indispensável para, de forma verdadeiramente livre, escolher o tipo de ensino que entende ser o mais adequado ao seu filho? Nesse caso, é dever do Estado criar as condições materiais para que o acesso ao bem jurídico coletivo – no caso, a educação – seja alcançada e usufruída por todos.

Nessa ótica, tanto a Constituição portuguesa quanto a brasileira asseguram “*a existência de um suporte orgânico que tenha a finalidade de possibilitar o exercício de tal liberdade*”⁶³⁰, voltadas à superação das desigualdades indispensável para que todos – e não somente os mais abastados – possam exercer o direito fundamental de liberdade de ensino.

Portanto, o direito à educação, em sua dimensão objetiva, consagrado no artigo 73.º, n.º 1, da CRP, e no artigo 205.º da CRFB, embora não traduzam, nessa acepção, posições jurídicas subjetivas delimitadas e imediatamente exigíveis a titulares determinados por força originária da Constituição, impõe *deveres estatais de proteção*, em face dos valores transmitidos por meio do ensino, considerados essenciais para o regime democrático e para a construção de uma sociedade plural, solidária e tolerante.

Logo, os compromissos estatais atribuídos pela Constituição portuguesa e brasileira ao legislador ordinário, tais como a obrigação de valorização permanente do ensino, devem ser cumpridos, ainda que progressivamente, não podendo ser simplesmente ignorados.

O reconhecimento da força normativa desses preceitos direciona-se, portanto, para implementar, nos Estados democráticos, conforme abordado no Cap. I, a educação inclusiva,

Editora, 2021, pp. 32-40. Disponível em: http://www.uceditora.ucp.pt/site/custom/template/ucptpl_uce.asp?SSPAGEID=2743&lang=1&artigoID=45895; bem como vide COPETTI NETO, Alfredo. *A democracia constitucional: sob o olhar do garantismo jurídico*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, pp. 62, 76, 102-103.

⁶³⁰ MATOS, André Salgado de in *O Direito ao Ensino...op.cit.*, pp. 420-421, afirma que “*o direito ao ensino surge, em relação à liberdade de aprender, como verdadeira garantia institucional: a CRP garante a existência de um suporte orgânico que tenha a finalidade de possibilitar o exercício de tal liberdade*”.



capacitante, fraterna e global, pautada na igualdade formal e material, na dignidade da pessoa humana e na solidariedade.

3.2 *Direito ao Ensino com Igualdade de Oportunidades e Êxito Escolar*

O artigo 74.º da CRP estabelece que “*todos têm direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar*”. Dispositivo semelhante, na ordem constitucional brasileira, é o artigo 206.º, I, da CRFB. Esses preceitos traduzem a noção da incidência do princípio da igualdade no âmbito do direito ao ensino, como o faz o artigo 74.º, n.º 1, da CRP e o artigo 206.º, I, da CRFB.

Ao estabelecer que todos têm direito à educação com garantia da igualdade de oportunidades de acesso, as Constituições portuguesa e brasileira revelam a *dimensão formal* do ensino, entendida no sentido de que todos os cidadãos, de forma geral e indiscriminada, devem ser, em regra⁶³¹, tratados com base nos mesmos critérios normativos ao concorrem a uma vaga nas instituições de ensino, tanto as públicas quanto as privadas.

Nessa perspectiva, André Salgado de Matos destaca que “*as condições de acesso formal ao ensino aplicam a esta matéria a ideia de igualdade formal: visa-se garantir a igualdade de todos os estudantes perante as concretas normas jurídicas que regulam o acesso ao ensino*”⁶³².

No entanto, como destacado no tópico 3 (Cap. I), a mera igualdade formal de acesso ao ensino, em determinadas situações, é insuficiente para promover a plena igualdade de oportunidades. Com efeito, não basta que se garanta isonomia na aplicação indiscriminada dos requisitos de seleção dos alunos nas instituições educacionais, mas, sobretudo, que se implementem meios para que os educandos consigam concluir todos os ciclos de aprendizagem, formando-se, de preferência, não somente nos graus básicos e secundários, mas também naqueles mais elevados de ensino.

Por isso que a parte final do artigo 74.º, n.º 1, da CRP assegura o direito ao ensino, não apenas como garantia formal de igualdade de acesso, mas também com a segurança de *êxito*

⁶³¹ Utilização a expressão “em regra”, porque, em determinadas situações, é possível o estabelecimento de requisitos diferenciados para específicos grupos de alunos, por conta da instituição de políticas públicas de ações afirmativas, visando compensar desigualdades históricas, por conta de reconhecida vulnerabilidade social, tais como para negros e indígenas, tal como ocorre no Brasil, conforme analisado no tópico 2.1 do Cap. III.

⁶³² MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 436.



escolar, expressando esse termo a *dimensão material* da igualdade relacionada à educação, que complementa a aceção meramente formal do ensino.

Essa noção material (ou substancial) do ensino representa que não basta somente velar pela aplicação uniforme dos requisitos de ingresso nas instituições educacionais, mas, principalmente, assegurar os recursos necessários para que os alunos possam realmente concluir os seus ciclos de estudos, com o maior grau de aproveitamento possível. Preocupa-se, assim, não somente com o acesso dos discentes ao ensino, mas, sobretudo, com a qualidade do ensino ministrado.

Sobre a dimensão material do ensino em Portugal, André Salgado de Matos destaca que:

mas aqui como em todas as questões de igualdade, não basta uma mera igualdade perante a lei. Não é decerto só a esta que a CRP se refere quando fala em garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar (artigo 74.º, 1), mas a uma verdadeira igualdade material⁶³³.

No Brasil, essa aceção material do princípio da igualdade também está assegurada nos termos do artigo 206.º, I, CRFB, conforme reconhecido pelo STF na ADPF n.º 186/2012⁶³⁴.

Constata-se, assim, que a eficácia de tais preceitos normativos (artigo 74.º, n.º 1, da CRP e artigo 206.º, I, CRFB), tanto na ordem constitucional brasileira quanto na portuguesa – embora nesta submeta-se ao regime dos direitos sociais, econômicos e culturais – impõem tanto condutas *negativas*, consistentes na proibição de implementar critérios discriminatórios no acesso às instituições de ensino, quanto deveres prestacionais *positivos* relacionados à implementação de condições materiais para que os alunos possam efetivamente concluir seus ciclos de aprendizagem, como, por exemplo, por meio da oferta de transporte escolar.

Busca-se, ao fim e ao cabo, por meio da força normativa desses dispositivos, implementar, nos Estados democráticos, a educação inclusiva, pautada na igualdade formal e material, abordada no tópico 3 (Cap. I).

3.3 Valorizar a Língua Portuguesa e Assegurar aos filhos dos Emigrantes o Ensino Adequado à Cultura Portuguesa

⁶³³ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 436.

⁶³⁴ A referida decisão do STF na ADPF n.º 186/2012 foi abordada no tópico 2.1 (Cap. III).



O artigo 74.º, n.º 2, alínea *i* da CRP dispõe que, na realização da política de ensino, incumbe ao Estado assegurar aos filhos dos emigrantes o ensino da língua portuguesa e o acesso à cultura portuguesa, por sua vez, a alínea *j* do referido dispositivo constitucional garante aos filhos de imigrantes apoio adequado para efetivação do direito ao ensino.

A CRFB não dispõe, expressamente, a respeito do direito à educação dos filhos dos emigrantes e imigrantes, limitando-se a dispor, em seu artigo 210.º, §2º, que “*o ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem*”.

No contexto de diversidade cultural e étnica da União Europeia, atrelado às constantes crises migratórias que afetam milhares de refugiados – seja em razão de perseguições políticas, étnicas, religiosas ou até mesmo em face de desastres ambientais – o mencionado preceito da Constituição portuguesa relaciona-se com o papel de efetiva integração assegurado nos artigos 7.º e 15.º, ambos da CRP, e dos direitos e obrigações resultantes do Estatuto jurídico constitucional do estrangeiro ou cidadão imigrante⁶³⁵.

A norma traduz, na precisa lição de Luísa Neto, *deveres estatais de cooperação, hospitalidade e acolhimento* voltados para a implementação de uma educação intercultural, plural e fraterna, abordada nos tópicos 3 e 5 (ambos do Cap. I), que reconhece os processos próprios de aprendizagem dos grupos minoritários, promove a sua interação social e fortalece o sentimento de pertencimento comunitário⁶³⁶.

3.4 Garantia da Educação Permanente, da Redução do Analfabetismo e da Interligação do Ensino com as Atividades Econômicas

O artigo 74.º, n.º 2, alínea *c* da CRP estabelece que, na realização da política de ensino, incumbe ao Estado, garantir a educação permanente e eliminar o analfabetismo. O dispositivo, além de determinar o combate ao analfabetismo, prevê também a necessidade de que a formação seja contínua, sem interrupção que acarrete prejuízo aos educandos. Preceito semelhante é previsto no artigo 214.º, I, da CRFB, que estabelece a meta de erradicação do analfabetismo.

⁶³⁵ NETO, Luísa. *Constituição e Educação...op.cit.*, pp. 279 e 281.

⁶³⁶ NETO, Luísa. *Constituição e Educação...op.cit.*, p. 282, afirmando a autora que “*a educação intercultural se articula, pois, necessariamente, com a educação para a cidadania*”.



Nessa toada, deve o Estado velar para que o sistema público de ensino não sofra abalos de ordem econômica, financeira ou política que gerem a descontinuidade, ainda que transitória, da prestação do serviço público educacional. No âmbito das instituições privadas de ensino, deve o Estado assegurar os meios necessários para a sua criação, corolário do direito da liberdade de ensino, conforme analisado no tópico 2.2 (Cap. II).

A supervisão estatal no âmbito do ensino particular e cooperativo ocorre não somente por meio do seu reconhecimento, mas também na sua fiscalização (artigo 75.º, n.º 2, CRP e artigo 209.º, II, CRFB). Essa atuação estatal engloba não somente a verificação do cumprimento das normas gerais da educação nacional pelas instituições particulares de ensino, mas também a apuração de que a sua instalação está sendo feita, equitativamente, em diversas zonas geográficas, a fim de atender a toda a população, principalmente as famílias mais carentes.

A fim de expandir a oferta do ensino nas localidades em que a rede pública escolar não atenda adequadamente às necessidades de toda a população é possível que o Estado celebre contratos e conceda subsídios às instituições particulares. A motivação desse fomento estatal pauta-se em assegurar a permanente oferta do ensino aos alunos que residem em áreas nas quais o sistema público de ensino é deficitário, visando, assim, eliminar o analfabetismo (artigo 74.º, n.º 2, alínea c, CRP e artigo 214.º, I, CRFB). Em Portugal, isso é permitido nos termos do artigo 8.º, n.º 3 da Lei n.º 9/79, de 12 de março, relativa às bases do ensino particular e cooperativo⁶³⁷.

No Brasil, o artigo 213.º, §1º, da CRFB prevê que os recursos públicos podem ser destinados ao custeio de bolsas de estudos do ensino fundamental e médio para os alunos que demonstrem insuficiência de recursos e quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade de residência do aluno.

Portanto, deve o Estado, tanto português quanto brasileiro, conduzir a política pública de ensino para que o serviço educacional seja prestado de forma permanente, seja por meio do sistema público seja no particular ou cooperativo, ainda que isso demande a celebração de contratos de concessão de subsídios para o desenvolvimento da rede privada nas áreas geográficas carentes ou deficitárias de escolas públicas.

⁶³⁷ O mencionado artigo 8.º, n.º 3 da Lei n.º 9/79 estabelece que é concedida prioridade para a celebração de contratos e atribuição de subsídios às escolas particulares e cooperativas que, integrando-se nos objetivos e planos do Sistema Nacional de Educação e sem prejuízo da respectiva autonomia institucional e administrativa, se localizem em áreas carentes de rede pública escolar, bem como a jardins-de-infância e a escolas de ensino especial, também situados em áreas geográficas deficitárias de escolas públicas.



Essa atuação estatal direcionada à universalização da educação busca, como destacado, o cumprimento das finalidades constitucionais de ensino previsto na parte final do artigo 74.º, n.º 2, alínea *c* da CRP e no artigo 214.º, I, da CRFB: a eliminação do analfabetismo.

A educação é a arma contra o analfabetismo, expressamente reconhecido, em âmbito internacional, no artigo 28.º, n.º 3, da CODC ao preceituar que “*os Estados Partes devem promover e estimular a cooperação internacional em questões relativas à educação, visando especialmente contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo*”.

A despeito dos esforços das nações para o seu desaparecimento, a falta de instrução é ainda comumente verificada em famílias hipossuficientes, o que evidencia a sua íntima relação com as condições financeiras do grupo familiar. Por conseguinte, o combate ao analfabetismo exige a implementação de uma gama de políticas públicas interligadas que busquem promover tanto a educação quanto o desenvolvimento econômico e social.

A necessidade de relacionar o ensino com o desenvolvimento econômico é previsto no artigo 74.º, n.º 2, alínea *f* da CRP ao estabelecer que na realização da política de ensino incumbe ao Estado “*inserir as escolas nas comunidades que servem e estabelecer a interligação do ensino e das atividades econômicas, sociais e culturais*”. Esse dispositivo revela a atenção que o legislador deve prestar para desenvolver o ensino em sintonia com as necessidades econômicas, sociais e culturais específicas de determinadas comunidades⁶³⁸.

No Brasil, os artigos 205.º e 214.º, IV, ambos da CRFB estabelecem que uma das finalidades de ensino é a qualificação para o trabalho. Essa formação profissional poderá, então, corresponder às próprias demandas laborais da comunidade do aluno, interligando, desse modo, o interesse pessoal com o coletivo. Tanto que no planejamento e organização de cursos superiores de tecnologia um dos critérios é o “*atendimento às demandas do cidadão, do mercado de trabalho e da sociedade*”⁶³⁹.

A Comissão Europeia elaborou em 3 de março de 2010 a *Estratégia Europa 2020*, propondo os seguintes objetivos para a União Europeia: *a)* 75% (setenta e cinco por cento) da população de idade compreendida entre 20 (vinte) e 64 (sessenta e quatro) anos deve estar

⁶³⁸ MIRANDA, Jorge. Artigo 74.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição...op.cit.*, p. 1.419, sobre o tema, ressalta que “*essa injeção destina-se a pôr o ensino em sintonia com as realidades sociais e, inversamente, a co-responsabilizar as comunidades pelas escolas*”, revelando também a conexão “*com a necessidade de descentralização da Administração escolar em termos razoáveis e de eficiência*”.

⁶³⁹ Conforme o artigo 3.º, I, da Resolução CNE/CP n.º 3, de 18 de dezembro de 2002. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CP032002.pdf>. Acesso em 10 jan. 2020.



empregada; b) 3% (três por cento) do PIB da União Europeia deve ser investido em I&D⁶⁴⁰; c) os objetivos em matéria de clima e energia devem ser cumpridos, incluindo uma subida para 30% do objetivo para a redução das emissões, se as condições o permitirem; d) a taxa de abandono escolar precoce deve ser inferior a 10% (dez por cento) e pelo menos 40% (quarenta por cento) da geração mais jovem deve dispor de um diploma de ensino superior; e) 20 milhões de pessoas devem deixar de estar sujeitas ao risco de pobreza⁶⁴¹.

Verifica-se que a Comissão Europeia trata com prioridade a concretização de políticas públicas de ensino que resultem na redução da taxa de abandono escolar aliado com o desenvolvimento econômico e social que retirem as pessoas da pobreza e da marginalização.

O Conselho da União Europeia, em 14 de julho de 2015, nos termos do artigo 121.º, n.º 2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁶⁴², publicou a Recomendação (UE) n.º 2015/1184⁶⁴³, relativa às orientações gerais para as políticas econômicas dos Estados-Membros e da União Europeia, recomendando que os Estados-Membros e, se for caso disso, a União, tenham em conta, no âmbito das suas políticas econômicas, 4 (quatro) orientações, que fazem parte integrante das Estratégias Europa 2020: a) promover o investimento; b) reforçar o crescimento através da implementação de reformas estruturais nos Estados-Membros; c) suprimir as barreiras ao crescimento sustentável e ao emprego na União Europeia; d) melhorar a sustentabilidade das finanças públicas e torná-las mais favoráveis ao crescimento.

A mencionada recomendação, de forma expressa, orienta que *“deve-se dar prioridade a despesas favoráveis ao crescimento nas áreas da educação, das competências e da empregabilidade, da investigação e do desenvolvimento, da inovação”*⁶⁴⁴.

O quadro abaixo⁶⁴⁵ mostra a evolução em Portugal dos índices dos indicadores estabelecidos pela Comissão Europeia desde o lançamento da Estratégia Europa 2010:

⁶⁴⁰ A atividade de Investigação e Desenvolvimento (I&D) envolve trabalhos experimentais ou teóricos com vista à obtenção de conhecimentos de modo a que estes possam ser utilizados no desenvolvimento sistemático de novos materiais, produtos e/ou processos, sistemas e serviços, ou à melhoria substancial dos já existentes.

⁶⁴¹ Disponível em http://publications.europa.eu/resource/ellar/8d8026dc-d7d7-4d04-8896-e13ef636ae6b.0013.02/DOC_5. Acesso em 10 set. 2019.

⁶⁴² O artigo 121.º, n.º 2 do TFUE assim dispõe: *“O Conselho, sob recomendação da Comissão, elabora um projeto de orientações gerais das políticas econômicas dos Estados-Membros e da União e apresentará um relatório ao Conselho Europeu com as suas conclusões”*.

⁶⁴³ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015H1184&from=EN>. Acesso em 10 mar. 2021.

⁶⁴⁴ Essa recomendação está inserida dentro da orientação n.º4: Melhorar a sustentabilidade das finanças públicas e torná-las mais favoráveis ao crescimento.

⁶⁴⁵ Disponível em <https://www.adcoesao.pt/en/node/687>. Acesso em 10 mar. 2021.



Quadro 1 - Evolução dos Indicadores da Meta Europa 2020 em Portugal

Prioridades EE 2020	Objetivos PNR	Indicador	Portugal											União Europeia	
			2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Meta 2020	2019	Meta 2020
Crescimento Inteligente	Reforçar a I&D e a Inovação	Investimento em I&D em % do PIB	1,5	1,5	1,4	1,3	1,3	1,2	1,3	1,3	1,4	-	1,8%	2,12 (a)	3,0%
	Qualificar os Portugueses	Taxa de abandono precoce de educação e formação (18-24 anos)	28,3	23,0	20,5	18,9	17,4	13,7	14,0	12,6	11,8	10,6	10,0%	10,3	10,0%
		% de diplomados com ensino superior ou equivalente (30-34 anos)	24,0	26,7	27,8	30,0	31,3	31,9	34,6	33,5	33,5	36,2	40%	41,6	40,0%
Crescimento Sustentável	Clima e Energia	Emissão de Gases de Efeito de Estufa (variação % face a 2005 em emissões não CELE)	91,3	88,3	83,9	79,5	79,9	83,6	85,6	82,7	83,8	-	<101%	89,2 (a)	<90,7%
		% Energias renováveis no consumo de energia final	24,2	24,6	24,6	25,7	29,5	28,0	30,9	30,6	30,3	-	31,0%	17,97 (a)	20,0%
		Eficiência Energética (ganho no consumo de energia primária)	22,6	21,9	20,9	21,0	20,6	21,7	22,1	22,7	22,4	-	22,5 Mteb	1551,92 Mteb	1483,00 Mteb
Crescimento Inclusivo	Aumentar o Emprego	Taxa de emprego (população 20-64 anos)	70,3	68,8	66,3	65,4	67,6	69,1	70,6	73,4	75,4	76,1	75,0%	73,9	75,0%
	Combater a pobreza e as desigualdades sociais	Pessoas em risco pobreza ou exclusão social (variação face a 2008)	-65,0	-157	-90	121	106	8,0	-160	-358	-557	-	-200 mil	-7,2 milhões (a)	- 20 milhões

Legenda: (a) Dados 2018

Fonte: <https://www.adcoesao.pt/en/node/687>.

A análise do quadro acima demonstra que Portugal, em relação à prioridade conferida ao crescimento inteligente, que inclui o reforço à inovação e a qualificação dos portugueses, conseguiu reduzir a taxa de abandono precoce de educação e formação, entre os alunos de 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro) anos de idade, de 28,3% (em 2010) para 10,6% (em 2019), enquadrando-se dentro da média da União Europeia (10,3% em 2019).



Os esforços dispendidos pelo Estado português conseguiram, de forma expressiva, reduzir o analfabetismo que, em 1974, rondava os 30%, valor elevado se comparado a outros países europeus⁶⁴⁶.

Houve, ainda, evolução no percentual de diplomados com o ensino superior entre os 30 a 34 anos que passou de 24% (em 2010) para 36,2% (em 2019), estando próximo de atingir a meta de 40% estabelecida para a União Europeia em 2020.

Essa redução acentuada na taxa de analfabetismo em Portugal aliado ao aumento progressivo da qualificação dos portugueses que conseguiram concluir o ensino superior teve reflexos no incremento da taxa de emprego que passou de 70,3% (em 2010) para 76,1% (2019). Esse percentual ultrapassou a meta estabelecida pela União Europeia para 2020 que foi de 75% e, inclusive, ficou acima da média dos países do bloco que em 2019 foi de 73,9%.

O investimento massivo em educação, em todos os graus de ensino, por conseguinte, gerou impactos também na diminuição da pobreza e da exclusão social que passou de -65 mil pessoas (em 2010) para -557 mil pessoas (em 2019). Verifica-se, desse modo, que Portugal conseguiu superar o grave período de crise financeira vivenciado entre 2011 e 2015, período no qual se constatou o aumento dos indicadores de desigualdade social.

Esses dados demonstram a importância da educação capacitante, abordada no tópico 4 (Cap. I), que qualifica o aluno para o exercício de uma profissão, como mecanismo de superação das limitações econômico-sociais e de geração de emprego e renda para a população.

Logo, tanto a norma constitucional prevista no artigo 74.º, n.º 2, alíneas *c*, *f* da CRP quanto as diretrizes da União Europeia, no tocante à eficácia de seus preceitos, na dimensão objetiva, impõe *deveres estatais de proteção* direcionados ao legislador infraconstitucional para que implemente políticas públicas educacionais como prioridade estatal voltadas à eliminação do analfabetismo e à expansão do sistema de ensino.

Nesse contexto, se por um lado não geram direitos subjetivos originários, em face da indeterminabilidade do seu conteúdo e da ausência de imediata exequibilidade, limitam a margem de discricionariedade do poder de conformação do legislador que não pode deixar em segundo plano a educação, por se tratar de *bem jurídico prioritário de caráter supranacional*.

⁶⁴⁶ Essa taxa de analfabetismo de Portugal em 1974 é informada por RODRIGUES, David; NOGUEIRA, Jorge. Educação Especial e Inclusiva em Portugal: Fatos e Opções. *Revista Brasileira de Educação Especial*, v.17. n.1, pp-3-20, jan.-abr., 2011, p. 4.



3.5 Promover e Apoiar a Educação Inclusiva das Pessoas com Deficiência

O artigo 74.º, n.º 2, alínea g da CRP estabelece que, na realização da política de ensino, incumbe ao Estado promover e apoiar o acesso dos cidadãos com deficiência e apoiar o ensino especial. Dispositivo semelhante é previsto no artigo 208.º, III, da CRFB.

A educação inclusiva em Portugal iniciou com uma perspectiva assistencial, estando, atualmente, integrada pela Lei de Bases do Sistema Educativo (Decreto-Lei n.º 46/86) no sistema geral de educação⁶⁴⁷. O Regime de Educação Especial é disciplinado pelo Decreto-Lei n.º 54/2018⁶⁴⁸ que revogou o anterior Decreto-Lei n.º 3/2008⁶⁴⁹ que versava sobre o tema, o qual, por sua vez, já havia revogado o Decreto-Lei n.º 319/91⁶⁵⁰.

No âmbito internacional, como destaca Filipe Venade de Souza, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que entrou em vigor em 2009 em Portugal⁶⁵¹, almeja a maximização do desfrute dos direitos humanos e das liberdades fundamentais de qualquer pessoa com deficiência em igualdade de condições com as demais⁶⁵².

No Brasil, a referida Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n.º 186, de 9 de julho de 2008, por meio do procedimento previsto no artigo 5.º, §3º, da CRFB, sendo incorporada no direito interno com status de emenda à constituição.

A expansão dos direitos sociais à pessoa com deficiência, como ressalta Ellis Kathryn, é pautada em dois modelos: um de aspecto liberal, no qual sobressai a independência e

⁶⁴⁷ RODRIGUES, David; NOGUEIRA, Jorge. *Educação Especial...op.cit.*, p. 4.

⁶⁴⁸ PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 54, de 06 de julho de 2018. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 2018. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/115654476/view?q=Decreto-Lei+n.º%2054%2F2018+>. Acesso em: 15 maio 2020.

⁶⁴⁹ PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 54, de 07 de janeiro de 2008. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 2008. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/386871/details/normal?q=Decreto-Lei+n.º%203%2F2008+>. Acesso em: 15 maio 2020.

⁶⁵⁰ PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 319, de 23 de agosto de 1991. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 1991. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/403296/details/normal?q=Decreto-Lei+n.º%20319%2F91>. Acesso em: 15 maio 2020.

⁶⁵¹ A referida Convenção foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Nova Iorque, em 13 de dezembro de 2006, e aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30 de julho, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de julho, entrando em vigor para a ordem jurídica portuguesa em 23 de outubro de 2009, conforme o Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros n.º 114/2009.

⁶⁵² SOUSA, Filipe Venade de. Os direitos sociais das pessoas com deficiência e a centralidade da convenção das nações unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência. *Revista Inclusiones*, v.8, n. 2, 2021, pp. 458-486, p. 460.



autonomia do indivíduo e o outro com viés assistencialista, baseado na igualdade e focado na vulnerabilidade da pessoa com deficiência⁶⁵³.

A respeito desses modelos, Ana Paula Barbosa-Fohrmann e Rodrigo de Brito Lanes alertam sobre a importância de não se optar por nenhum dos dois extremos, sustentando que a política pública mais adequada à pessoa com deficiência é aquela que reconhece um equilíbrio entre ambos, reconciliando a autonomia com a igualdade e a independência com os cuidados específicos decorrentes da sua vulnerabilidade⁶⁵⁴.

Nesse contexto, a educação inclusiva, inserida no âmbito da educação plural e fraterna, pautada na igualdade e na solidariedade, consoante abordado nos tópicos 3 e 5 (ambos do Cap. I), visa implementar *políticas públicas de integração* voltadas para assegurar o pleno acolhimento e o desenvolvimento das potencialidades dos alunos com deficiência.

Isso demanda a atuação do Estado para a concretização de uma escola inclusiva, na qual o aprendizado deve ser construído em conjunto com todos os alunos, independentemente de possuírem ou não algum tipo de deficiência, construído com base nos princípios e diretrizes estabelecidos pela Declaração Educação para Todos de 1990, pela Declaração de Salamanca de 1994 e pelas Normas sobre Igualdades de Oportunidades para Pessoas com Deficiências das Nações Unidas⁶⁵⁵.

Nesse sentido, o artigo 23.º da CODC estabelece que deve ser assegurada à criança com deficiência “*o acesso efetivo à educação, à capacitação, aos serviços de saúde e de reabilitação, à preparação para o emprego e às oportunidades de lazer, de maneira que a criança atinja a integração social e o desenvolvimento individual mais completos possíveis*”.

⁶⁵³ ELLIS, Kathryn. Dependency, Justice and the Ethic of Care. In: HARTLEY, Dean (Ed.). *The Ethics of Welfare*. Bristol: The Policy Press, 2004, pp. 29-46.

⁶⁵⁴ BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; LANES, Rodrigo de Brito. O Direito à Educação Inclusiva das Crianças Portadoras de Deficiência. *Espaço Jurídico*, v.12, n.1, jan./jun. 2011, pp. 155-174, p. 158.

⁶⁵⁵ RODRIGUES, David; NOGUEIRA, Jorge. *Educação Especial...op.cit.*, p. 6. A Declaração Mundial sobre Educação para Todos foi aprovada em Jomtien, na Tailândia, em 1990, e versa sobre a satisfação das necessidades básicas de aprendizagem. A Declaração de Salamanca foi o documento elaborado na Conferência Mundial sobre Educação Especial realizada na cidade espanhola de Salamanca em 1994 que estabelece diretrizes básicas para a implementação e reformulação de políticas públicas educacionais visando a inclusão dos alunos com deficiência, estimulando a sua integração e acolhimento nas escolas regulares e o combate a atitudes discriminatórias. Por sua vez, as Normas sobre Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiências das Nações Unidas foram adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução n.º 48/96, de 20 de dezembro de 1993, cuja regra n.º 6 estabelece que cabe às autoridades educativas assegurar que a educação das pessoas com deficiência ocorra em ambientes integrados.



O compromisso com a promoção da educação inclusiva, plural e fraterna, direcionada ao atendimento das múltiplas necessidades dos alunos com deficiência e ao aumento da participação de todos na aprendizagem e na vida da comunidade escolar, foi reiterado por Portugal com a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu protocolo opcional⁶⁵⁶.

Portanto, nesse contexto, o Estado, tanto o português quanto o brasileiro, devem promover políticas públicas de educação inclusiva de acolhimento, que não sejam segregacionistas nem discriminatórias, as quais possibilitem que os alunos com deficiência possam ser adequadamente inseridos no ambiente de sala de aula do ensino regular, estimulando o sadio convívio plural com todos os alunos.

Nesse sentido, um dos princípios orientadores da educação especial em Portugal é a “*inclusão, o direito de todas as crianças e alunos ao acesso e participação, de modo pleno e efetivo, aos mesmos contextos educativos*” (artigo 3.º, alínea c, Decreto-Lei n.º 54/2018).

No Brasil, o artigo 208.º, III, da CRFB também se alinha nessa direção ao dispor que o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência é ofertado “*preferencialmente na rede regular de ensino*”.

Entretanto, a mera integração *formal* dos alunos com deficiência em sala de aula regular com os demais discentes, embora necessário para o seu desenvolvimento humano e social, pode não ser suficiente para que haja a concreta assimilação do conhecimento transmitido.

Com efeito, deve o Estado assegurar, *materialmente*, os meios adequados, a depender da natureza e do grau da deficiência do aluno, a fim de que possa, além de integrar-se com os demais alunos no mesmo ambiente, realmente adquirir os ensinamentos repassados pelo professor. Isso demanda o estabelecimento de medidas de suporte à aprendizagem, as quais são organizadas em Portugal em três níveis: universais, seletivas e adicionais (artigo 7.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 54/2018).

As *medidas universais* correspondem às respostas educativas que a escola tem disponíveis para todos os alunos com o objetivo de promover a participação e a melhoria das

⁶⁵⁶ Adotada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova Iorque, no dia 13 de dezembro de 2006, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009, de 30 de julho, ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 71/2009, de 30 de julho, e reafirmada na Declaração de Lisboa sobre Equidade Educativa, ocorrida em julho de 2015.



aprendizagens, constituindo-se, dentre outras, em: *a*) diferenciação pedagógica; *b*) acomodações curriculares; *c*) enriquecimento curricular; *d*) promoção do comportamento pró-social; *e*) intervenção com foco acadêmico ou comportamental em pequenos grupos (artigo 8.º, n.º 2, Decreto-Lei n.º 54/2018).

As *medidas seletivas* visam colmatar as necessidades de suporte à aprendizagem não supridas pela aplicação de medidas universais e podem ser as seguintes: *a*) percursos curriculares diferenciados; *b*) adaptações curriculares não significativas; *c*) apoio psicopedagógico; *d*) antecipação e o reforço das aprendizagens; *e*) apoio tutorial (artigo 9.º, n.º 2, Decreto-Lei n.º 54/2018).

Por fim, as *medidas adicionais* visam colmatar dificuldades acentuadas e persistentes ao nível da comunicação, interação, cognição ou aprendizagem que exigem recursos especializados de apoio à aprendizagem e à inclusão assim consideradas: *a*) frequência do ano de escolaridade por disciplinas; *b*) adaptações curriculares significativas; *c*) plano individual de transição; *d*) desenvolvimento de metodologias e estratégias de ensino estruturado; *e*) desenvolvimento de competências de autonomia pessoal e social (artigo 10.º, n.º 4, Decreto-Lei n.º 54/2018).

Além dessas medidas, a promoção da educação especial demanda também *recursos específicos* de apoio à aprendizagem e à inclusão, quais sejam: *a*) equipe multidisciplinar de apoio à educação inclusiva; *b*) centro de apoio à aprendizagem; *c*) escolas de referência no domínio da visão; *d*) escolas de referência para a educação bilingue; *e*) escolas de referência para a intervenção precoce na infância; *f*) centros de recursos de tecnologias de informação e comunicação para a educação especial (artigo 11.º, n.º 2, Decreto-Lei n.º 54/2018).

Constata-se que a garantia de promoção da educação inclusiva, assegurada no artigo 74.º, n.º 2, alínea *g* da CRP, é a fonte normativa-constitucional por meio da qual se fundamentam essa gama de direitos dos alunos com deficiência em Portugal concretizado pelo Decreto-Lei n.º 54/2018.

Cita-se, por exemplo, o direito de ingresso antecipado ou o adiantamento de matrícula do aluno com deficiência proposto pela equipe multidisciplinar ao diretor da escola com a concordância dos pais ou dos encarregados de educação (artigo 27.º, n.º 1, Decreto-Lei n.º 54/2018), a prioridade na matrícula ou sua renovação nas escolas de referência, no domínio da visão e para a educação bilingue, aos alunos que necessitam destes recursos organizacionais



(artigo 27.º, n.º 2, Decreto-Lei n.º 54/2018) e a prioridade na matrícula ou renovação de matrícula dos alunos com programa educativo individual na escola de preferência dos pais ou encarregados de educação (artigo 27.º, n.º 3, Decreto-Lei n.º 54/2018).

Capítulo III – A ESTRUTURA NORMATIVA-CONSTITUCIONAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL

Considerando que o objeto da presente tese toma como parâmetro de investigação a CRFB e a CRP, especificamente em relação aos dispositivos constitucionais que versam sobre o acesso à educação superior através do financiamento estudantil, é imprescindível, para sua adequada compreensão, a análise da estrutura normativa na qual se insere o direito à educação nesses países.

Essa abordagem ganha maior relevo quando se verifica que o sistema constitucional brasileiro, no tocante ao regime jurídico-normativo aplicado aos direitos fundamentais, possui substanciais diferenças em face do ordenamento lusitano, na medida em que aplica o regime jurídico reforçado dos direitos de liberdade também para os direitos sociais, econômicos e culturais. Por conseguinte, a ordem constitucional brasileira, diferente da portuguesa, não estabelece duplicidade de regimes normativos incidentes sobre os direitos fundamentais.

O terceiro capítulo, portanto, é dedicado à realização do estudo da estrutura normativa-constitucional do direito à educação no ordenamento brasileiro. Assim como feito, no capítulo anterior, quando do exame do ordenamento português, inicia-se da investigação do texto constitucional para, em seguida, abordar diversos atos normativos que versam sobre a educação, em todos os graus de ensino, desde o pré-escolar, passando pelo básico, secundário e fundamental, até o superior.

1 DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Antes de abordar, especificamente, os preceitos constitucionais insculpidos na CRFB, faz-se necessário, tal qual se realizou quando do estudo da ordem constitucional lusitana, também analisar a evolução constitucional do direito à educação nas pretéritas constituições brasileiras, bem como investigar os impactos do federalismo brasileiro na distribuição de competências educacionais entre os entes federados.



É retratado nesse capítulo, ainda, o regime normativo conferido aos direitos fundamentais sociais, que, como ressaltado, diferentemente do modelo adotado pela CRP, não faz a sistematização entre estes e os direitos de liberdade. Ingo Sarlet, sobre o tema, afirma que a “*Constituição brasileira, diversamente da portuguesa, não traça qualquer diferença entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos*”⁶⁵⁷.

Esse também é a magistério de Luís Roberto Barroso, ao lecionar que “*a Constituição brasileira não faz qualquer distinção quanto à natureza do direito – se individual, político, social ou difuso*”⁶⁵⁸. Ressalta o referido constitucionalista brasileiro, que “*nisso, ela difere de outras, como a alemã – que sequer prevê direitos sociais –, a portuguesa e a espanhola, que expressamente instituem tratamento diverso para os direitos de índole liberal e os sociais*”⁶⁵⁹.

Por fim, em face do já mencionado caráter multifacetário da educação, cujo conceito se desdobra em múltiplas acepções e posições jurídicas distintas, abordado no tópico 1 do Cap. I, busca-se delimitar o seu conteúdo dentro do contexto constitucional brasileiro e definir a eficácia dos seus preceitos.

1.1 Evolução Constitucional do Direito à Educação no Brasil

A primeira Constituição do Brasil foi a de 1824, época do Império brasileiro, e trouxe duas referências à educação, afirmando, em seu art. 179, XXXII⁶⁶⁰, que “*a instrução primária é gratuita a todos os cidadãos*” e que haveria colégios e universidades para o ensino de ciências, letras e artes⁶⁶¹.

Em 1834 foi decretado o Ato Adicional à Constituição, no qual permitiu pequena descentralização do sistema de ensino como mecanismo para garantir uma parcela de autonomia das províncias. No entanto, os cursos considerados mais importantes e prestigiados, como medicina e direito, continuavam sob o comando do Império.

⁶⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”...op.cit.*, p. 92.

⁶⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...op.cit.*, p. 540.

⁶⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...op.cit.*, p. 540.

⁶⁶⁰ Abordamos a regulamentação constitucional do direito à educação na dissertação de mestrado deste autor, vide BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. *Direito à Educação: Judicialização, Políticas Públicas e Efetividade do Direito Fundamental*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 23-27.

⁶⁶¹ FISCHMANN, Roseli. *Escola Brasileira Temas e Estudos*. São Paulo: Atlas, 1987, p. 171.



Nesse sentido, o artigo 10.º do mencionado Ato estabelecia que competia às assembleias legislativas provinciais legislar sobre instrução pública e estabelecimentos próprios a promovê-la, não compreendendo as faculdades de medicina, os cursos jurídicos, academias existentes e outros quaisquer estabelecimentos de instrução que para o futuro forem criados por lei geral⁶⁶².

A Constituição seguinte, a de 1891, deu início ao período Republicano brasileiro e suprimiu o direito à instrução primária e gratuita do texto constitucional⁶⁶³, previsto na anterior Constituição de 1824. Além disso, acentuou a centralização da organização do ensino na esfera de competência da União, tanto que o seu artigo 34.º, n.º 30, previa que competia privativamente ao Congresso legislar sobre o ensino superior. Em outro dispositivo, no artigo 35.º, n.º 3 e 4, dispunha-se que incumbia ao Congresso criar as instituições de ensino secundário nos Estados e prover a instrução secundária no Distrito Federal.

A República, nessa toada, reforçou a separação já existente entre a educação oferecida nas escolas secundárias e superiores às elites do país e, no outro polo, direcionou o ensino das escolas primárias e profissionais às classes populares⁶⁶⁴.

Nesse cenário institucional, a União se responsabilizava pelo ensino superior em todo o país (privativamente), pelo ensino secundário nos Estados (não privativamente) e pelo sistema de ensino do Distrito Federal⁶⁶⁵. Aos Estados, diversamente, competia organizar o ensino primário e profissionalizante e essa partilha consagrou a existência de dois sistemas de ensino: o federal e o estadual⁶⁶⁶.

A Constituição de 1934 dedicou um capítulo à Educação e Cultura, o Título V – Da Família, da Educação e da Cultura, dentro do capítulo II – Da Educação e da Cultura, cujo artigo 149.º declarava que a educação é direito de todos e deve ser ministrado pela família e pelos poderes públicos. Estabeleceu as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal em matéria de educação, dentre as quais a fixação, por parte da União, do Plano Nacional de Educação.

Um aspecto inovador foi a criação de instrumentos necessários à implantação dos princípios constitucionais, através do financiamento público da educação, por meio de fundos

⁶⁶² FISCHMANN, Roseli. *Escola Brasileira ...op.cit.*, p. 171.

⁶⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, p. 483.

⁶⁶⁴ FISCHMANN, Roseli. *Escola Brasileira ...op.cit.*, p. 172.

⁶⁶⁵ FISCHMANN, Roseli. *Escola Brasileira ...op.cit.*, p. 172.

⁶⁶⁶ *Ibid.*



especiais destinados à educação voltados para o custeio de bolsas de estudo, material e merenda escolar. O artigo 156.º da Constituição de 1934, nessa ótica, vinculava os recursos públicos à educação: a União e os Municípios obrigam-se a despender nunca menos de 10% da renda dos impostos, e os Estados e o Distrito Federal, nunca menos de 20%⁶⁶⁷.

A Constituição de 1937, inspirada na Constituição Polonesa de 1935, ostentava forte tendência autoritária em face do alargamento do poder nas mãos do Presidente da República. Tanto que o seu artigo 74.º, nas alíneas “c” e “d”, atribuiu ser da competência privativa do Presidente da República adiar, prorrogar e convocar o Parlamento e, até mesmo, dissolver a Câmara dos Deputados, no caso do parágrafo único do artigo 167.º da referida Constituição⁶⁶⁸, o que legitimou a instituição do Estado Novo, período ditatorial governado por Getúlio Vargas.

Nos artigos 128.º a 134.º, a Constituição de 1937 tratou a respeito da educação e da cultura e voltou a prever no texto constitucional, no artigo 130.º, que o ensino primário era obrigatório e gratuito, introduzindo, contudo, com base no *dever de solidariedade*, a previsão do pagamento de taxa mensal e módica a ser custeada pelos mais abastados. Nesse sentido, o referido dispositivo constitucional previa que:

O ensino primario é obrigatorio e gratuito. **A gratuidade, porém não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não allegarem, ou notoriamente não puderem allegar escassez de recursos, uma contribuição modica e mensal para a caixa escolar**⁶⁶⁹. (negrito nosso).

Constata-se, desse modo, que a Constituição de 1937 mesclava dispositivos inquisitori-ais que restringiam os direitos individuais com outros, como o acima transcrito, que almejava a justiça social, a fim de que as famílias que tivessem condições financeiras contribuíssem para o custeio e manutenção das escolas públicas, sendo outra fonte de recursos para tais instituições, além das dotações orçamentárias. Não fazia, entretanto, referência à obrigatoriedade do ensino nem à gratuidade em outros níveis de ensino diversos do primário.

⁶⁶⁷ FISCHMANN, Roseli. *Escola Brasileira ...op.cit.*, p. 176.

⁶⁶⁸ A possibilidade de dissolução da Câmara dos Deputados era prevista no artigo 167.º, único, da Constituição de 1937, quando o Parlamento não aprovasse as medidas tomadas pelo Presidente no estado de emergência ou de guerra, nos seguintes termos: “*A Camara dos Deputados, si não approvar as medidas, promoverá a responsabilidade do Presidente da Republica, ficando a este salvo o direito de appellar da deliberação da Camara para o pronunciamento do paiz, mediante a dissolução da mesma e a realização de novas eleições*”.

⁶⁶⁹ PORTO, Walter Costa. *Constituições Brasileiras*. Vol. IV. 1937. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012, p. 84.



Visando formar o aluno dentro do espírito de disciplina e do respeito à ordem e às instituições, o art. 131.º da Constituição de 1937 declarou a obrigatoriedade da educação física, do ensino cívico e dos trabalhos manuais nas escolas primárias, secundárias e normais⁶⁷⁰.

A Constituição de 1937 fortaleceu a concentração da regulamentação da educação no âmbito do poder central, ao dispor que compete privativamente à União fixar as bases e determinar os quadros da educação nacional (artigo 15.º, IX). Previu, no artigo 125.º, que a educação dos filhos é dever e direito natural dos pais, cabendo ao Estado atuar como colaborador, suprimindo as deficiências e lacunas da educação particular. No artigo 128.º, assegurou que o ensino, a arte e a ciência são livres à iniciativa privada, sendo dever do Estado contribuir, direta ou indiretamente, para o seu estímulo e desenvolvimento.

Ademais, a Constituição de 1937 também consagrou expressamente no texto constitucional, em seu artigo 129.º, a noção de que o “*ensino prevocacional profissional destinado às classes menos favorecidas*”, ressaltando que “*é dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera da sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados*”⁶⁷¹.

Percebe, assim, que a estrutura educacional brasileira foi construída para reservar à classe hipossuficiente o ensino técnico-profissional, enquanto a elite nacional teria acesso à educação universitária, em especial os cursos de direito, medicina e engenharia.

A Constituição de 1946 garantiu a redemocratização do país e, em matéria de educação, a gratuidade e a obrigatoriedade foram asseguradas para o ensino primário. Em relação aos níveis de ensino subsequentes ao primário, a gratuidade era assegurada aos alunos carentes de recursos. Visando o desenvolvimento do ensino primário, estabeleceu a cooperação das empresas industriais, agrícolas e comerciais, obrigando-as a manter escolas para os seus funcionários e filhos, o que originaria, posteriormente, o salário educação⁶⁷².

A Emenda Constitucional n.º 1, de 17.10.1969⁶⁷³, auge do outro período ditatorial vivenciado no Brasil, agora comandado pelos militares, limitava a liberdade de comunicação de conhecimentos no exercício do magistério, pois expressamente ressaltava, em seu artigo 154.º,

⁶⁷⁰ FISCHMANN, Roseli. *Escola Brasileira ...op.cit.*, p. 178.

⁶⁷¹ PORTO, Walter Costa. *Constituições Brasileiras...op.cit.*, p. 84.

⁶⁷² FISCHMANN, Roseli. *Escola Brasileira ...op.cit.*, p. 180.

⁶⁷³ BRASIL. Constituição (1967). Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969. *Diário Oficial*, Brasília, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.



que o cometimento de abuso de direito individual ou político com o propósito de subversão do regime democrático ou de corrupção, importaria na suspensão daqueles direitos de dois a dez anos⁶⁷⁴.

A Constituição de 1988, ao redemocratizar o país e instituir o Estado Democrático de Direito, estabelece no artigo 6.º que a educação é um direito social, bem como dedica todo o capítulo III para tratar da educação, da cultura e do desporto, estabelecendo no artigo 205.º que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família. A educação alcança, em termos quantitativos e qualitativos, o máximo nível de regulação constitucional na atual Constituição brasileira⁶⁷⁵.

A Constituição brasileira de 1988 estabeleceu, expressamente, em seu art. 208.º, §1º, que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. Tal preceito visa concretizar o direito à educação, a ponto de afastar qualquer recusa do Estado em efetivá-lo nos graus iniciais referentes ao ensino fundamental⁶⁷⁶.

O inciso I do art. 208 da CRFB prevê que o ensino fundamental, obrigatório e gratuito é garantido também àqueles que não tiveram acesso na idade própria, assegurando uma educação de adultos inclusiva.

No inciso II do artigo 208 da CRFB, como leciona Romualdo Portela de Oliveira, retoma um aspecto importante do texto da Constituição de 1934, que aponta a perspectiva de “*progressiva extensão da gratuidade e obrigatoriedade do ensino médio*”⁶⁷⁷. Este dispositivo equilibrou o debate sobre esse nível de ensino para além da polaridade ensino propedêutico *versus* o profissional, buscando ampliar o período de gratuidade e obrigatoriedade, inserindo-o como parte do Direito à Educação⁶⁷⁸.

Em seguida, a Emenda Constitucional n.º 14/96⁶⁷⁹ alterou a redação do mencionado dispositivo, prevendo a “progressiva universalização” do ensino médio gratuito, a reforçar a ideia da

⁶⁷⁴ FISCHMANN, Roseli. *Escola Brasileira ...op.cit.*, p. 182.

⁶⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, p. 483

⁶⁷⁶ SOUSA, Eliane Ferreira de. *Direito à Educação: Requisito para o Desenvolvimento do País*. São Paulo, Saraiva, 2010, p. 30.

⁶⁷⁷ OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O Direito a Educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça. *Revista Brasileira de Educação*, Mai/Jun/Jul/Ago 1999, n.11, pp. 61-74, p. 62. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30315-31270-1-PB.pdf>. Acesso em 06 jul. 2013.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p. 62.

⁶⁷⁹ BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 14, de 12 de dezembro de 1996. Diário Oficial, Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc14.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.



gratuidade e obrigatoriedade desse nível de ensino, ao lado do ensino fundamental. Tanto que a Emenda Constitucional n.º 59/2009 alterou a redação do inciso I, do artigo 208 da CF/88 substituindo o termo “ensino fundamental” por “educação básica”, a qual é obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade e assegura, inclusive, a sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

Regulamentando a alteração constitucional, a Lei n.º 12.796/2013 alterou o art. 4º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n.º 9.394/96) prevendo, expressamente, que a educação básica obrigatória e gratuita compreende a pré-escola, o ensino fundamental e o ensino médio.

Por conseguinte, atualmente, o ordenamento constitucional brasileiro assegura o ensino médio, o ensino fundamental e o pré-escolar como obrigatórios e gratuitos, revestindo-os, nos termos do artigo 208.º, §1º da CRFB, de direito público subjetivo. O referido preceito é aplicável diretamente por força originária da Constituição (artigo 5.º, §1º, CRFB), isto é, independentemente da conformação da norma pelo legislador ordinário.

Disso decorre que, nestes graus iniciais da educação, o Estado brasileiro deve ofertar vaga aos alunos em instituição pública de ensino, desde os 4 (quatro) anos de idade, sob pena de acionamento do judiciário para a concretização desse direito fundamental no caso concreto. Ademais, o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Estado, ou sua oferta irregular, importa, conforme o §2º do artigo 208.º da CRFB, responsabilidade da autoridade competente.

1.2 Repartição de Competências sobre Educação no Federalismo Cooperativo Brasileiro

A definição da organização política-administrativa adotada pelo Estado é relevante para a fixação da competência de cada ente ou órgão e a delimitação da sua responsabilidade no âmbito educacional e nos diversos níveis de ensino. Necessário, portanto, tal como realizado no tópico 1.2 (Cap. II) em relação à Portugal, analisar essa estrutura para a compreensão de como se concretizam, agora no âmbito institucional do Estado brasileiro, as normas relacionadas à promoção da educação.



O Brasil é um Estado Federal⁶⁸⁰ composto pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal (artigo 1.º, CRFB), entes dotados de autonomia legislativa e administrativa conforme o modelo de repartição de competências delimitado pela Constituição.

Caracteriza-se, no magistério de Paulo Bonavides, por ser um *federalismo tridimensional*⁶⁸¹, no qual o município é considerado ente federado, ao lado do Estado federal (União) e dos Estados federados, o que se trata de uma inovação no constitucionalismo brasileiro realizada pela CRFB⁶⁸².

Diferentemente do que ocorreu no caso dos EUA, Alemanha e Suíça, que são Estados Federais que resultaram da agregação de Estados independentes e foram precedidos de uma confederação⁶⁸³, o caminho percorrido pelo Brasil, tal qual ocorreu com a Bélgica, foi o inverso, ou seja, houve a transformação de um Estado unitário em um Estado Federal⁶⁸⁴.

A especificidade do federalismo de três níveis brasileiro gera impacto na repartição de competências previsto na CRFB que adotou o *princípio da predominância do interesse*. Com base nesse parâmetro normativo⁶⁸⁵, as matérias e questões de predominante interesse geral e

⁶⁸⁰ CALVÃO, Filipa; CAMPOS, Manuel Fontaine; BOTELHO, Catarina Santos. *Introdução...op.cit.*, pp. 156-160 estabelecem as características essenciais do Estado Federal, quais sejam: a) dualismo de centros de decisão, no qual o Estado Federal em conjunto com os Estados federados possuem soberania, ao passo que os Estados federados individualmente considerados são dotados de autonomia administrativa e legislativa, consoante o sistema de repartição de competências estabelecido na Constituição; b) vinculação do Estado Federal a uma Constituição Federal, embora os Estados federados possam ter também a sua própria Constituição; c) incidência do princípio da especialidade, isto é, em regra, as competências do Estado Federal são atribuídas pela Constituição, cabendo as restantes aos Estados federados, bem como aplicação do princípio da prevalência do Direito federal sobre o Direito federado; d) participação dos Estados federados em determinados órgãos do Estado federal exercendo um poder de controle sobre a política e a legislação federal.

⁶⁸¹ Expressão usada por BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 356.

⁶⁸² Nas constituições brasileiras anteriores, apesar dos municípios possuírem governo e competências próprias, cabia aos Estados o poder de criá-los e organizá-los. Diversamente, o artigo 29.º da CRFB assegura aos municípios o poder de auto-organização, embora não seja por meio de uma Constituição, mas, sim, de uma Lei Orgânica, a qual deve ser elaborada em conformidade com os princípios estabelecidos na CRFB e na Constituição do respectivo Estado. A este respeito, vide BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do estado federal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 55-56.

⁶⁸³ CALVÃO, Filipa; CAMPOS, Manuel Fontaine; BOTELHO, Catarina Santos. *Introdução...op.cit.*, p. 157, destacam que as confederações não são Estados, mas associações de Estados, que não possuem poderes soberanos, pois estes permanecem a cargo dos Estados-membros e configuram-se como um estágio intermediário de evolução entre a total independência de certos Estados e a sua junção num Estado Federal, como ocorreu nos casos americano, suíço, alemão e argentino, ou num Estado Unitário, como sucedeu com a Holanda.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, pp. 156-157.

⁶⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, pp. 682-683, ressaltam que o princípio da preponderância do interesse configura-se mais um *parâmetro normativo* para a compreensão do sistema de repartição de competências adotado pela CRFB do que propriamente um critério absoluto, pois há *zonas de imbricação*, nas quais não haveria preponderância, mas, sim, equivalência de interesses, ao menos em termos tendenciais, para mais de um Estado ou municípios.



nacional são de atribuição da União, enquanto poder central, diversamente, no caso de prevalência de interesse regional a responsabilidade será dos estados e, por fim, tratando-se de assunto de interesse local aos municípios⁶⁸⁶.

O Distrito Federal, onde situa-se a Capital Federal (Brasília), também integra a federação como entidade autônoma e com poderes administrativos, legislativos e de governo próprios. Entretanto, tem especificidades que o diferencia dos estados, pelo fato de ser vedada a sua divisão em municípios (artigo 32.º, caput, CRFB), razão pela qual lhe foram reservadas as competências de caráter regional e local (artigo 32.º, §1º, CRFB).

O modelo brasileiro, pautado na predominância de interesse, trata-se, ao fim e ao cabo, de especial técnica legislativa *concorrente*, definindo-se um sistema *vertical* de repartição de competências na qual a mesma matéria legislativa é distribuída entre os diversos entes federados, cabendo à União traçar as normas *gerais* a serem observados pelos demais entes federados (artigo 24.º, §1º, CRFB)⁶⁸⁷.

No âmbito da competência concorrente, a atribuição da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados (artigo 24.º, §2.º, CRFB). Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (artigo 24.º, §3.º, CRFB), entretanto, a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (artigo 24.º, §4.º, CRFB).

Noutro giro, a CRFB elenca campos específicos de competências administrativas (artigo 21.º, CRFB) e legislativas privativas da União (artigo 22.º, CRFB) e demarca as fronteiras normativas típicas do Estado Federal. Estabelece, desse modo, uma repartição *horizontal* de competências, não obstante estas últimas possam ser alvo de delegação aos estados sobre questão específica (artigo 22.º, § único, CRFB)⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 42ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 480.

⁶⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, p. 682.

⁶⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, pp. 682-683.



Some-se a isso o fato de a CRFB disciplinar, ainda, um rol de competências legislativas *comuns* entre União, estados e municípios (artigo 23.º CRFB), no qual todos os entes podem atuar, almejando estabelecer um *federalismo cooperativo*⁶⁸⁹.

Dentro desse complexo sistema de repartição de competências legislativas privativas, concorrentes e comuns instituído pela CRFB, é da competência legislativa *privativa* da União legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional (artigo 22.º, XXIV, CRFB), o que foi realizado por meio da publicação da Lei n.º 9.394/1996⁶⁹⁰, que é a atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional brasileira, que revogou a anterior Lei n.º 4.024/1961⁶⁹¹ que tratava sobre a matéria.

Por sua vez, o artigo 24.º, IX da CRFB estabelece que se trata de competência *concorrente* da União legislar sobre educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação. Disso resulta, como destacado, que à União compete editar as leis gerais sobre educação e ensino, ao passo que os Estados podem legislar sobre a matéria de forma a suplementar a lei federal, a fim de atender as suas peculiaridades regionais, bem como os municípios em razão das suas especificidades locais.

Noutro pórtico, reveste-se de competência material *comum* da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação (artigo 23.º, V, CRFB), o que busca ressaltar o já destacado caráter cooperativo do federalismo brasileiro. Desse modo, no âmbito administrativo, todos os entes federados têm competência para atuar em prol do desenvolvimento da educação.

A fim de definir, com precisão, os campos de atuação dos entes federados, a CRFB proclama no artigo 211.º, *caput*, que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios

⁶⁸⁹ Ingo Sarlet, sobre o tema, in SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, pp. 663 e 666, sustenta que, além de tal expressão representar um pleonasma, pois todo Estado Federal é de algum modo cooperativo, no caso brasileiro, essa intenção do legislador constituinte originário ainda está longe de se concretizar. Isso porque, conforme o mencionado autor, embora esse modelo cooperativo tenha se verificado de forma esparsa no Brasil, como em matéria ambiental, o artigo 23.º, parágrafo único da CRFB, cuja redação original previa que lei complementar fixaria as normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional, passados mais de 30 anos de sua promulgação, até hoje não foi elaborada.

⁶⁹⁰ BRASIL. Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996. *Diário Oficial*, Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁶⁹¹ BRASIL. Lei n.º 4.024, de 20 de dezembro de 1961. *Diário Oficial*, Brasília, 1961. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4024.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.



organizarão, em regime de colaboração, seus sistemas de ensino, de forma a assegurar a universalização, a qualidade e a equidade do ensino obrigatório (artigo 211.º, §4º, CRFB).

O artigo 211.º, §1º, da CRFB preceitua que compete à União organizar o sistema federal de ensino e o dos Territórios⁶⁹², bem como financiar as instituições de ensino públicas federais. Por sua vez, os municípios desempenham suas atribuições prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (artigo 211.º, §2º, CRFB), enquanto os Estados e o Distrito Federal atuam prioritariamente no ensino fundamental e médio (artigo 211.º, §3º, CRFB). A educação básica pública, que engloba o ensino pré-escolar, fundamental e médio (artigo 4.º, Lei 9.394/96) atenderá prioritariamente ao ensino regular (artigo 211.º, §5º, CRFB).

Nesse cenário de distribuição de competências em matéria de educação entre os entes federados, o §1º do artigo 211.º da CRFB estabelece que a União tem a *função redistributiva e supletiva* com vistas a garantir a equalização de oportunidades educacionais e o padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios, principalmente aos mais carentes.

Essa função redistributiva significa que os entes federados, na esfera das suas competências em matéria de ensino, devem desenvolver ações públicas de forma equitativa para alocar um volume maior de recursos nas instituições públicas que estão mais necessitadas⁶⁹³. Apesar de todos os entes federados poderem exercer essa atribuição em relação às suas escolas (artigo 211.º, §6º, CRFB), cabe à União a coordenação da política nacional de educação, exercendo a função redistributiva em relação às demais instâncias educacionais (artigo 8.º, §1º, Lei n.º 9.394/96).

Nessa toada, a ação redistributiva visa, por meio de repasse de recursos federais aos estados e municípios mais carentes, a progressiva correção das disparidades de acesso e garantir o padrão mínimo de qualidade de ensino (artigo 75.º, Lei n.º 9.394/96). Isso é desenvolvido por

⁶⁹² Os Territórios Federais não são entes federados, pois, nos termos do artigo 18.º, da CRFB, integram a União e a sua criação, transformação em Estado ou reintegração ao Estado de origem serão regulados em lei complementar. Embora não seja ente federado, cada Território elegerá 4 (quatro) deputados (artigo 45.º, §2º, CRFB), e, caso tenha mais cem mil habitantes, além do Governador, que será nomeado na forma da Constituição, haverá órgãos judiciários de primeira e segunda instância, membros do Ministério Público e defensores públicos federais e a lei disporá sobre as eleições para a Câmara Territorial e sua competência deliberativa. Atualmente, não há nenhum Território Federal no Brasil.

⁶⁹³ FARENZENA, Nalú. Políticas de Assistência Financeira da União no Marco das Responsabilidades (Inter) Governamentais em Educação Básica. *ANPED/ GT 5 (Estado e Políticas Educacionais)*, Intercâmbio: “Federalismo e Políticas educacionais na efetivação do direito à educação no Brasil”, Curitiba, 2010, pp. 01-02. Disponível em <http://www.gt5.ufpr.br/2010/anais/comunica/mesa1/Nalu%20Farenzena.pdf>. Acesso em 05 jan. 2021.



meio do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais de Educação (FUNDEB)⁶⁹⁴, que prevê, como referência, o Custo Aluno Qualidade (artigo 211.º, §7º, CRFB), que servirá como parâmetro para aferir o valor que será transferido pela União aos estados e municípios para o desenvolvimento da educação.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/96) detalha a organização do sistema de ensino e especifica as competências atribuídas a cada ente federado no âmbito da educação. A União, nos termos do artigo 9.º da Lei 9.394/96, incumbir-se-á das seguintes atribuições:

- I - elaborar o Plano Nacional de Educação, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- II - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais do sistema federal de ensino e o dos Territórios;
- III - prestar assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o desenvolvimento de seus sistemas de ensino e o atendimento prioritário à escolaridade obrigatória, exercendo sua função redistributiva e supletiva;
- IV - estabelecer, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, competências e diretrizes para a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, que nortearão os currículos e seus conteúdos mínimos, de modo a assegurar formação básica comum;
- IV-A - estabelecer, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, diretrizes e procedimentos para identificação, cadastramento e atendimento, na educação básica e na educação superior, de alunos com altas habilidades ou superdotação;
- V - coletar, analisar e disseminar informações sobre a educação;
- VI - assegurar processo nacional de avaliação do rendimento escolar no ensino fundamental, médio e superior, em colaboração com os sistemas de ensino, objetivando a definição de prioridades e a melhoria da qualidade do ensino;
- VII - baixar normas gerais sobre cursos de graduação e pós-graduação;
- VIII - assegurar processo nacional de avaliação das instituições de educação superior, com a cooperação dos sistemas que tiverem responsabilidade sobre este nível de ensino;
- IX - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino.

Por sua vez, o artigo 10.º da Lei 9.394/96 especifica as competências a cargo dos estados em matéria educacional, nos seguintes termos:

- I - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino;
- II - definir, com os Municípios, formas de colaboração na oferta do ensino fundamental, as quais devem assegurar a distribuição proporcional das responsabilidades, de

⁶⁹⁴ O FUNDEB está previsto no artigo 212-A da CRFB, com as modificações realizadas pela Emenda Constitucional n.º 108, de 26 de agosto de 2020. *Diário Oficial*, Brasília, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc108.htm. Acesso em: 10 jan. 2021. Os recursos do mencionado fundo serão distribuídos entre cada Estado e seus Municípios proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica matriculados nas respectivas redes públicas de ensino.



acordo com a população a ser atendida e os recursos financeiros disponíveis em cada uma dessas esferas do Poder Público;

III - elaborar e executar políticas e planos educacionais, em consonância com as diretrizes e planos nacionais de educação, integrando e coordenando as suas ações e as dos seus Municípios;

V - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino;

V - baixar normas complementares para o seu sistema de ensino;

VI - assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio a todos que o demandarem, respeitado o disposto no art. 38 desta Lei;

VII - assumir o transporte escolar dos alunos da rede estadual

Enfim, o artigo 11.º da Lei 9.394/96 define as competências dos municípios no âmbito do ensino, quais sejam:

I - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino, integrando-os às políticas e planos educacionais da União e dos Estados;

II - exercer ação redistributiva em relação às suas escolas;

III - baixar normas complementares para o seu sistema de ensino;

IV - autorizar, credenciar e supervisionar os estabelecimentos do seu sistema de ensino;

V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.

VI - assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal.

Constata-se, por meio dessa distribuição de competências em matéria educacional que, no Brasil, a União concentra o maior número de atribuições, sendo a responsável por garantir o equânime repasse de recursos aos demais entes federados, nos termos da sua função redistributiva e supletiva. Disso resulta que muitos estados e municípios, em especial os mais carentes, são extremamente dependentes das verbas transferidas pelo poder central para o desenvolvimento da educação em âmbito regional e local.

1.3 Regime Normativo-Constitucional do Direito Fundamental Social à Educação no Brasil

A educação é regulamentada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 com destaque e relevância, pois foi guindada pelo legislador constituinte originário ao nível dos direitos fundamentais⁶⁹⁵.

⁶⁹⁵ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 785.



As constituições estrangeiras que mais influenciaram a CRFB sobre a educação foram as Constituições da Itália de 1947, da Espanha de 1978 e a de Portugal de 1976, esta última após a primeira revisão constitucional datada de 1982⁶⁹⁶.

Entretanto, apesar da influência portuguesa, a educação é disciplinada na CRFB de forma diversa da prevista na CRP. Isso porque, conforme analisado no tópico 1.3 (Cap. II), a ordem constitucional lusitana sistematiza os direitos fundamentais em regimes normativos diferentes, de um lado os direitos, liberdades e garantias e do outro os direitos sociais, econômicos e culturais, embora, como destacado, não se trate de uma sistematização rígida, mas flexível.

Disso decorre que, no tocante à educação, como também abordado nos tópicos 2 e 3 (Cap. II), a CRP a contempla tanto no Título II quanto no Título III da parte I e, em razão do seu caráter polissêmico, existem preceitos cujo conteúdo submetem-se ao regime dos direitos, liberdades e garantias e outros ao dos direitos sociais, econômicos e culturais.

A CRFB, diversamente, não faz essa distinção entre o regime jurídico a ser adotado a depender do tipo de direito fundamental, pois trata tanto os direitos individuais de liberdade quanto os sociais de forma conjunta no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Ingo Sarlet, sobre o tema, afirma que “*a Constituição brasileira, diversamente da portuguesa, não traça qualquer diferença entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais, inclusive no que diz com eventual primazia dos primeiros sobre os segundos*”⁶⁹⁷.

Esse também é a magistério de Luís Roberto Barroso, ao lecionar que “*a Constituição brasileira não faz qualquer distinção quanto à natureza do direito – se individual, político, social ou difuso*”⁶⁹⁸. Ressalta o referido constitucionalista brasileiro, que “*nisso, ela difere de outras, como a alemã – que sequer prevê direitos sociais –, a portuguesa e a espanhola, que expressamente instituem tratamento diverso para os direitos de índole liberal e os sociais*”⁶⁹⁹.

Por conseguinte, a arquitetura constitucional brasileira aponta para a existência de *unidade de regime normativo* entre todos os direitos fundamentais, em contraposição à dualidade existente no sistema constitucional português.

⁶⁹⁶ LELLIS, Lélío Maximino. O direito fundamental à educação configurado pelos princípios do ensino. *Caderno de Direito*, v.13 (25), 2013, pp.103-131, p. 107.

⁶⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”...op.cit.*, p. 92.

⁶⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...op.cit.*, p. 540.

⁶⁹⁹ *Ibid.*



Por conseguinte, no Brasil, todos os direitos fundamentais, tanto os de liberdade quanto os sociais, além de possuírem idêntico valor, são submetidos ao mesmo regime jurídico reforçado assegurado pela CRFB, embora a especificação do conteúdo de muitos direitos sociais seja feita em outros locais no texto constitucional (fora do Título II), como a educação, que é realizada no Título VIII (Da Ordem Social).

O artigo 5.º, §1º da CRFB consagra o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais ao estabelecer que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. O referido dispositivo, conforme Flávia Piovesan, teve inspiração no direito alemão (artigo 1.º da Lei Fundamental de 1949), no direito português (artigo 18.º da CRP) e no direito espanhol (artigo 9.º da Constituição espanhola de 1978)⁷⁰⁰.

A aplicabilidade direta, consoante ressaltado no tópico 1.3 (Cap. II), refere-se à relação que se estabelece entre a norma constitucional e o Estado (e até mesmo com os particulares) que são vinculados à sua aplicação no caso concreto por força originária dos preceitos insculpidos na Constituição⁷⁰¹, isto é, independentemente da atuação do legislador infraconstitucional.

No entanto, conforme também destacado no referido tópico, no qual fora examinado a estrutura das normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais na CRP, não se pode desconsiderar, que também na CRFB, determinados direitos sociais não possuem determinabilidade constitucional.

Essa específica estrutura da norma que consagra determinados direitos sociais, a qual Luís Roberto Barroso denomina ser de *menor detalhamento constitucional*, embora possa reduzir – mas não eliminar⁷⁰² – o espaço para pretensões subjetivas individuais de prestações positivas⁷⁰³, tem a aptidão de gerar diversos graus de eficácia, a depender do seu conteúdo.

⁷⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional...* op.cit., p. 87.

⁷⁰¹ MIRANDA, Jorge; SILVA, Jorge Pereira da. Artigo 18.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...* op.cit., p. 320.

⁷⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...* op.cit., pp. 290-291, ressalta que a indeterminabilidade relativa da norma consagradora de direitos sociais ao nível constitucional não impede a intervenção judicial e o reconhecimento mesmo de direitos subjetivos a prestações, não obstante reconhecer a existência de problemas específicos relacionados à sua justiciabilidade.

⁷⁰³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional...* op.cit., pp. 540-541.



Dito de outra forma, a aplicabilidade direta das normas constitucionais que consagram direitos fundamentais sociais, embora possam não resultar em direito subjetivo imediatamente exigível por força originária da Constituição, é assegurada na exata medida da eficácia dos seus preceitos⁷⁰⁴.

Nessa toada, na precisa lição de Ingo Sarlet, o artigo 5.º, §1º da CRFB não tem o condão de transformar dispositivos constitucionais de baixa densidade normativa e de conteúdo incompleto e indeterminado em direitos subjetivos imediatamente exigíveis por força originária da Constituição, necessitando, para tanto, do legítimo poder de conformação da norma pelo legislador ordinário, na medida em que “*não há como contrariar a natureza das coisas*”⁷⁰⁵.

Isso, entretanto, na visão do referido autor, não significa que a norma constitucional que veicula direito social não tenha aplicabilidade direta, mas apenas que não assegura, por si só, e independentemente da atuação do legislador, direitos subjetivos a prestação para titulares específicos, o que não impede, contudo, que produza outros tipos de efeitos jurídicos no ordenamento.

Em outras palavras, a aplicabilidade direta das normas constitucionais que veiculam direitos sociais representa a sua aptidão de produzir efeitos por força originária da Constituição, que não se esgota na delimitação de direitos subjetivos a prestações específicas para titulares determinados, pois seus preceitos podem gerar outros tipos de eficácia, tais como: *a)* parâmetro para o controle de constitucionalidade das normas, que não podem contrariar suas disposições; *b)* deveres especiais de proteção, relacionados à salvaguarda dos bens jurídicos considerados essenciais e prioritários pela Constituição; *c)* critério interpretativo das demais normas, conduzindo o interprete a adotar o sentido que esteja em consonância com seus preceitos; *d)* moldar certa capacidade de resistência do direito social contra restrições supervenientes à sua concretização, embora variável em intensidade⁷⁰⁶.

Por outro lado, não se pode desconsiderar que, com base nas lições de Gilmar Mendes, por funcionar como limitador à sua eficácia, a reserva do possível⁷⁰⁷ constitui-se, quanto à natureza jurídica, em *elemento externo* à estrutura dos direitos fundamentais⁷⁰⁸.

⁷⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...op.cit.*, pp. 290-291. Vide, ainda, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...op.cit.*, p. 540.

⁷⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...op.cit.*, pp. 268-269.

⁷⁰⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, pp. 357-358.

⁷⁰⁷ O tema da reserva do possível foi abordado no tópico 1.4 do Cap. V.

⁷⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 553.



Desse modo, as condicionantes extrajurídicas referentes às dimensões fática, política, econômica e social devem também ser levadas em consideração para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, que são avaliadas pelo legislador ordinário no exercício do seu legítimo e democrático poder de conformação da norma constitucional⁷⁰⁹.

Nesse contexto, imperioso se compatibilizar a unidade de tratamento jurídico conferido pelo sistema constitucional brasileiro aos direitos de liberdade e sociais, notadamente os de cunho prestacional, com o princípio da alternância democrática e o da conformação da norma pelo legislador ordinário, que lhe assegura certa margem de discricionariedade na sua concretização. Com esse viés, o posicionamento de Ingo Sarlet utiliza-se da doutrina de Dworkin e Alexy para sustentar ser o referido artigo 5.º, §1º da CRFB, quando à sua estrutura normativa, um princípio constitucional e não uma regra⁷¹⁰.

Nessa perspectiva, a aplicação do referido dispositivo constitucional deve ser feita como um *mandamento de otimização (ou maximização)*, a gerar nos órgãos públicos a tarefa de reconhecer a maior eficácia possível de seus preceitos, atento às circunstâncias fáticas, políticas e econômicas da realidade social, e não de acordo com uma lógica do *tudo ou nada*⁷¹¹.

Percebe-se, então, que o fato da arquitetura constitucional brasileira, diferentemente da portuguesa, não estabelecer regimes jurídicos diversos entre os direitos de liberdade e os sociais não impede, no magistério de Ingo Sarlet, que “*dentre os direitos fundamentais não possam existir distinções no que concerne à graduação dessa aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha*”⁷¹².

Destarte, nessa concepção, o artigo 5.º, §1º, da CRFB reconhece a possibilidade de que mesmo preceitos constitucionais de baixa determinabilidade consagradores de direitos sociais tenham aplicabilidade direta, mas, contudo, na exata medida da sua eficácia.

Aqui parece residir uma diferença substancial do ordenamento brasileiro em relação à estrutura constitucional adotada em Portugal. Conforme destacado no tópico 1.3 (Cap. II), parte da doutrina lusitana, tal como Manuel Vaz, considera que a determinabilidade constitucional é pressuposto para a sua aplicabilidade direta, isto é, só incide esta quando aquela o permitir, em

⁷⁰⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 372.

⁷¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 270.

⁷¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 270, bem como PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional...op.cit.*, pp. 87-88.

⁷¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 272.



outras palavras, nessa concepção, não há aplicabilidade direta quando a estrutura e a natureza da norma revelar conteúdo não determinável constitucionalmente⁷¹³.

Esse posicionamento, referente ao aspecto estrutural da norma constitucional que veicula o direito fundamental, serve de fundamentação para a adoção, em Portugal, do regime dos direitos sociais diverso do aplicado aos direitos de liberdade. Justifica-se essa distinção normativa, sob o argumento de que os direitos sociais são, em regra, consagrados na Constituição através de preceitos gerais e indeterminados, razão pela qual não teriam aplicabilidade direta, necessitando da conformação do legislador para concretizá-los, isto é, para gerar direitos subjetivos imediatamente exigíveis a titulares determinados.

Diversamente, no Brasil, ao se estabelecer o mesmo regime normativo reforçado incidente tanto sobre os direitos de liberdade quanto os sociais, assegura-se, assim, a aplicabilidade direta a ambos, ainda que a norma que os prevejam seja de baixa determinabilidade, ou seja, mesmo que não identifique de forma precisa seu conteúdo, requisitos nem os seus beneficiários.

No entanto, o reconhecimento, no ordenamento brasileiro, da aplicabilidade direta às normas constitucionais de baixa determinabilidade que dispõe sobre direitos sociais não impede o legítimo – e necessário – poder de conformação da norma pelo legislador ordinário. Este possui a competência de ponderar as condicionantes fáticas, jurídicas, sociais, políticas e orçamentárias e definir os *meios* adequados para a concretização dos *fins* previstos na Constituição, concretizando o direito subjetivo e tornando-o exigível.

Por outro lado, a CRFB assegura que as normas constitucionais consagradoras de direitos sociais, ainda que de baixa determinabilidade, possuem juridicidade, apesar de com graus de eficácia diversos, a depender do bem jurídico positivado, da sua relevância, prioridade e função que exerce no sistema constitucional.

Desse modo, garante-se a imprescindível atuação legislativa infraconstitucional para concretizar o direito social previsto na Constituição, delimitando o seu conteúdo, estabelecendo os seus requisitos, as condições de exigibilidade e definindo os seus titulares. Noutro pórtico, firma-se a juridicidade das normas constitucionais que veiculam direitos sociais, ainda que de baixa determinabilidade, por força originária da Constituição, isto é, independentemente da

⁷¹³ VAZ, Manuel Afonso, *Lei e Reserva da Lei...op.cit.*, p. 367. Nesse sentido, também é o entendimento de MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Artigo 17.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 304.



atividade do legislador, embora com graus de eficácia diversos, conduzindo, assim, à maximização da proteção dos direitos fundamentais.

O regime jurídico reforçado dos direitos fundamentais, no modelo constitucional brasileira, além da aplicabilidade direta dos seus preceitos (artigo 5.º, §1º, CRFB), engloba também o limite material ao poder de emenda do legislador constituinte derivado, enquadrando-se como cláusula pétrea (artigo 60.º, §4º, IV, CRFB).

Nesse âmbito, questão constitucional relevante diz respeito à inclusão (ou não) dos direitos sociais como limites materiais ao poder de emenda do legislador constituinte reformador. Porquanto, o artigo 60.º, §4º, IV, da CRFB estabelece que não serão objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir os “*direitos e garantias individuais*”, não mencionando, expressamente, os direitos sociais (coletivos), mas somente os direitos individuais.

Novamente, invoca-se o magistério de Ingo Sarlet, o qual sustenta que a interpretação literal e reducionista, nesse caso, não é a melhor solução, mas a sistemática e a teleológica, a fim de se resguardar a identidade constitucional brasileira, que é direcionada para a proteção dos direitos fundamentais⁷¹⁴.

Sustenta o referido constitucionalista que, sob pena de grave desconfiguração da própria função das cláusulas pétreas, que é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, o artigo 60.º, §4º, IV, da CRFB também se aplica aos direitos sociais (coletivos), bem como aos políticos e aos de nacionalidade e não apenas aos individuais⁷¹⁵.

Nesse sentido, o STF entendeu que, na estrutura constitucional brasileira, esse tratamento jurídico reforçado aplica-se tanto aos direitos de liberdade quanto aos sociais, ainda que não estejam localizados topograficamente nos dispositivos inseridos no Título II da CRFB, conforme julgamento na ADI n.º 939 (Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18.03.94)⁷¹⁶ e na ADI n.º 3.685 (Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 10.08.2006)⁷¹⁷.

⁷¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas...op.cit.*, p. 96.

⁷¹⁵ *Ibid.*, bem como BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...op.cit.*, p. 193.

⁷¹⁶ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266590>. Acesso em 15 jan. 2018.

⁷¹⁷ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397>. Acesso em 10 jan. 2018.



Reconheceu-se, nos mencionados acórdãos, que tanto o artigo 150.º, III, *b*, da CRFB⁷¹⁸ (princípio da anterioridade tributária) quanto o artigo 16.º da CRFB⁷¹⁹ (princípio da anterioridade da lei eleitoral), ainda que fora do Título II, expressam, respectivamente, garantias fundamentais do contribuinte e do cidadão-eleitor, submetendo-se, portanto, ao respectivo regime diferenciado, tratando-se de limites materiais de emenda oponíveis à atividade do legislador constituinte derivado.

Assegura-se, assim, a fundamentalidade dos direitos políticos, de nacionalidade e sociais, ainda que topograficamente inseridos em dispositivos não incluídos no Título II da CRFB ou que sejam previstos apenas nos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte⁷²⁰.

Ingo Sarlet, ainda sobre o tema, sustenta que os direitos fundamentais consagrados na Constituição brasileira (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva⁷²¹.

Esse posicionamento não representa uma fossilização (ou galvanização) da Constituição, porquanto não implica na impossibilidade de modificação superveniente, ainda que de cunho restritivo, do direito social concretizado. Isso porque, o já destacado poder de conformação do legislador pode resultar em eventual revisibilidade das opções político-legislativas, ainda que no tocante aos direitos e garantias fundamentais, o que é inerente ao princípio da alternância democrática⁷²².

Contudo, seu efeito é o de impedir a adoção de medidas pelo legislador, seja o derivado ou o infraconstitucional, que impliquem na abolição do direito social, isto é, a sua supressão do rol dos direitos fundamentais previstos pelo constituinte originário⁷²³.

Apesar das diferenças estruturais entre a CRP e a CRFB no tocante ao regime jurídico aplicável aos direitos de liberdade e os sociais, ambas preceituam a cláusula aberta dos direitos

⁷¹⁸ A norma preceitua que “*sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou*”.

⁷¹⁹ O dispositivo estabelece que “*a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência*”.

⁷²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 262; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...op.cit.*, p. 193, bem como PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional...op.cit.*, pp. 87-88.

⁷²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas...op.cit.*, p. 93.

⁷²² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 372.

⁷²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas...op.cit.*, p. 96.



fundamentais, consagrando a sua atipicidade. Valoriza-se, assim, o aspecto material da norma, isto é, a relação do seu conteúdo com a proteção dos direitos fundamentais, em detrimento do seu aspecto formal, ou seja, ainda que não previsto expressamente no texto constitucional.

Nesse sentido, no Brasil, *“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”* (artigo 5.º, §2º, CRFB). Dispositivo semelhante é previsto no artigo 16.º, n.º 1, CRP, abordado no tópico 1.3 (Cap. II).

Em suma, o regime normativo reforçado dos direitos fundamentais na estrutura constitucional brasileira incide tanto aos direitos de liberdade quanto aos sociais, assegurando-lhes os seguintes traços característicos: *a)* aplicabilidade direta por força dos preceitos constitucionais, embora variável em graus de eficácia, independentemente da atuação do legislador ordinário, nos termos do artigo 5.º, §1º da CRFB, caracterizado, quanto à estrutura normativa, na acepção de princípio e não como regra; *b)* limitação ao poder de emenda do legislador constituinte derivado, revestindo-se de cláusulas pétreas (artigo 60.º, §4º, IV, CRFB) não somente os direitos individuais, mas também os sociais, os políticos e os de nacionalidade; *c)* cláusula aberta e atipicidade da sua identificação (artigo 5.º, §2º, CRFB); *d)* vinculação às entidades públicas e privadas; *e)* proibição de restrições desproporcionais que afetem o seu núcleo essencial e o mínimo existencial inerente à dignidade da pessoa humana.

Nesse cenário normativo, a educação é prevista na ordem constitucional brasileira, inicialmente, no artigo 6.º da CRFB, inserido no Capítulo II (Dos Direitos Sociais) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Todavia, nesse dispositivo, a educação é tão somente consagrada no rol dos direitos sociais, pois a sua regulamentação, de forma específica e detalhada, ocorre nos artigos 205.º a 214.º da CRFB, que corresponde à Seção I (Da Educação), do Capítulo III (Da Educação, da Cultura e do Desporto), do Título VIII (Da Ordem Social).

Jorge Miranda adverte que, tanto na CRP quanto na CRFB, a matéria da educação necessita *“ser compreendida na base de suas distinções: entre educação em geral e educação escolar ou ensino e entre o tratamento no quadro dos direitos de liberdade e o tratamento no quadro dos direitos sociais”*⁷²⁴. Aponta o mencionado constitucionalista português que as

⁷²⁴ MIRANDA, Jorge. *Introdução ao Direito à Educação...op.cit.*, p. 11.



referidas constituições o fazem de modo bem diverso, em razão, como já ressaltado, da diferente sistemática que instituem no tocante ao regime atribuído aos direitos fundamentais⁷²⁵.

Apesar da CRFB não adotar a dualidade dos regimes incidentes sobre os direitos fundamentais realizada pela CRP, as múltiplas posições jurídicas resultantes do direito à educação possuem conteúdos parecidos entre os dois ordenamentos.

Isso porque, ainda nas lições de Jorge Miranda, as finalidades da educação em ambas as Constituições “*são muito próximas, com um ou outro acento tônico diferente*”⁷²⁶. Essa proximidade entre as Constituições brasileira e portuguesa ocorre porque em ambas o direito à educação *lato sensu*, conforme ressaltado no tópico 1 (Cap. I), possui vasto alcance e múltiplas acepções, revestindo-se em *direito complexo*⁷²⁷ e polissêmico.

Porquanto, materializam-se, tanto no ordenamento brasileiro quanto no lusitano, múltiplas posições jurídicas derivadas do direito à educação, dentre as quais algumas estão relacionadas com os direitos de liberdade (como o direito de ensinar e aprender), sobressaindo o caráter de defesa (não intromissão), razão pela qual são intitulados de *liberdades sociais*⁷²⁸.

Diversamente, em outras situações, prevalece nas normas constitucionais que versam sobre educação o caráter prestacional e principal dos direitos sociais propriamente dito (como o dever estatal de assegurar vaga em escolas públicas do ensino fundamental)⁷²⁹.

Disso resulta que na Constituição brasileira de 1988, o direito à educação, tomado no sentido *lato sensu*, tal qual ocorre na ordem constitucional portuguesa, pode ser decomposto em diversas relações jurídicas com estrutura normativa e eficácias diversas.

Necessário, então, tal qual realizado no âmbito da Constituição portuguesa, analisar os dispositivos constitucionais da educação previstos na CRFB, a fim de delimitar o conteúdo e o alcance dos seus preceitos.

⁷²⁵ MIRANDA, Jorge. *Introdução ao Direito à Educação...op.cit.*, p. 11.

⁷²⁶ MIRANDA, Jorge. *Introdução ao Direito à Educação...op.cit.*, p. 12.

⁷²⁷ Expressão usada por MIRANDA, Jorge. *Direitos Sociais e Propinas...op.cit.*, p. 210 e em MIRANDA, Jorge. Artigo 74.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 1.416. Na doutrina brasileira, vide SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, p. 483, que consideram a educação como um *complexo de deveres e direitos*.

⁷²⁸ As liberdades sociais referem-se aos direitos sociais não prestacionais que, na estrutura da ordem constitucional portuguesa, podem ser considerados como direitos fundamentais análogos, conforme analisado no tópico 1.3 (Cap. II). Nesse sentido, vide SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas...op.cit.*, p. 91.

⁷²⁹ Sobre o tema, SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, p. 485.



2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO ENSINO NO BRASIL

Os princípios constitucionais enunciados no artigo 206.º da CF/88 são alicerces e pressupostos de validade das políticas públicas educacionais elaboradas a nível nacional, estadual ou municipal, abrangendo todos os graus de ensino. Tratam-se de genuínos postulados constitucionais configuradores do núcleo axiológico e norteador do sistema de ensino brasileiro⁷³⁰.

Tais princípios visam, portanto, definir a lógica e a racionalidade da estrutura normativa relacionada à educação no Brasil, a fim de assegurar a sua conformidade com os preceitos constitucionais. Funcionam, também, como critério hermenêutico ao intérprete para a exata compreensão e inteligência das normas que versam sobre o direito à educação⁷³¹.

Ademais, embora sejam expressamente tratados como princípios, assumem, *de per se*, a condição de autênticos *direitos fundamentais*, como, por exemplo, a liberdade de ensino, prevista no artigo 206.º, II, CRFB, demonstrando a íntima conexão entre os direitos sociais e os de defesa⁷³².

O texto constitucional enumera 8 (oito) princípios relacionados à educação, que envolvem desde o ensino fundamental até o acesso às instituições de ensino superior, comentados nos tópicos seguintes.

2.1 Igualdade de Condições para o Acesso e Permanência na Escola

O artigo 206.º, I, da CRFB estabelece o Princípio da Igualdade de Condições para o Acesso e Permanência na Escola e significa, no âmbito *formal*, que todos os brasileiros têm o direito de concorrer a uma vaga em uma instituição de ensino em igualdade de condições de acesso entre si⁷³³.

⁷³⁰ Conforme decidido pelo STF no RE n.º 500.171, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13 de agosto de 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 24 de outubro de 2008, Brasília, 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557455>. Acesso em 20 abril 2021.

⁷³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 230.

⁷³² SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, p. 485.

⁷³³ LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos. *Direito à Educação...op.cit.*, p. 52.



Seu conteúdo é similar ao artigo 74.º, n.º 1, da CRP, abordado no tópico 3.2 (Cap. II), de modo que apesar da CRFB o retratar como um princípio, trata-se, em verdade, de um *direito fundamental* que integra o âmbito de proteção da isonomia⁷³⁴.

Por conseguinte, enseja a incidência do regime normativo reforçado estabelecido pela CRFB, ou seja, implica no direito subjetivo de não discriminação na elaboração de requisitos de acesso às instituições de ensino decorrente da aplicação direta da Constituição (artigo 5.º, §1º, CRFB), independente da atuação do legislador, bem como obsta o poder reformador do legislador constituinte derivado (artigo 60.º, §4º, IV, CRFB).

Em suma, em sua dimensão formal, o Princípio da Igualdade de Condições para o Acesso e Permanência na Escola veda o estabelecimento de critérios de admissão escolar que gerem qualquer tipo de preferência de seleção, de forma infundada, a determinados alunos sobre outros. A sua finalidade, nessa ótica, é proibir que se estabeleçam discriminações desarrazoadas nos requisitos de seleção e permanência de alunos nas escolas⁷³⁵ e seu âmbito de aplicação é destinado tanto para as instituições de ensino públicas quanto as privadas.

No entanto, assim como destacado nos tópicos 3 (Cap. I) e 3.2 (Cap. II), a dimensão meramente formal é insuficiente para a adequada salvaguarda da educação inclusiva e plural, pautada na igualdade de oportunidades com vistas à superação das limitações sociais e econômicas.

Logo, o artigo 206.º, I da CRFB, ao proclamar o princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, engloba em seu conteúdo normativo, tal como se verifica no artigo 74.º, n.º 1, da CRP, tanto a dimensão *formal* da isonomia quanto a *material* (ou substancial).

Essa acepção substancial significa que não basta somente velar pela aplicação uniforme dos requisitos de ingresso nas instituições de ensino, mas, principalmente, assegurar os recursos e condições materiais necessárias para que os alunos possam realmente ingressar, permanecer na escola e concluir os seus ciclos de estudos, com o maior grau de aproveitamento possível.

⁷³⁴ Tanto que a CRP o considera como um direito, nos termos do artigo 74.º, n.º1 da CRP ao estabelecer que “*todos têm direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar*”.

⁷³⁵ LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. *Direito à Educação...op.cit.*, p. 52.



Nessa perspectiva, o preceito constitucional em análise, no tocante à sua eficácia, além de constituir direito subjetivo de não discriminação de acesso às instituições de ensino, impõe, ainda, deveres estatais de proteção e promoção do bem jurídico tutelado pela Constituição.

Disso resulta, então, tanto deveres estatais proibitivos, implicando em condutas *negativas* (não intromissão), consistentes na proibição de que o Estado ou os agentes privados implemente critérios discriminatórios no acesso às instituições públicas e particulares de ensino, quanto deveres estatais *positivos* (prestacionais) relacionados à implementação de condições materiais indispensáveis para que os alunos possam manter-se na escola e concluir seus ciclos de aprendizagem, como, por exemplo, a oferta de transporte escolar e a instituição de políticas afirmativas para a admissão nas instituições públicas de ensino superior⁷³⁶.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, no julgamento da ADPF nº 186/2012, declarou a constitucionalidade da Lei n.º 12.711/2012 que estabeleceu a *política de cotas* para acesso às instituições públicas federais de ensino superior (universidades federais), bem como nas instituições federais de ensino técnico de nível médio. Por meio dela, é reservado um percentual sobre as vagas das instituições públicas de ensino superior e das instituições federais de ensino técnico de nível médio destinadas a negros, pardos, indígenas, pessoas com deficiência e estudantes oriundos do ensino médio concluído exclusivamente em escola pública.

Entendeu-se, no referido julgamento, que para se efetivar a igualdade material, o Estado poderia implementar políticas de cunho universalista, a abranger número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural ou de ações afirmativas. Busca-se, desse modo, atingir grupos sociais determinados, por meio da atribuição de certas vantagens, por tempo limitado, para permitir a superação de desigualdades ocasionadas por situações históricas particulares⁷³⁷.

Trata-se, destarte, de uma política pública *transitória*, posto que seu fundamento de validade é compensar a histórica discriminação ocorrida no sistema de ensino público brasileiro. No Brasil, as vagas dos cursos de graduação mais concorridos, como direito, medicina e

⁷³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, p. 485. Na doutrina lusitana, admitindo também a igualdade não somente formal mas também material no âmbito do direito à educação vide MATOS, André Salgado de. *In O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 436.

⁷³⁷ BRASIL, STF, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=186&processo=186>>. Acesso em: 27 jun. 2013.



engenharia, são quase que exclusivamente preenchidas por alunos ricos, brancos e egressos de instituições privadas de ensino.

A profunda desigualdade de renda que assola a população brasileira é tamanha a ponto de transformar o direito de acesso de todos ao ensino superior de qualidade em um privilégio de uma minoria abastada. Sobre o tema, Pinto Ferreira afirma que não havendo poder aquisitivo do povo em seu conjunto “*é impossível que ele venha a desfrutar os benefícios da civilização, porque a educação ainda é para o povo brasileiro o privilégio de uma minoria e não a herança da própria comunidade*”⁷³⁸.

A partir do momento em que se igualarem as oportunidades de acesso nas instituições públicas de ensino superior entre os alunos brancos e os negros, pardos, indígenas e oriundos de escolas públicas, deixando-se de ser uma seleção eminentemente elitista, retira-se o substrato de sustentação da política de cotas. Tanto que o artigo 7.º da Lei n.º 12.711/2012 estabelece que no prazo de 10 (dez) anos, contados da publicação da referida lei, seja feita uma revisão da referida política pública, a fim de verificar se os seus fundamentos se mantêm hígidos, o que ocorrerá, portanto, em 2022.

A respeito dos percentuais de vagas destinadas aos concorrentes inseridos nos referidos grupos vulneráveis, a Lei n.º 12.711/2012, em seu artigo 1º, estabelece que as instituições federais de educação superior reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. O único do mencionado dispositivo preceitua que no preenchimento dessas vagas, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita. Esses mesmos critérios de admissão são aplicados na seleção feita pelos institutos federais de ensino técnico de nível médio (artigo 5.º, Lei 12.711/2012).

Ademais, o artigo 3.º da referida lei, com a redação dada pela Lei n.º 13.409/2016, prevê que, em cada instituição federal de ensino superior, metade das vagas reservadas pela universidade federal e destinadas aos alunos que cursaram integralmente o ensino médio em escolas

⁷³⁸ FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 92.



públicas, deverão ser preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação.

Essa reserva dar-se-á de forma proporcional ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição de ensino, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). No caso de não preenchimento das vagas segundo esses critérios, aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Esses mesmos requisitos de admissão são aplicados na seleção feita pelos institutos federais de ensino técnico de nível médio (artigo 5.º, Lei n.º 12.711/2012).

O ordenamento constitucional brasileiro, pautado na igualdade material, na solidariedade e na justiça distributiva permite, então, que o legislador implemente políticas públicas inclusivas para o acesso ao ensino superior. Nessa situação, o tratamento diferenciado no processo seletivo de universidades e institutos federais a grupos historicamente discriminados pela sociedade brasileira, como negros, indígenas, e pessoas com deficiência, é legitimado a fim de igualar as oportunidades de acesso a uma instituição de ensino superior pública, concretizando-se, efetivamente, de forma indiscriminada a todos e não para apenas uma minoria abastada.

Apesar do avanço da acepção material do princípio da igualdade para a implementação do direito à educação, o estabelecimento de tratamento diferenciado aos cidadãos, por meio de ações afirmativas, para igualar as oportunidades de ingresso ao ensino superior, retirando as barreiras econômico-sociais, é insuficiente para a sua plena concretização. Isso porque não basta apenas assegurar o acesso ao ensino superior, mas, sobretudo, como ressaltado, garantir que os educandos tenham uma educação de qualidade e consigam concluir os seus ciclos de estudo com efetivo aproveitamento escolar.

Em outras palavras, o princípio da igualdade de condições de acesso ao ensino abarca não somente o direito dos alunos serem submetidos aos mesmos requisitos de admissão, permitido, como destacado, o estabelecimento provisório de critérios diferenciados de seleção



fruto de políticas públicas afirmativas e inclusivas, para compensar discriminações históricas e estruturais, mas também a implementação de medidas protetivas contra a evasão escolar⁷³⁹.

2.2 Liberdade de Aprender, Ensinar, Pesquisar, Divulgar o Pensamento, a Arte e o Saber

O artigo 206.º, II da CRFB estabelece que o ensino será ministrado com base no Princípio da Liberdade de Aprender, Ensinar, Pesquisar e Divulgar o Pensamento, a Arte e o Saber e seu conteúdo normativo é similar ao artigo 43.º, n.º 1, CRP, comentado no tópico 2.2 (Cap. II).

Apesar da CRFB qualificá-lo como princípio, trata-se de autêntico *direito fundamental*, revelando a interconexão entre o direito social à educação e o direito de defesa, posto que integra o conteúdo normativo do direito de liberdade de expressão e pensamento (artigo 5.º, IX, CRFB). Por conseguinte, sujeita-se ao regime jurídico reforçado de aplicação direta da Constituição (artigo 5.º, §1º, CRFB), independente da atuação do legislador, bem como de limite de reforma pelo poder constituinte derivado (artigo 60.º, §4º, IV, CRFB).

O artigo 206.º, II da CRFB assegura, em linhas gerais, a liberdade de ensino, isto é, propicia o acesso de todos aos bens culturais no seu sentido mais amplo sem quaisquer barreiras políticas, normativas, ideológicas, religiosas, filosóficas ou estéticas⁷⁴⁰.

Engloba, em seu conteúdo, dupla dimensão: *a) liberdade de aprender*, representando a necessidade de equilíbrio nas relações entre a família e o Estado referentes à proteção e promoção do direito de escolha dos pais ou tutores por determinado tipo de ensino a ser ministrado para seus filhos ou tutelados⁷⁴¹; *b) liberdade de ensinar*, evidenciando-se os contornos da relação travada entre educandos (crianças, adolescentes e jovens) e educadores (pais e professores), assumindo a acepção de liberdade pedagógica ou acadêmica.

⁷³⁹ Tanto que o artigo 206.º, I, parte final, da CRFB utiliza a expressão “permanência na escola” (o que corresponde, em linhas gerais, ao termo “êxito escolar” utilizado pelo artigo 74.º, n.º1, CRP, analisado no tópico 3.2 do Cap. II).

⁷⁴⁰ MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 932.

⁷⁴¹ Sobre o tema, vide o tópico 2.1 do Capítulo II.



Na primeira dimensão referente à liberdade de aprender, também chamada de *liberdade de escola*⁷⁴², incumbe ao Estado garantir não somente o acesso a escola, mas, sobretudo, assegurar o direito dos pais de dirigir a educação dos seus filhos com primazia, cooperando com a família para que esta opte pela instituição de ensino que entenda ser a mais adequada aos seus filhos, com base no projeto e na estrutura familiar⁷⁴³.

Conforme abordado no tópico 6.1 (Cap. I), os tratados internacionais de direitos humanos sobre a educação (em especial o artigo 26.º, n.º 3 da DUDH; o artigo 13.º, n.º 3 do PIDESC; o artigo 14.º, n.º 3, da CDFUE; o artigo 18, n.º 1 da CODC e o artigo 12.º, §4º da CADH) demonstram que a atuação estatal deve voltar-se, por um lado, para assegurar a liberdade de escolha a cargo dos pais do tipo de ensino conferido aos seus filhos.

Nesse sentido, o Código Civil brasileiro (Lei n.º 10.406/2002), em seu artigo 1.634.º, I, preceitua o direito de ambos os pais, qualquer que seja a situação conjugal, do pleno exercício do poder familiar consistente em dirigir a criação e a educação dos filhos. Esse mesmo direito é assegurado ao tutor em relação à pessoa do menor (artigo 1.740.º, I, da Lei n.º 10.406/2002).

A fim de concretizar essa autonomia da vontade dos pais ou encarregados da educação, essa acepção da liberdade de ensino tem a aptidão de ultrapassar o direito de acesso à escola pública para também salvaguardar a escolha dos pais de conferir aos filhos o ensino individual ou doméstico (*homescholling*)⁷⁴⁴. Este, conforme destacado no tópico 2.2 (Cap. II) é previsto, em Portugal, no artigo 8.º, n.º1, alíneas *b*, *c*, do Decreto-Lei n.º 55/2008⁷⁴⁵ e regulamentado pela Portaria n.º 69/2019⁷⁴⁶.

⁷⁴² Expressão usada por MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 933.

⁷⁴³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. O papel do ensino privado na actual Constituição portuguesa. In: *Temas de Direito da Educação*. HOMEM, António Pedro Barbas (coord.). Coimbra: Almedina, 2006, pp. 14-15.

⁷⁴⁴ O ensino doméstico (*homeschooling*), em linhas gerais, representa aquele que é lecionado, no domicílio do aluno, por um familiar ou por pessoa que com ele habite. Por sua vez, o ensino individual é aquele ministrado por um professor habilitado a um único aluno fora de um estabelecimento de ensino. No Brasil, diferentemente de Portugal, o ensino individual e o doméstico (*homeschooling*) ainda não estão regulamentados por lei. A respeito tema vide ISENBERG, Eric J. *What have we learned about homeschooling...op.cit.*, pp. 387-409; LÓPEZ, Víctor González. *La educación en casa como mercado educativo...op.cit.*, pp. 204-255; RIBEIRO, Álvaro Manuel Chaves; PALHARES, José. *O homeschooling e a crítica à escola...op.cit.*, pp. 57-84; BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. *Homeschooling no Brasil...op.cit.*, pp. 153-168; MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, pp. 749-752.

⁷⁴⁵ PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 55, de 6 de julho de 2018. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 2018. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/115652962/details/normal?l=1>. Acesso em: 10 maio 2020.

⁷⁴⁶ PORTUGAL. Ministério da Educação. Portaria n.º 69, de 26 fevereiro de 2019. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 2019. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/120272926/details/maximized>. Acesso em: 10 maio 2020.



Diversamente, no Brasil o tema ainda não foi objeto de regulamentação por parte do Congresso Nacional. Por conta disso, o STF no julgamento do RE n.º 888.815 (Relator p/ Acórdão: Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 21.03.2019)⁷⁴⁷ fixou a seguinte tese no Tema n.º 822 de Repercussão Geral: “*Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira*”⁷⁴⁸.

Desse modo, o STF entendeu que a educação domiciliar não pode, ainda, ser adotada no Brasil, pois não está regulamentada por lei, ou seja, depende de prévia disciplina pelo legislador ordinário, pois não se trata de direito público subjetivo decorrente diretamente da Constituição. No entanto, é de se ressaltar que o referido Tribunal, por maioria, entendeu que tal modalidade de ensino não é incompatível com a Constituição brasileira⁷⁴⁹.

O STF, na supracitada decisão, nos termos do relator Min. Alexandre de Moraes, cujo voto sagrou-se vencedor, entendeu que não há vedação absoluta ao *homeschooling*, na espécie de ensino domiciliar utilitarista ou por conveniência circunstancial, desde que haja regulamentação, participação e fiscalização do Estado, por meio de lei editada pelo Congresso Nacional⁷⁵⁰.

Isso porque, conforme o referido relator, o próprio texto constitucional permite e consagra a “*coexistência de instituições públicas e privadas como um dos princípios regentes do ensino, exigindo de ambas o absoluto respeito aos princípios, preceitos e regras aplicáveis ao ensino*”⁷⁵¹.

A liberdade de aprender, assegurada expressamente no artigo 206.º, II, CRFB, bem como no artigo 43.º, I, CRP, em sua acepção *lato sensu* engloba, portanto, a possibilidade dos

⁷⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 888.815, Rel. p/ Acórdão Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 12 de setembro de 2018. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 21 de março de 2019, Brasília, 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204>. Acesso em 20 abril 2021.

⁷⁴⁸ No referido julgado, prevaleceu o entendimento no STF de que, embora não seja vedado constitucionalmente, o ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família por força direta da Constituição, necessitando de regulamentação por lei aprovada pelo Congresso Nacional. Por conseguinte, para ser implementado no Brasil demanda lei federal estabelecendo as condições para o seu exercício, tais como: a) obrigatoriedade do ensino básico aos alunos de 4 a 17 anos; b) respeito ao dever solidário Família/Estado; c) núcleo básico de matérias acadêmicas, supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; d) respeito às demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; e) mecanismos de combate à evasão escolar e de garantia de socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária.

⁷⁴⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 1.796; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 784; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 569.

⁷⁵⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional...op.cit.*, p. 1.796.

⁷⁵¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional...op.cit.*, p. 1.796.



pais submeterem seus filhos à educação domiciliar, caso entendam ser o projeto educativo mais adequado à estrutura familiar.

No entanto, embora compatível com a CRFB, é necessário a conformação da norma constitucional pelo legislador ordinário, a fim de concretizar o direito ao *homeschooling*, estabelecendo, dentro outros aspectos, os requisitos para o seu exercício, o conteúdo mínimo das matérias a serem lecionadas, a forma de avaliação dos alunos, o tipo de fiscalização dos educadores e as eventuais sanções aos pais e tutores no caso de obtenção de resultados insatisfatórios, razão pela qual não há um direito subjetivo à sua aplicação por força originária da Constituição⁷⁵².

A liberdade de aprender protege, ainda, o direito à criação de escolas particulares com o objetivo de alargar as opções a respeito do tipo de ensino escolhido pelos pais ou responsáveis que será ministrado para seus filhos ou menores.

Esse direito de constituição de entidades de ensino particular está previsto no âmbito dos tratados internacionais como, por exemplo, no artigo 13.º, n.º 4 do PIDESC, bem como nas ordens constitucionais portuguesa (artigo 43.º, n.º 2 da CRP) e alemã (artigo 7.º, n.º 4 da Lei Fundamental de Bonn). O artigo 209.º da CRFB, sobre o tema, declara que o “*ensino é livre à iniciativa privada*”.

Com efeito, como já destacado, a liberdade de escola se concretiza na possibilidade de as instituições particulares de ensino poderem adotar programas com orientações científicas e métodos pedagógicos próprios⁷⁵³.

Portanto, não é legítimo, num sistema constitucional que salvaguarda a liberdade de ensino, a implantação de regimes normativos que gerem uma equiparação compulsória entre projetos educativos, metodologias, adoção de livros, horários das aulas, equipamentos, disciplinas e realização de exames no ensino público e particular, sob pena de se institucionalizar um desarrazoado sistema educacional de planificação centralizada⁷⁵⁴.

Por outro lado, não se trata de autonomia absoluta, mas relativa, na medida em que o ensino ofertado pelas instituições privadas deve expressar os valores essenciais do regime

⁷⁵² Nesse sentido, também é o entendimento de SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITI-DIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, p. 491.

⁷⁵³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O papel do ensino...op.cit.*, p.18.

⁷⁵⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O papel do ensino...op.cit.*, p. 18.



democrático e estimular, portanto, a solidariedade, a pluralidade, a compreensão mútua, a tolerância e a cidadania, visando, em última análise, a superação das desigualdades sociais, econômicas e culturais e a promoção do pleno desenvolvimento da pessoa (artigo 205.º, CRFB).

Cabe, então, a atuação do Estado na fiscalização das escolas particulares para fins de aferir o cumprimento dessas finalidades constitucionais do ensino. Tanto que o artigo 209.º da CRFB prevê que as instituições de ensino privado devem atender às seguintes condições: *a*) cumprimento das normas gerais da educação nacional; *b*) autorização e avaliação de qualidade pelo poder público.

A segunda dimensão do preceito constitucional previsto no artigo 206.º, II, da CRFB está relacionada com o direito à liberdade de ensinar, intitulada de *liberdade na escola*. Representa a liberdade dos professores de lecionar conforme a procura da verdade, o saber, a orientação científica e pedagógica, configurando a liberdade acadêmica. Por outro lado, simboliza o direito do aluno à compreensão crítica dos conteúdos ministrados mediante o diálogo e o respeito mútuos entre docente e discente⁷⁵⁵.

Observe que, tal qual ocorre na primeira acepção acima analisada (liberdade de aprender ou liberdade de escola), também nesta segunda noção (liberdade de ensinar ou liberdade na escola) não se trata de uma autonomia absoluta. Porquanto, apesar do docente ter liberdade para a definição dos conteúdos ministrados e da metodologia pedagógica aplicada, encontra-se vinculado aos planos de estudo e os programas das disciplinas fixados pelas instituições de ensino, de forma específica, ou, em linhas gerais, pela lei.

Atualmente, há a chamada *gestão flexível do currículo* que não se reveste de um projeto fechado, mas de uma construção a empreender, conjugando disciplinas obrigatórias e facultativas com os componentes previstos no *currículo* nacional e no *currículo* da escola⁷⁵⁶. Esse modelo é adotado tanto em Portugal⁷⁵⁷, quanto no Brasil, no qual são estabelecidos conteúdos mínimos em cada grau de ensino, de modo a assegurar uma formação básica comum, o que é

⁷⁵⁵ MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 935.

⁷⁵⁶ NETO, Luísa. *Constituição e Educação...op.cit.*, p. 284.

⁷⁵⁷ Em Portugal as bases mínimas do currículo nacional referente ao ensino básico e secundário são previstas nos artigos 13.º e 14.º, ambos do Decreto-Lei n.º 55/2018.



expressamente previsto no artigo 210.º, *caput*, da CRFB e regulamentado no artigo 26.º da Lei n.º 9.394/96⁷⁵⁸.

2.3 Pluralismo de Ideias e de Concepções Pedagógicas e Coexistência de Instituições Públicas e Privadas de Ensino

O artigo 206.º, III, da CRFB estabelece o Princípio do Pluralismo de Ideias e de Concepções Pedagógicas e Coexistência de Instituições Públicas e Privadas de Ensino. Consoante destacado no tópico anterior, a possibilidade de o ensino ser prestado também no âmbito particular é uma decorrência da liberdade de aprender (liberdade de escola), as quais podem adotar programas com orientações científicas e métodos pedagógicos próprios⁷⁵⁹.

Afinal, o pluralismo de ideias e de concepções educacionais é valor inerente ao regime democrático e busca a construção de uma sociedade multiétnica e multicultural. Esse pluralismo, na precisa lição de Jorge Miranda, manifesta-se tanto nas escolas públicas quanto nas particulares, traduzindo em um pluralismo *interno* nas escolas públicas e *externo* nas privadas⁷⁶⁰.

Explica o mencionado constitucionalista português que “*interno naquelas, por, na mesma escola, coexistirem diferentes perspectivas doutrinárias e confessionais dos professores*”⁷⁶¹, ao passo que “*externo nas segundas, porque a diversidade de orientações de escola para escola traduz o pluralismo geral do sistema*”⁷⁶².

Desse modo, apesar do artigo 206.º, III, da CRFB qualificá-lo como princípio, trata-se de autêntico *direito fundamental*, revelando a conexão entre o direito social à educação e o conteúdo normativo do direito de liberdade de expressão e pensamento (artigo 5.º, IX, CRFB).

⁷⁵⁸ O dispositivo estabelece que os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos. Os respectivos currículos devem obrigatoriamente abranger o estudo da língua portuguesa e da matemática, o conhecimento do mundo físico e natural e da realidade social e política, especialmente do Brasil (artigo 26.º, §1º, Lei n.º 9.394/96). O ensino da arte, especialmente em suas expressões regionais, constituem componente curricular obrigatório da educação básica (artigo 26.º, §2º, Lei n.º 9.394/96). A educação física, integrada à proposta pedagógica da escola, é componente curricular obrigatório da educação básica, sendo sua prática, entretanto, facultativa ao aluno em determinadas situações (artigo 26.º, §3º, Lei n.º 9.394/96).

⁷⁵⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O papel do ensino...op.cit.*, p. 18.

⁷⁶⁰ MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 936.

⁷⁶¹ MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 936.

⁷⁶² *Ibid.*



Por conseguinte, o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino sujeita-se ao regime jurídico reforçado de aplicação direta da Constituição (artigo 5.º, §1º, CRFB), independente da atuação do legislador, bem como limita o poder constituinte derivado (artigo 60.º, §4º, IV, CRFB).

O pluralismo educacional resulta também em *deveres estatais de cooperação, hospitalidade e acolhimento* voltados para a implementação de uma educação intercultural, plural e inclusiva, entendida como um paradigma de formação sistemática que desenvolva, tanto nos grupos minoritários quanto nos majoritários, capacidade de interação social e sentimento de pertencimento comunitário⁷⁶³.

Nessa perspectiva multicultural, embora o ensino fundamental regular seja ministrado em língua portuguesa, a Constituição assegura às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. Ademais, nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena (artigo 26-A, Lei n.º 9.394/96)⁷⁶⁴.

O artigo 206.º, III, da CRFB, ao consagrar o pluralismo ideológico nas instituições públicas de ensino, impede que o Estado programe a educação e a cultura segundo determinada e específica diretriz filosófica, estética, política, ideológica ou religiosa, o que é expressamente também previsto no artigo 43.º, n.º 2, CRP, abordado no tópico 2.2 do Cap. II.

Por conseguinte, no âmbito das escolas oficiais que integram a rede pública de ensino vigora o *princípio da laicidade* ou da *não confessionalidade* do Estado, em face de quaisquer desses parâmetros, o que significa que o ensino público não se identifica com qualquer tipo de religião ou de convicção filosófica, ideológica ou político-partidária.

Isso resulta que na definição dos programas dos cursos e das disciplinas ministradas nacionalmente não se pode adotar, institucionalmente, específico viés religioso, político, ideológico ou filosófico. Nesse sentido, o ensino religioso é de matrícula facultativa e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (artigo 210, §1º, CRFB).

⁷⁶³ NETO, Luísa. *Constituição e Educação...op.cit.*, p. 282, afirma que “a educação intercultural articula-se pois necessariamente com a educação para a cidadania”.

⁷⁶⁴ Por sua vez, o §4º do artigo 26.º-A da Lei 9.394/96 estabelece que “o ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro, especialmente das matrizes indígena, africana e europeia”.



No entanto, esse preceito constitucional não impede que se discuta, nas instituições públicas de ensino, sobre religião, política, ideologia ou filosofia, pois seu conteúdo é direcionado para proibir que haja a *doutrinação* dos alunos com base em quaisquer desses parâmetros. Até porque a ausência total de incorporação dessas questões na transmissão do conhecimento pode ser considerado, por si só, determinado viés ideológico ou filosófico.

Portanto, como bem destaca Jorge Miranda, o princípio da laicidade ou da não confessionalidade não significa que “*as religiões, as convicções, as filosofias ou as ideologias não devam ter expressão no ensino público*”⁷⁶⁵.

Por conseguinte, a educação pública, como adverte Luísa Neto, embora seja axiologicamente laica e não confessional, não podendo institucionalizar determinado viés religioso ou político-filosófico, não é neutra, pois é portadora de valores constitucionais como os de coesão social, aceitação da diversidade cultural, igualdade de oportunidades, equidade e participação crítica na vida democrática⁷⁶⁶.

Com efeito, a própria seleção de conteúdos e da metodologia de ensino utilizada implica em juízos de valor e representações do mundo, de modo que o caráter não confessional do ensino público não obsta a afirmação da sua pluralidade cultural e cognitiva⁷⁶⁷.

A finalidade da Constituição, tanto a portuguesa quanto a brasileira, é a de evitar a unicidade do tipo de ensino ministrado pelo Estado e, por consequência, frise-se, a doutrinação dos alunos do ensino público por determinado e específico viés político, ideológico, filosófico ou religioso.

Não se almeja, assim, impedir a presença da religião, da filosofia, da ideologia ou da política nas escolas públicas, sob pena de se violar o próprio pluralismo de projetos educacionais inerente ao regime democrático e dificultar a construção de uma sociedade multiétnica e multicultural que almeja ser solidária e tolerante.

Portanto, a preocupação do texto constitucional dirige-se ao sistema educacional como um todo que não pode ser dominado por específica diretriz ideológica, filosófica ou religiosa a ponto de gerar uma doutrinação estrutural aos alunos. Isso não representa a proibição de que os professores, no exercício de sua liberdade acadêmica, abordem específicos temas do âmbito

⁷⁶⁵ MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 936.

⁷⁶⁶ NETO, Luísa. *Constituição e Educação...op.cit.*, p. 279.

⁷⁶⁷ ABRANTES, Pedro. *A Educação em Portugal...op.cit.*, p. 25.



político, filosófico e ideológico, a fim de promover o pluralismo de ideias e despertar no educando o senso crítico indispensável à sua formação.

Se em face das instituições oficiais de ensino a laicidade ou não confessionalidade trata-se de imposição constitucional, lado outro, nas escolas particulares ou cooperativas vigora a autonomia para a escolha por determinada e específica orientação filosófica, ideológica ou religiosa. Desse modo, promove-se a liberdade de ensino e, simultaneamente, a ampliação da autonomia da vontade dos cidadãos em selecionar o tipo de ensino que entendem mais adequado a si mesmo ou a seus filhos, consagrando o pluralismo indissociável do Estado democrático.

Tanto a ordem constitucional portuguesa quanto a brasileira salvaguardam a liberdade de ensino, o que impede a instituição de regimes normativos voltados para a equiparação compulsória entre projetos educativos, metodologias, adoção de livros, horários das aulas, equipamentos, disciplinas e realização de exames no ensino público e particular, sob pena de se institucionalizar um ilegítimo sistema educacional de planificação centralizada⁷⁶⁸.

Sobre o tema, cabe ainda ressaltar que tanto o artigo 209.º da CRFB quanto o artigo 75.º, n.º 2 da CRP (analisado no tópico 2.3 do Cap. II) ao reconhecer e fiscalizar o ensino particular, nos termos da lei, além de permitir o desenvolvimento econômico sustentável do sistema de ensino para a iniciativa privada – o que é natural numa sociedade capitalista – busca, sobretudo, assegurar o pluralismo educacional e antidiscriminatório, ampliando o espectro de incidência da liberdade de aprender.

A dimensão material do Princípio da Igualdade, nas democracias contemporâneas, conforme destacado no tópico 3.1 (Cap. I), assume outro papel que se materializa no direito de ser diferente. Essa nova acepção da isonomia reconhece que determinadas diferenças, quando favorecem o desenvolvimento da personalidade individual, constituem a identidade de um grupo, ou representam os desejos e as aspirações de uma pessoa⁷⁶⁹, devem ser reconhecidas e não superadas a fim de buscar o pleno respeito, consideração e integração dos membros da comunidade.

Nesse contexto, a pluralidade de ideias e de concepções pedagógicas deve direcionar a formação do aluno para despertar a consciência de que faz parte de uma sociedade multiétnica e multirracial que, por ser solidária, tolerante e cooperativa, deve respeitar as diferenças. Ora, como se pode cobrar o respeito ao diferente se não se pode ensinar quais diferenças são essas?

⁷⁶⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O papel do ensino...op.cit.*, p. 18.

⁷⁶⁹ ROLLA, Giancarlo. *El valor normativo...op. cit.*, p. 466.



Portanto, a laicidade ou não confessionalidade do ensino público deve ser compreendida no contexto indissociável da sua pluralidade ideológica. Trata-se de manifesto equívoco querer transformá-la em uma espécie de mordaza aos professores, impedindo-os de abordar temas sensíveis e que são inerentes à atual sociedade plural e complexa, tais como diversidade de gênero, religião, moral e política.

No âmbito das escolas privadas, diferente do espaço público, há uma maior autonomia para poder se adotar específica diretriz filosófica, ideológica ou religiosa do ensino. Desse modo, o ensino privado complementa o público, na medida em que alarga o espectro da liberdade de ensino.

Permite-se, desse modo, que os pais ou os encarregados da educação possam optar por matricular seus filhos ou educandos segundo o exclusivo projeto escolar ofertado por certa escola particular ou cooperativa, seja científico, religioso, filosófico ou ideológico, que não pode ser propiciada no âmbito do ensino público, não obstante o pluralismo que, como ressaltado, também existe nas escolas públicas.

Não se trata, entretanto, de autonomia absoluta, como destacado no tópico anterior, mas relativa, na medida em que o ensino ofertado pelas instituições privadas deve também traduzir os valores do regime democrático e estimular a solidariedade, a compreensão mútua, a tolerância e a cidadania (artigo 205.º, CRFB).

Não se pode perder de vista que, dentro da lógica do mercado capitalista, ao assegurar à iniciativa privada a prestação de serviços educacionais, essa relação é caracterizada não somente como complementar, mas também de concorrência entre as instituições de ensino. Esse *pluralismo concorrencial*⁷⁷⁰, como destacam Canotilho e Vital Moreira, pode ser salutar com vistas ao desenvolvimento da eficiência entre as escolas e, por conseguinte, aumentar a qualidade do ensino prestado⁷⁷¹.

O que se deve ter em mente é que, assim como se verifica em Portugal, a Constituição brasileira, ao consagrar a liberdade de ensino e o pluralismo educacional como autênticos direitos fundamentais (artigo 206.º, II e III, CRFB) rejeita o monopólio do ensino ao Estado,

⁷⁷⁰ Expressão usada por CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...op.cit.*, pp. 908-909, para expressar o sistema dualístico consagrado na Constituição em relação ao ensino, sustentando que o pluralismo concorrencial conduz à flexibilidade do sistema educativo, ao livre desenvolvimento dos jovens, ao combate ao abandono e insatisfação escolar e à promoção da qualidade e eficácia de toda a rede de estabelecimento de ensino.

⁷⁷¹ *Ibid.*



motivo pela qual as escolas particulares submetem-se ao regime de autorização e não ao de delegação.

O serviço prestado nas escolas privadas, destarte, não é o exercício de uma atividade pública delegada, mas, sim, de uma atividade privada autorizada pelo Estado e concorrente com o ensino público. Entretanto, está voltada à satisfação de interesses públicos intrínsecos à educação e definidos no texto constitucional.

Por fim, não obstante o Estado brasileiro tenha o dever institucional de assegurar as condições necessárias para que os cidadãos exerçam, em sua plenitude, o direito fundamental da liberdade de ensino, o que resulta na garantia do reconhecimento da coexistência das escolas particulares, não pode valer-se da expansão da rede privada de ensino para substituir a sua incumbência prioritária de desenvolvimento das escolas públicas.

Tanto que, corroborando essa conclusão, a parte final do artigo 213.º, §1º, da CRFB estabelece que o poder público é obrigado a investir prioritariamente na expansão da rede de ensino público na localidade em que estiver deficiente de vagas e de cursos regulares nas escolas oficiais.

2.4 Gratuidade do Ensino Público em Estabelecimento Oficiais

O artigo 206.º, IV da CRFB estabelece o princípio da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais. O conceito de gratuidade, conforme apontado no tópico 2.5 (Cap. II), inclui duas componentes: *a) educativa*, que representa os gastos relacionados diretamente com a prestação do ensino propriamente dito, tais como os salários dos professores e a aquisição de livros para a biblioteca das escolas; *b) não educativa*, a qual simboliza as despesas que apesar de não serem estritamente referentes à prestação do serviço educacional, correlacionam-se com a educação e são indispensáveis ao seu pleno desenvolvimento, tais como o transporte escolar e a alimentação dos alunos.

Esse dispositivo é complementado pelo artigo 208.º, I da CRFB, o qual preceitua que a educação básica, dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, além de obrigatória é gratuita, devendo ser assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (o que representa a educação para adultos).



Reforçando a proteção da gratuidade do ensino obrigatório, a Constituição expressamente o qualifica como direito público subjetivo (artigo 208.º, §1º, CRFB). Desse modo, apesar do artigo 206.º, IV, da CRFB qualificá-lo como princípio, a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais trata-se de autêntico *direito fundamental*.

Revela-se, assim, a interligação do direito social à educação com o conteúdo normativo do direito de igualdade (artigo 5.º, I, CRFB), pois a gratuidade do ensino público é condição material necessária para assegurar a efetiva isonomia de condições de acesso à escola, mediante a superação das limitações de natureza econômico-financeira, contribuindo para o fortalecimento da educação inclusiva.

Por conseguinte, a gratuidade do ensino público sujeita-se ao regime jurídico reforçado de aplicação direta da Constituição (artigo 5.º, §1º, CRFB), gerando direito subjetivo por força originária da Constituição, independente da atuação do legislador, bem como limita o poder constituinte derivado (artigo 60.º, §4º, IV, CRFB).

Essa proteção constitucional qualificada do direito à educação, principalmente no âmbito da educação escolar básica e obrigatória, é indispensável para o completo desenvolvimento da personalidade, do exercício da cidadania e da própria elevação do nível cultural do país.

A realidade brasileira, de acentuada desigualdade social, demonstra que a renda de muitos cidadãos é insuficiente até para propiciar uma alimentação adequada para si mesmo e sua família, o que impede o custeio das despesas educacionais dos seus filhos. Nesse cenário, a gratuidade nas escolas públicas é essencial para combater a evasão escolar, erradicar o analfabetismo e concretizar a progressiva universalização do ensino médio obrigatório.

Visando ampliar a gratuidade para também ser aplicada no âmbito do ensino superior privado, foi publicada a Medida Provisória n.º 213/04, convertida na Lei n.º 11.096/05⁷⁷² que instituiu o Programa Universidade para Todos (PROUNI)⁷⁷³.

Trata-se de política pública que concede bolsas de estudo integrais para brasileiros não portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal per capita não exceda o

⁷⁷² BRASIL. Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Diário Oficial, Brasília, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111096.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁷⁷³ A respeito do PROUNI, vide BRADBURY, Leonardo Cacao Santos La. *Direito à Educação...op.cit.*, pp. 88-95.



valor de até 1 (um) salário-mínimo e 1/2 (meio), a fim de que possam cursar instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos.

Essas bolsas de estudo podem também ser parciais (50% ou de 25% do valor da mensalidade do curso) e, nesses casos, são concedidas a brasileiros não-portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de até 3 (três) salários-mínimos (artigo 1.º, §§ 1º e 2º, Lei n.º 11.096/2005).

As bolsas de estudo são destinadas aos seguintes beneficiários: *a)* estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral; *b)* a estudante com deficiência, nos termos da lei; *c)* professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, e, nessa situação, independentemente da renda per capita familiar (artigo 2.º, Lei n.º 11.096/2005).

O custeio do PROUNI é feito mediante a isenção de determinados impostos e contribuições da instituição de ensino que aderir ao programa durante a vigência do termo de adesão, calculado proporcionalmente às bolsas concedidas (artigo 8.º, Lei n.º 11.096/2005). Constatase, destarte, que o financiamento dessas bolsas de estudo é feita exclusivamente com recursos públicos em face da diminuição da arrecadação tributária.

O STF no julgamento da ADI n.º 3330 (Relator: Ayres Britto, Tribunal Pleno, DJe 22.03.2013)⁷⁷⁴ decidiu pela constitucionalidade do PROUNI, tanto dos seus requisitos de participação para concorrer às bolsas de estudo, quanto a sua forma de custeio. Decidiu-se que se trata de política pública inclusiva que não ofende a isonomia, nem a autonomia universitária tampouco a livre iniciativa.

É no âmbito da delimitação da incidência da gratuidade no ensino público que reside uma das principais diferenças entre o sistema educacional público lusitano e o português. Apesar das inúmeras semelhanças, demonstradas ao longo do presente capítulo, o direito à gratuidade do ensino público é compreendido de forma diferente nos dois países.

⁷⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3330, Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 03 de maio de 2012. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 22 de março de 2013, Brasília, 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>. Acesso em 20 abril 2021.



Em Portugal, conforme abordado no tópico 2.5 (Cap. II), a gratuidade possui aplicação máxima no âmbito das escolas públicas do ensino básico obrigatório, ou seja, o Estado é o responsável por todas as suas despesas, tanto a componente educativa quanto a não educativa. Todavia, a gratuidade é mitigada na educação pré-escolar e no ensino superior, pois nesses graus de ensino não obrigatórios, seu alcance é reduzido conforme a capacidade econômico-financeira da família do educando.

Em outras palavras, em Portugal, quem não pode pagar está isento do custeio das despesas relacionadas à educação, em qualquer grau, mediante a disponibilização das diversas medidas de ação social, mas quem possui recursos suficientes participará do seu financiamento, ainda que de forma parcial.

Na rede de ensino pré-escolar portuguesa, aqueles que detêm recursos financeiros suficientes, embora estejam isentos de custear a componente educativa, arcarão com as despesas da componente não educativa, notadamente a alimentação e o prolongamento do horário das crianças nas creches públicas.

Por sua vez, em Portugal, na esfera do ensino superior, quem tem condições materiais para tanto, conforme os critérios legais, contribui tanto com as despesas da componente educativa (taxa de matrícula e as mensalidades, chamadas de *propinas*) quanto os gastos decorrentes da componente não educativa (alojamento e alimentação), o que foi considerado constitucional pelo TC no Acórdão n.º 148/94.

Busca-se, desse modo, promover o acesso à educação e, simultaneamente, a justiça social e a própria sustentabilidade do sistema público de ensino lusitano. Isso porque, assegura-se nova fonte de receita para as instituições de ensino superior, além das dotações orçamentárias repassadas pelo Estado, o que é imprescindível para o seu regular funcionamento e a qualidade dos serviços prestados, notadamente em momentos de crise econômica e diminuição da arrecadação tributária.

Ademais, parte dos recursos provenientes da família do educando no pagamento da taxa de matrícula e das mensalidades são destinados para o financiamento das ações de ação social, em benefício daqueles que não podem custear as despesas educacionais.

Desse modo, em Portugal, o custeio das bolsas de estudo, auxílios financeiros e demais ações sociais no âmbito do ensino superior é realizado tanto com recursos públicos,



provenientes dos impostos, quanto privados, arrecadados pelo pagamento das taxas de matrícula e as mensalidades.

Garante-se, assim, a justiça social e inclusiva, criando meios para que os alunos carentes possam acessar os níveis mais elevados de ensino, bem como a sustentabilidade do sistema, através da diversidade de fontes de financiamento da educação superior, o que é fundamental principalmente em épocas de crise econômica do Estado.

Diversamente, no Brasil, compreende-se a gratuidade do ensino público com elevada intensidade e largo âmbito de incidência, que deve ser aplicado, com raras limitações, em todos os níveis de ensino, desde o pré-escolar até o ensino superior. Considera-se, nessa acepção, que a gratuidade deve ser integral nas instituições públicas, inclusive no campo do ensino não obrigatório, como forma de se concretizar a universalização da educação.

Sustenta-se, ainda, como fundamento para tal entendimento, que a própria Constituição estabelece que a fonte de custeio para a manutenção e desenvolvimento do ensino deve provir do orçamento público (artigo 212.º, caput, CRFB). Nesse sentido, o referido dispositivo constitucional vincula os recursos públicos, estabelecendo que, no mínimo, 18% (dezoito por cento) da receita resultante dos impostos da União e 25% (vinte e cinco por cento) da dos estados e municípios, compreendida a proveniente de transferências, devem ser aplicados na educação.

Nessa perspectiva, o custeio do ensino público no Brasil, em qualquer dos seus graus, é feito diretamente pelo Estado e de forma indireta por toda a sociedade, mediante o pagamento dos impostos e contribuições sociais, cujos recursos são parcialmente vinculados no orçamento público para o desenvolvimento da educação. Não poderia, então, sob esse entendimento, transferir os custos de manutenção do ensino ao estudante, sob pena de dupla contribuição para a prestação desse serviço público essencial, ainda que se referiram ao âmbito do ensino superior.

Nesse sentido, em decisão oposta à tomada em Portugal pelo TC no Acórdão n.º 148/94, o STF no julgamento do RE n.º 500.171 (Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 24.10.2008), no Tema n.º 40, decidiu que o princípio da gratuidade do ensino em estabelecimentos públicos não encontra qualquer limitação no tocante aos distintos graus de formação acadêmica, sendo aplicado da pré-escola à universidade. Foi editada, destarte, a Súmula Vinculante n.º 12, cujo teor estabelece que *“a cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no art. 206, IV, da Constituição Federal”*.



Portanto, o STF entende que o princípio da gratuidade impede a cobrança, em universidades públicas, não somente de taxa de matrícula, mas também de taxa de inscrição de processo seletivo (vestibular) – conforme decidido pelo STF na ADI n.º 2643 (Rel. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 26.09.2003)⁷⁷⁵ –, bem como de taxa para a expedição de diploma – consoante entendimento do STF no RE n.º 597.872 AgR (Rel. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 26.08.2014)⁷⁷⁶.

Houve, entretanto, pequena mitigação do alcance da aplicação do princípio da gratuidade no âmbito do ensino superior. Isso porque o STF no RE n.º 597.854 (Rel. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 21.09.2017)⁷⁷⁷ decidiu que tão somente os cursos de pós-graduação *profissionalizantes* ofertados pelas universidades públicas poderiam ser cobrados ao estudante.

Nesse acórdão, entendeu-se que, diversamente, os cursos de graduação (licenciaturas) e de pós-graduação *acadêmicos* (mestrado e doutorado) ofertados pelas universidades públicas são proibidos de instituir quaisquer taxas aos estudantes, seja de matrícula ou de mensalidade, pois encontram-se abrangidos pelo direito à gratuidade.

Na referida decisão firmou-se a seguinte tese no Tema n.º 535: “*A garantia constitucional da gratuidade de ensino não obsta a cobrança por universidades públicas de mensalidade em cursos de especialização*”.

O STF, no mencionado julgamento, entendeu que os recursos públicos vinculados do orçamento, nos termos do artigo 212.º, caput, da CRFB, são direcionados à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, destinando-se, precipuamente, às escolas públicas.

Por outro lado, no tocante às atividades de pesquisa e extensão, que também são realizadas pelas universidades, o artigo 213.º, §2º da CRFB as autoriza a obter recursos privados para o seu custeio. Desse modo, como os cursos de pós-graduação profissionalizantes fazem

⁷⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2643, Rel. Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 13 de agosto de 2003. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 26 de setembro de 2003, Brasília, 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266871>. Acesso em 20 abril 2021.

⁷⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 597.872, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 03 de junho de 2014. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 26 de agosto de 2014, Brasília, 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266871>. Acesso em 20 abril 2021.

⁷⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 597.854, Rel. Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 26 de abril de 2017. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 21 de setembro de 2017, Brasília, 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13642927>. Acesso em 20 abril 2021.



parte das ações de pesquisa e de extensão e não estão incluídas na esfera do ensino acadêmico, é possível a instituição de mensalidades e taxa de matrícula.

O princípio da indissolubilidade entre ensino, pesquisa e extensão (art. 207, *caput*, da CF/88) estabelece que para o desenvolvimento do ensino são necessárias atividades de pesquisa e de extensão. Nesse cenário, o STF decidiu no supracitado RE n.º 597.854 que o poder público deve investir nessas três áreas, razão pela qual o financiamento público não pode se destinar exclusivamente ao ensino. Concluiu, então, que há um espaço de conformação no texto constitucional que permite a definição de quais atividades integram a manutenção e o desenvolvimento do ensino e, diversamente, aquelas que englobam o campo da pesquisa e da extensão.

No mencionado julgado, o STF estabeleceu um parâmetro constitucional para aferir se os cursos de pós-graduação ofertados pelas universidades públicas estão (ou não) abrangidos pelo conceito de manutenção e desenvolvimento do ensino. Nessa toada, as atividades de *ensino*, na visão do referido Tribunal, nos termos do artigo 212.º, *caput*, imporiam o custeio com exclusividade por recursos públicos e, por conseguinte, impediria a cobrança aos alunos, incidindo a gratuidade nos termos do artigo 206.º, IV, da CF/88. Diversamente, se o curso ofertado integrar as ações de *pesquisa e extensão* realizadas pela universidade pública poderá haver a cobrança de taxa de matrícula e mensalidade aos alunos.

Utilizou-se o critério legal para realizar tal diferenciação. Assim, se os cursos de pós-graduação (mestrado e doutorado) forem indispensáveis para o exercício do magistério superior, nos termos dos artigos 64.º e 65.º, ambos da Lei n.º 9.394/96, fazem parte da indissociabilidade entre o ensino, pesquisa e extensão e devem ser integralmente custeados pelo Estado.

Por outro lado, se os cursos de pós-graduação oferecidos pelas universidades públicas prestarem as atividades previstas no artigo 71.º da Lei n.º 9.394/96 são considerados profissionalizantes e não estão relacionados com a manutenção e o desenvolvimento do ensino, mas, sim, com as ações de pesquisa e extensão. Consequentemente, nestas situações, seu custeio não precisa ser feito com recursos exclusivamente provenientes do Estado e as universidades públicas podem perceber remuneração pela oferta dos referidos cursos à sociedade, mediante a instituição de taxa de matrícula e mensalidades aos alunos.

À guisa de conclusão, constata-se que na decisão tomada pelo STF no RE n.º 597.854 que gerou o Tema n.º 535 estabeleceu-se uma exceção à Súmula Vinculante n.º 12 acima



enunciada. Porquanto reconheceu-se que nem todas as atividades potencialmente desempenhadas pelas universidades públicas brasileiras referem-se exclusivamente às ações de ensino.

Logo, utilizando-se de sua autonomia didático-científica, as universidades públicas podem regulamentar quais atividades são destinadas à formação acadêmica e, de outro lado, à extensão universitária, como os cursos de pós-graduação profissionalizantes. Nesse último caso, é possível a cobrança de tarifa, observada a sua modicidade e qualidade na prestação do serviço.

2.5 Valorização dos Profissionais da Educação Escolar e Piso Salarial Profissional Nacional

O artigo 206.º, V, da CRFB enuncia o Princípio da Valorização dos Profissionais da Educação Escolar e garante, na forma da lei, planos de carreira com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, àqueles que trabalham no sistema público de ensino.

Embora a redação original do referido dispositivo mencionasse o piso salarial dos profissionais do ensino, a Emenda Constitucional n.º 53/2006 incluiu o inciso VIII no referido artigo tratando exclusivamente sobre o piso salarial nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos da lei federal.

O fortalecimento da carreira do magistério, com bons salários e possibilidade de contínua ascensão, é essencial para a obtenção de qualidade na prestação do serviço educacional por meio da qual a transmissão do aprendizado concretize as finalidades constitucionais do ensino.

Os professores são verdadeiros agentes sociais, na medida em que contribuem para a formação de uma sociedade solidária, tolerante, cooperativa, consciente de seus deveres e responsabilidades e, desse modo, capacita os alunos para a qualificação profissional e o pleno exercício da cidadania.

Apesar do artigo 206.º, V e VIII, da CRFB atribuir-se o status de princípio, a valorização dos profissionais de educação e a instituição do seu piso salarial revestem-se de autêntico *direito fundamental*.

A sua relevância ultrapassa a esfera individual enquanto retribuição digna pela atividade desempenhada e alcança o interesse coletivo, por se tratar de condição material necessária para



o incremento da qualidade e dos índices de desempenho do ensino básico público, contribuindo para a elevação do nível cultural do país.

Adotando a doutrina de Jorge Miranda a respeito da classificação das normas constitucionais⁷⁷⁸, trata-se de *norma preceptiva não exequível por si mesma*, pois gera um *dever de concretização* no legislador ordinário, reduzindo a sua discricionariedade e poder de conformação.

A aplicabilidade direta não se confunde com a exequibilidade (ou não exequibilidade) imediata, enquanto a primeira refere-se à relação que se estabelece entre a norma constitucional e o Estado (e até mesmo com os particulares) que são vinculados à sua aplicação no caso concreto, a segunda diz respeito à relação existente entre a norma constitucional e o legislador ordinário que, no caso da norma preceptiva não exequível por si mesma, como a presente, fica obrigado a um *dever de concretização*⁷⁷⁹.

Nessa toada, os artigos 206.º, V e VIII da CRFB ao determinarem que a lei valorize os profissionais da educação, tratam-se de *garantias institucionais* que se materializam em verdadeiras *imposições legisferantes*⁷⁸⁰.

A Lei n.º 11.738/08, no Brasil, implementou a política pública do piso salarial e estabeleceu um valor mínimo (que em 2009 iniciou com o parâmetro de R\$ 950,00), abaixo do qual a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios não podem fixar o vencimento inicial das carreiras do magistério público da educação básica, para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais.

A educação básica, nos termos do artigo 4.º da Lei n.º 9.394/96 abrange a pré-escola, o ensino fundamental e o médio, razão pela qual o piso salarial instituído pela Lei n.º 11.738/08 aplica-se aos professores que atuam nesses graus de ensino.

Ademais, a mencionada lei determinou que, para a definição da jornada de trabalho, o máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária será composto de atividade em sala de aula de

⁷⁷⁸ Jorge Miranda classifica as normas constitucionais como preceptivas exequíveis por si mesmas, preceptivas não exequíveis por si mesmas e normas programáticas, cuja classificação abordou-se no tópico 1.3 (Cap. II).

⁷⁷⁹ MIRANDA, Jorge; SILVA, Jorge Pereira da. Artigo 18.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 320. Por conseguinte, no magistério de MIRANDA, Jorge. In *Teoria do Estado...op.cit.*, p. 406, “ao passo que entre as normas preceptivas e as programáticas a diferenciação se situa na interação com a realidade constitucional – suscetível ou não de ser, só por força das normas constitucionais, imediatamente conformada de certo modo – entre as normas exequíveis e as normas não exequíveis o critério distintivo está nas próprias normas e vem a ser a completude ou incompletude destas”.

⁷⁸⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. In *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p.357; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. In *Constituição...op.cit.*, p.825; MIRANDA, Jorge. In *Teoria do Estado...op.cit.*, pp.406-407.



interação com os alunos. Logo, permite-se que, no mínimo, 1/3 da jornada de trabalho (que corresponde a 13 horas/aulas semanais) seja cumprido em atividades extraclasse, tais como planejamento pedagógico, formação profissional e pesquisas para a preparação das aulas.

Estabeleceu-se, ainda, a forma de reajuste anual do piso salarial que deve ser calculado utilizando-se do mesmo percentual de crescimento do valor anual mínimo por aluno referente aos anos iniciais do ensino fundamental urbano definido nacionalmente pelo FUNDEB (artigo 5.º, Lei n.º 11.738/08)⁷⁸¹.

O novo FUNDEB, previsto no artigo 212.º-A da CRFB, incluído pela Emenda Constitucional n.º 108/2020, é atualmente regulamentado pela Lei n.º 14.113, de 25 de dezembro de 2020⁷⁸².

O quadro abaixo⁷⁸³ demonstra a evolução dos valores do piso salarial dos professores da educação básica no Brasil, para uma jornada de 40 horas/semanais:

Quadro 2 - Evolução do Valor do Piso Salarial dos Professores da Educação Básica no Brasil

Ano	Valor (em Reais)	Percentual do Reajuste
2009	R\$ 950,00	
2010	R\$ 1.024,67	7,86%
2011	R\$ 1.187,97	15,94%
2012	R\$ 1.450,54	22,2%
2013	R\$ 1.567,00	7,97%
2014	R\$ 1.697,39	8,32%
2015	R\$ 1.917,78	13,01%
2016	R\$ 2.135,64	11,36%
2017	R\$ 2.298,80	7,64%
2018	R\$ 2.455,35	6,82%
2019	R\$ 2.557,74	4,17%
2020	R\$ 2.886,15	12,84%

Fonte: <https://sintero.org.br/noticias/geral/governo-bolsonaro-altera-o-custo-aluno-e-impede-correcao-do-piso-do-magisterio-para-2021/2229>.

Não houve reajuste salarial dos professores referente ao ano de 2021, por conta da crise econômica provocada pela pandemia do COVID-19. A Portaria Interministerial MEC/ME n.º

⁷⁸¹ Utiliza-se, como parâmetro, o aumento percentual ocorrido nos dois exercícios imediatamente anteriores. Por exemplo, o reajuste do piso salarial do ano de 2021 corresponde ao mesmo aumento percentual do Custo por Aluno do FUNDEB apurado no ano de 2019 em relação ao fixado no ano de 2020, que são previstos anualmente pela Portaria Interministerial do Ministério da Educação (MEC) e do Ministério da Economia (ME).

⁷⁸² BRASIL. Lei n.º 14.113, de 25 de dezembro de 2020. *Diário Oficial*, Brasília, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2020/Lei/L14113.htm. Acesso em: 15 abril. 2021.

⁷⁸³ Fonte: <https://sintero.org.br/noticias/geral/governo-bolsonaro-altera-o-custo-aluno-e-impede-correcao-do-piso-do-magisterio-para-2021/2229>. Acesso em: 07 abril 2021.



04/2019⁷⁸⁴ estimava que o valor mínimo anual por aluno do FUNDEB em 2020 seria de R\$ 3.643,16, o que geraria um reajuste do piso salarial no ano de 2021 em 5,89%. No entanto, a Portaria Interministerial MEC/ME n.º 03/2020⁷⁸⁵ rebaixou o referido valor para R\$ 3.349,56, o que gerou uma variação negativa em relação ao montante fixado em 2019 que foi de R\$ 3.440,29 e resultou em reajuste zerado para o piso salarial do ano de 2021⁷⁸⁶.

Em 01 de março de 2021 foi publicada a Portaria Interministerial MEC/ME n.º 01⁷⁸⁷ que fixou para o ano de 2021 o valor mínimo anual por aluno do FUNDEB em R\$ 3.768,22. Isso implicou em um aumento, em relação ao valor fixado em 2020 (R\$ 3.349,56), de 12,50%, que deve ser o percentual de reajuste do piso salarial para o ano de 2022, salvo se o Governo, novamente, assim como fez em 2020 na Portaria Interministerial MEC/ME n.º 03/2020, rebaixar esse valor referente ao custo anual mínimo por aluno do FUNDEB inicialmente projetado.

Ressalte-se que os estados e os municípios que não tiverem disponibilidade orçamentária para conseguir custear o valor do piso salarial dos professores da educação básica no âmbito das respectivas redes públicas de ensino, a União deve complementar e integralizar o seu montante (artigo 4.º, Lei n.º 11.738/08⁷⁸⁸). Trata-se da função redistributiva e supletiva de competência da União visando assegurar a equalização de oportunidades educacionais e um padrão mínimo de qualidade do ensino ofertado por todos os entes federados. Essa atribuição do poder central é, como abordado no tópico 1.2 (Cap. III), inerente ao federalismo cooperativo brasileiro (artigo 211.º, §1.º, CRFB).

Tendo em vista a alta judicialização das políticas públicas no Brasil, a Lei n.º 11.738/08, que instituiu o piso salarial aos professores da educação básica brasileira, foi alvo de inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas no STF.

⁷⁸⁴BRASIL. Ministério da Educação e Ministério da Economia. Portaria Interministerial MEC/ME n.º 04, de 27 de dezembro de 2019. *Diário Oficial*, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-4-de-27-de-dezembro-de-2019-235856724>. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁷⁸⁵BRASIL. Ministério da Educação e Ministério da Economia. Portaria Interministerial MEC/ME n.º 3, de 25 de novembro de 2020. *Diário Oficial*, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-3-de-25-de-novembro-de-2020-290556249>. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁷⁸⁶Disponível em: <https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/reestimativa-do-fundeb-2020-foi-publicada-valor-minimo-por-aluno-e-de-r-3-349-56>. Acesso em 07 abril 2021.

⁷⁸⁷BRASIL. Ministério da Educação e Ministério da Economia. Portaria Interministerial nº 1, de 31 de março de 2021. *Diário Oficial*, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-mec-me-n-1-de-31-de-marco-de-2021-311668400>. Acesso em: 07 abril. 2021.

⁷⁸⁸BRASIL. Lei nº 11.738, de 16 de julho de 2008. *Diário Oficial*, Brasília, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/111738.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.



Os estados do Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Ceará ingressaram com a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.167, impugnando os artigos 2.º, §§ 1.º e 4.º; 3.º, caput, incisos II e III; e 8.º, todos da Lei n.º 11.738/08. Embora concordassem com a instituição do piso salarial aos professores da educação básica, impugnavam a fixação de uma jornada máxima de trabalho de 40 horas/semanais, bem como a limitação de 2/3 dessa carga horária em atividades do professor voltadas à interação com o aluno.

Os referidos estados sustentavam que a atribuição de fixação da jornada de trabalho do professor é de competência do chefe do executivo estadual e que a Lei n.º 11.738/08, nesse ponto, teria usurpado a competência legislativa estadual e, conseqüentemente, violado o pacto federativo. Alegavam que isso implicaria na contratação de inúmeros professores, o que causaria fortes impactos financeiros nas contas das administrações públicas, gerando dificuldades de adaptação em razão da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n.º 101/2000). Por fim, também questionavam o conceito de piso salarial, isto é, se referia-se à remuneração, incluindo gratificações e vantagens ou apenas ao vencimento básico inicial.

O STF no julgamento da ADI n.º 4.167 (Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 23.08.2011)⁷⁸⁹ decidiu ser constitucional a norma geral federal que fixou o piso salarial dos professores do ensino médio com base no vencimento, e não na remuneração global, isto é, seu valor diz respeito apenas ao vencimento básico, sem a inclusão de nenhuma vantagem patrimonial, conforme prevê o artigo 3.º, §2º da Lei n.º 11.738/08. Entendeu-se que a interpretação em sentido contrário conduziria não somente ao esvaziamento da finalidade da lei, mas também tornaria inócuos eventuais estímulos salariais conferidos pelos entes federados⁷⁹⁰.

Considerou-se, ainda, que é da competência da União dispor sobre normas gerais relativas ao piso de vencimento dos professores da educação básica, de modo a utilizá-lo como mecanismo de fomento ao sistema educacional e de valorização profissional, e não apenas como

⁷⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4167, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 27 de abril de 2011. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 24 de agosto de 2011, Brasília, 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626497>. Acesso em 20 abril 2021.

⁷⁹⁰ Ressalte-se que, quanto a essa questão, o STF modulou os efeitos temporais da declaração de constitucionalidade para definir a eficácia da norma a partir de 27.04.2011 (data do julgamento do mérito da ADI n.º 4367). Por conseguinte, a partir de 27.04.2011 o piso salarial dos professores do ensino médio brasileiro refere-se ao vencimento básico, isto é, não são incluídas as vantagens pecuniárias. Logo, de 17.07.2008 (data da publicação da Lei n.º 11.738/08) até 26.04.2011 (dia anterior ao julgamento da ADI n.º 4.367), o piso salarial dos professores da educação básica significava a remuneração, ou seja, englobava eventuais vantagens pecuniárias, gratificações e bônus.



instrumento de proteção mínima ao trabalhador. Por fim, proclamou-se a constitucionalidade da norma geral federal que reserva o percentual mínimo de 1/3 da carga horária dos docentes da educação básica para dedicação às atividades extraclasse.

No referido julgado, determinou-se que a fixação da jornada máxima de 40 horas/semanais aos professores do ensino médio tem por função compor o cálculo do respectivo piso salarial. No voto do então Min. Joaquim Barbosa consignou-se que a ausência de parâmetro de carga horária para *“condicionar a obrigatoriedade da adoção do valor do piso poderia levar a distorções regionais e potencializar o conflito judicial, na medida em que permitiria a escolha de cargas horárias desproporcionais ou inexequíveis”*⁷⁹¹.

Entretanto, no tocante à necessidade de, no máximo, 2/3 da jornada de trabalho referir-se à atividade realizada em sala de aula, mediante interação com os alunos, nos termos do artigo 2º, § 4º, da Lei n.º 11.738/08, houve divergência entre os ministros. Cinco deles entenderam pela constitucionalidade do referido dispositivo legal, porém outros cinco pela sua inconstitucionalidade, enquanto um deles estava impedido de votar.

Diante desse empate, o STF deliberou, por maioria, que a decisão tomada na referida ADI n.º 4167, exclusivamente em relação ao § 4º do artigo 2º da Lei n.º 11.738/08, não se reveste de eficácia vinculante e efeito erga omnes, por não haver sido obtida a maioria absoluta, necessária para tanto.

Por conseguinte, embora o aludido artigo tenha sido considerado constitucional, os efeitos da decisão tomada em sede de controle concentrado de constitucionalidade não vinculam os demais estados que não fazem parte da ADIN n.º 4167, que podem regulamentar a matéria de forma diversa. Os efeitos da decisão, nesse ponto específico, tampouco alcança os demais órgãos do judiciário que podem, então, decidir de forma diferente, razão pela qual nada obsta que a matéria seja novamente submetida à decisão pelo STF.

Em resumo, tendo em vista que o artigo 2.º, §4º, da Lei n.º 11.738/08 foi considerada constitucional, sem, contudo, especificamente sobre tal dispositivo, ter-se atingido a maioria absoluta dos votos dos ministros do STF, os efeitos da decisão aplicam-se somente aos estados que ajuizaram a referida ADIN. Assim, os professores da educação básica dos estados do Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Ceará, que são partes da

⁷⁹¹ Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626497>. Acesso em 20 abril 2021.



mencionada ação, devem se submeter a uma carga horária máxima de 40 horas semanais, das quais 2/3, no máximo, deve corresponder a atividades em sala de aula e, no mínimo, 1/3 a tarefas extraclasse.

Diversamente, os professores da educação básica dos demais estados e municípios que não são partes na referida demanda, embora também se sujeitem ao piso salarial da educação básica com uma carga horária máxima de 40 horas/semanais, os respectivos entes federados podem estabelecer percentual diverso do previsto no artigo 2.º, §4.º, da Lei n.º 11.738/08 em relação às atividades que devem ser exercidas em sala de aula e as extraclasse. Assim, por exemplo, podem regulamentar que 80% da carga horária dos professores da educação básica sejam de atividades em sala de aula de interação com os alunos e 20% em ações extraclasse.

A judicialização sobre o piso salarial perante o STF não parou. Isso porque os estados de Mato Grosso do Sul, Goiás, Piauí, Rio Grande do Sul, Roraima e Santa Catarina ingressaram, em 04.09.2012, com outra ADI, a de n.º 4.848⁷⁹². Por meio dela, questionou-se especificamente o artigo 5º da Lei n.º 11.738/08, que dispõe a respeito do critério de reajuste anual do valor do piso nacional, que, conforme ressaltado, leva em conta o mesmo aumento proporcional conferido ao custo do aluno mínimo anual no âmbito do FUNDEB.

Os governadores dos mencionados estados sustentaram na referida ADI n.º 4.848 que o reajuste do piso salarial deveria ser feito com base no INPC – Índice Nacional de Preços ao Consumidor, o que, na prática, representa a atualização monetária em valores menores do que os obtidos com a aplicação do índice previsto na referida lei. Ressalte-se que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) n.º 3.776/08⁷⁹³, defendido pelos estados, que visa alterar o artigo 5.º da Lei n.º 11.738/08, prevendo, expressamente, o INPC como critério de reajuste, que não foi aprovado até o momento.

A referida ADI n.º 4.848 foi julgada, quanto ao mérito, no plenário virtual do STF de 19.02.2021 a 26.02.2021. Por unanimidade, entendeu-se que é constitucional a norma federal que prevê a forma de atualização do piso nacional do magistério da educação básica, nos termos do voto do relator Min. Roberto Barroso, cujo trecho transcreve-se abaixo:

⁷⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4848, Rel. Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 01 de março de 2021. Diário de Justiça Eletrônico, publicado em 05 de maio de 2021, Brasília, 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755756933>. Acesso em 20 abril 2021.

⁷⁹³ Disponível em: <http://camara.leg.br>. Acesso em: 10 mar. 2021.



se não houver a obrigatoriedade de revisão periódica dos valores, a função do piso nacional poderia ser artificialmente comprometida pela simples omissão dos entes federados e geraria uma perda continuada de valor, que forçaria o Congresso Nacional a intervir periodicamente para reequilibrar as expectativas. A previsão de mecanismos de atualização, portanto, é uma consequência direta da existência do próprio piso⁷⁹⁴.

Logo, a periódica recomposição do valor anual do piso salarial da educação básica está em consonância com o Princípio da Valorização dos Profissionais da Educação Escolar, previsto no artigo 206.º, V, da CRFB. Por se tratar de dever estatal prioritário, resulta na imposição de sua concretização, por meio da elaboração de políticas públicas que garantam adequadas condições de trabalho aos professores, dentre as quais está a retribuição salarial justa e digna para a relevante função que desempenham.

A fixação de um índice menor de atualização do piso salarial dos professores, buscado na referida ADI n.º 4.848, afeta frontalmente o conteúdo normativo do artigo 206.º, V e VIII, da CRFB, na medida em que torna o seu valor defasado frente a inflação anual. Viola, assim, a própria finalidade da norma constitucional de valorização da educação e contribui para o desestímulo à formação de novos pedagogos e, conseqüentemente, abala a própria qualidade do ensino básico.

Conseqüentemente, o STF julgou improcedente a referida ação direta de inconstitucionalidade e fixou a seguinte tese: “*É constitucional a norma federal que prevê a forma de atualização do piso nacional do magistério da educação básica*”.

2.6 Gestão Democrática do Ensino Público

O artigo 206.º, VI da CRFB⁷⁹⁵ estabelece o princípio da gestão democrática do ensino público, na forma da lei⁷⁹⁶. Trata-se de dispositivo constitucional similar ao existente na ordem constitucional portuguesa (artigo 77.º, CRP), analisado no tópico 2.4 (Cap. II).

O conteúdo normativo do referido preceito enuncia verdadeiro direito à participação democrática no ensino, o que se materializa tanto na possibilidade de os professores e alunos

⁷⁹⁴ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4297652>. Acesso em 07 abril 2021.

⁷⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, p. 485, entendem que o referido dispositivo constitucional é diretamente aplicável e dotado de plena eficácia.

⁷⁹⁶ Vide MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.* p. 565; MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional...op.cit.*, p. 1.798.



atuarem na gestão das instituições públicas de ensino quanto dos pais, alunos e professores poderem influenciar a definição da política pública de ensino.

Nessa perspectiva, essa participação da comunidade na gestão democrática do ensino público revela a conexão existente entre o direito social à educação e o conteúdo normativo do direito de liberdade de expressão e pensamento (artigo 5.º, IX, CRFB). Por conseguinte, sujeita-se ao regime jurídico reforçado de aplicação direta da Constituição (artigo 5.º, §1º, CRFB), independente da atuação do legislador, bem como de limite de reforma pelo poder constituinte derivado (artigo 60.º, §4º, IV, CRFB).

Desse modo, os professores não devem ser reduzidos a mero empregados das instituições de ensino tampouco os alunos considerados apenas usuários dos serviços educacionais, mas como partícipes na gestão da instituição de ensino⁷⁹⁷.

A gestão democrática das escolas está associada à autonomia concedida aos estabelecimentos de ensino, prevista no artigo 12.º da Lei n.º 9.394/96, e lhes assegura a incumbência de elaborar e executar sua proposta pedagógica, administrar seus funcionários, bem como gerir os recursos materiais e financeiros necessários ao desempenho de suas atividades. Por outro lado, é expressamente garantido o direito dos docentes de participar da elaboração da proposta pedagógica adotada pela instituição de ensino (artigo 13.º, I, Lei n.º 9.394/96).

Nesse ambiente plural, o artigo 14.º da Lei n.º 9.394/96 preceitua que os sistemas de ensino definirão as normas da gestão democrática do ensino público na educação básica, de acordo com as suas peculiaridades e conforme os princípios da participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola e da participação da comunidade escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes.

A gestão democrática do ensino é estabelecida em todos os seus níveis, desde o ensino básico até o superior. Nesse sentido, o artigo 56.º da Lei n.º 9.394/96 preceitua que as instituições públicas de educação superior obedecerão ao princípio da gestão democrática, assegurada a existência de órgãos colegiados deliberativos, de que participarão os segmentos da comunidade institucional, local e regional. Em qualquer caso, os docentes ocuparão setenta por cento dos assentos em cada órgão colegiado e comissão, inclusive nos que tratarem da elaboração e

⁷⁹⁷ ABRANTES, Pedro. *A Educação em Portugal...op.cit.*, p. 29.



modificações estatutárias e regimentais, bem como da escolha de dirigentes (artigo 56.º, § único, Lei n.º 9.394/96).

A gestão democrática do ensino público demanda também a participação da comunidade na definição das políticas públicas. Na estrutura educacional brasileira, há o Conselho Nacional de Educação (CNE), com funções normativas, de supervisão e atividade permanente (artigo 9.º, §1º, Lei n.º 9.394/96).

O CNE é composto pelas Câmaras de Educação Básica e de Educação Superior, cada uma com doze conselheiros, nomeados pelo Presidente da República, e tem atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento ao Ministro de Estado da Educação, de forma a assegurar a participação da sociedade no aperfeiçoamento da educação nacional⁷⁹⁸.

O princípio da gestão democrática de ensino público significa, assim, que toda a estrutura do ensino público deve ser gerida, tratando-se da rede pública de ensino, em conjunto por todos os entes públicos – União, estados, Distrito Federal e municípios – permitindo, também, a participação da família dos alunos, a fim de se estabelecer um modelo democrático e inclusivo de ensino.

2.7 Garantia de Padrão de Qualidade

O artigo 206.º, VI da CRFB estabelece o princípio da garantia de padrão de qualidade⁷⁹⁹. Reveste-se de *dever estatal prioritário*, ou seja, o legislador encontra-se vinculado ao progressivo estabelecimento de medidas que assegurem a qualidade no sistema de ensino, aferida mediante índices de desempenho. Em outras palavras, o legislador ordinário deve pautar sua atividade com base no contínuo *dever de concretização* da norma, implementando políticas públicas e ações que propiciem o ensino de qualidade a todos e em quaisquer dos seus níveis.

Esse dever de melhoria da qualidade de ensino é também assegurado no artigo 214.º, III a CRFB, cujas atividades que conduzam à sua concretização devem ser previstas no Plano

⁷⁹⁸ O Regimento Interno do CNE foi instituído por força da Portaria MEC 1.306, de 02/09/1999, resultante da homologação do Parecer CNE/CP n.º 99, de julho de 1999. Está disponível em <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CP/RI.pdf>. Acesso em 07 abril 2021.

⁷⁹⁹ Vide FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 91, destaca a importância da qualidade da educação para fomentar a construção de uma “*educação democrática*”, a fim de fortalecer as instituições, bem como MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional...op.cit.*, p. 1.798.



Nacional de Educação (PNE), de duração decenal, que atualmente é a Lei n.º 13.005, de 25 de junho de 2014.

O artigo 11.º da referida lei prevê que o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (SAEB), coordenado pela União, em colaboração com os estados, o Distrito Federal e os municípios, constituirá fonte de informação para a avaliação da qualidade da educação básica e para a orientação das políticas públicas desse nível de ensino. Por meio dele, são avaliados os indicadores de rendimento escolar, referente ao desempenho dos alunos, bem como os de avaliação institucional, verificando, dentre outros fatores, a infraestrutura das escolas, os recursos pedagógicos disponíveis e os processos da gestão (artigo 11.º, §1.º, Lei n.º 13.005/2014).

As médias de desempenho obtidas no SAEB em conjunto com os dados sobre aprovação escolar obtidos no censo escolar são utilizados para se calcular o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB)⁸⁰⁰.

O IDEB foi criado em 2007 e agrega, em um só indicador, os resultados de dois conceitos importantes para a qualidade da educação: fluxo escolar e as médias de desempenho nas avaliações⁸⁰¹.

O referido índice varia de 0 a 10 e, por meio dele, permite-se traçar metas de qualidade educacional para os sistemas, combinando de forma equilibrada fluxo e aprendizagem e são diferenciadas para cada unidade, rede e escola⁸⁰².

Nessa toada, se um sistema de ensino retiver seus alunos para obter melhores resultados no SAEB, o fator fluxo será alterado, indicando necessidades de melhoria. Por outro lado, se o sistema apressar a aprovação do aluno sem qualidade, o resultado das avaliações indicará igualmente a necessidade de melhoria do sistema⁸⁰³.

O IDEB também é utilizado para a avaliação da concretização das metas previstas nas políticas públicas educacionais, notadamente no PNE. Tanto que a Meta 7 do PNE é de fomentar a qualidade da educação básica em todas as etapas e modalidades, com melhoria do fluxo escolar e da aprendizagem de modo a atingir em 2022 a média 6,0 do IDEB, que representaria

⁸⁰⁰Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/ideb>. Acesso em 07 abril 2019.

⁸⁰¹ *Idem*.

⁸⁰²Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/ideb>. Acesso em 07 abril 2019.

⁸⁰³Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/ideb>. Acesso em 07 abril 2019.



a média dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁸⁰⁴. Portanto, a comparação com a qualidade dos sistemas de ensino dos países da OCDE é o parâmetro técnico utilizado no Brasil em busca da qualidade da educação⁸⁰⁵.

A OCDE, a nível internacional, possui o *Programme for International Student Assessment* (PISA), Programa Internacional de Avaliação de Estudantes, que é um importante indicador da qualidade do ensino básico dos países participantes.

O PISA é um estudo comparativo realizado, a cada três anos, em âmbito internacional, com alunos de 15 anos de idade, que representa a média etária de conclusão do ensino básico obrigatório na maioria dos países do mundo⁸⁰⁶.

O aludido exame avalia três domínios – leitura, matemática e ciências – e a cada edição os estudantes avaliam um domínio principal, o que representa um maior número de questões a respeito da respectiva área de conhecimento⁸⁰⁷.

Analisa-se, ainda, domínios considerados inovadores, como Resolução de Problemas, Letramento Financeiro e Competência Global⁸⁰⁸. A primeira edição do PISA ocorreu em 2000 e, na última edição, aplicada em 2018, 79 países participaram do PISA, dos quais 37 são membros da OCDE, como Portugal, e 42 países são economias parceiras, como o Brasil⁸⁰⁹. O único país da América Latina que integra, atualmente, a OCDE é o Chile⁸¹⁰.

Por conta da crise pandêmica provocada pela COVID-19, a OCDE decidiu adiar a avaliação do PISA, que ocorreria em 2021 para 2022 e, consequentemente, o de 2024 para 2025. O domínio principal da edição do PISA 2022 será matemática, cujo quadro conceitual já se encontra disponível *on line*⁸¹¹.

⁸⁰⁴ Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/ideb/metas>. Acesso em 07 abril 2019.

⁸⁰⁵ *Idem*.

⁸⁰⁶ Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/avaliacao-e-exames-educacionais/pisa>. Acesso em 08 abril 2019.

⁸⁰⁷ Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/avaliacao-e-exames-educacionais/pisa>. Acesso em 08 abril 2019.

⁸⁰⁸ *Idem*.

⁸⁰⁹ *Idem*.

⁸¹⁰ A respeito da educação escolar no Chile no século XXI, vide a pesquisa realizada por Carolina Alves de Souza Lima, para a obtenção do título Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) disponibilizada pela autora em: https://almedina.ams3.cdn.digitaloceanspaces.com/pdf_preview/educacao-chile.pdf. Acesso em 02 fev. 2021.

⁸¹¹ Disponível em: <https://pisa2021-maths.oecd.org/index.html>. Acesso em: 08 abril 2021.



O PISA 2018 envolveu 597 escolas públicas e privadas com 10.961 alunos selecionados por amostragem, a partir de um total de dois milhões de estudantes.

Os resultados do PISA 2018, conforme relatório divulgado pela OCDE em relação ao Brasil, demonstram, em linhas gerais, no tocante aos estudantes brasileiros com 15 anos de idade, o seguinte:

- a) 68,1% não possuem nível básico de matemática, considerado o mínimo para o exercício pleno da cidadania; b) 55% não possuem nível básico em ciências; c) 50% não possuem o nível básico em leitura**⁸¹². (negrito nosso)

A pontuação obtida pelo Brasil no PISA 2018 foi de 413 pontos em leitura (58ª posição), 384 em matemática (71ª posição) e 404 em ciências (67ª posição)⁸¹³.

Esse desempenho está bem abaixo se comparado à média da pontuação dos países membros da OCDE que é de 487 pontos em leitura, 489 pontos em matemática e 489 pontos em ciências⁸¹⁴.

O resultado do Brasil no PISA 2018 demonstra que a qualidade da educação básica no Brasil ainda precisa melhorar exponencialmente.

Diferentemente, a pontuação obtida por Portugal, no PISA 2018, foi de 492 pontos em leitura (25ª posição), 492 pontos em matemática (29ª posição) e 492 pontos em ciência (27ª posição)⁸¹⁵.

Constata-se, então, que em todos esses três domínios Portugal ficou acima da média dos países da OCDE, o que revela que a qualidade da educação básica em Portugal é superior que no Brasil.

Conforme o gráfico abaixo, elaborado pela OCDE⁸¹⁶, a pontuação do Brasil no PISA desde 2000 até 2018, apesar de ter havido incrementos, tem sofrido oscilações, senão veja-se:

⁸¹² Disponível em: https://www.oecd.org/pisa/publications/PISA2018_CN_BRA.pdf. Acesso em: 08 abril 2021.

⁸¹³ Disponível em: https://www.oecd.org/pisa/PISA-results_PORTUGUESE.png e <https://educacao.uol.com.br/noticias/2019/12/03/brasil-cai-em-ranking-mundial-de-ciencias-e-matematica-e-empaca-em-leitura.htm>. Acesso em: 08 abril 2021.

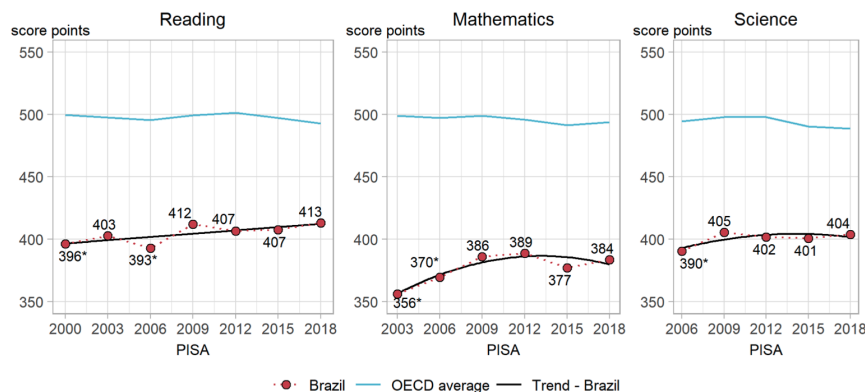
⁸¹⁴ Disponível em: https://www.oecd.org/pisa/PISA-results_PORTUGUESE.png. Acesso em: 08 abril 2021.

⁸¹⁵ Disponível em: https://www.oecd.org/pisa/PISA-results_PORTUGUESE.png. Acesso em: 08 abril 2021.

⁸¹⁶ Disponível em: https://www.oecd.org/pisa/publications/PISA2018_CN_BRA.pdf. Acesso em: 08 abril 2021.

Quadro 3 - Evolução da Pontuação do Brasil do PISA 2000 ao PISA 2018

Figure 2. Trends in performance in reading, mathematics and science



Notes: * indicates mean-performance estimates that are statistically significantly above or below PISA 2018 estimates for Brazil. The blue line indicates the average mean performance across OECD countries with valid data in all PISA assessments. The red dotted line indicates mean performance in Brazil. The black line represents a trend line for Brazil (line of best fit).
Source: OECD, PISA 2018 Database, Tables I. B1.10, I. B1.11 and I. B1.12.

Fonte: Disponível em https://www.oecd.org/pisa/publications/PISA2018_CN_BRA.pdf.

A linha azul representa a pontuação da média dos países da OCDE em cada PISA desde 2000, o primeiro, até 2018, o último. A linha pontilhada vermelha indica a performance do Brasil em cada PISA na respectiva área de domínio (leitura, matemática e ciências). Por sua vez, a linha preta representa a tendência da pontuação, que indica queda no domínio de matemática e estagnação dos demais domínios de leitura e ciência.

Apesar do resultado do PISA 2018 do Brasil ter sido melhor em todos os domínios do que comparado ao PISA 2015, verifica-se que, além de estar bem abaixo da média dos países da OCDE em todas as edições do PISA, há uma estagnação no desempenho desde 2009.

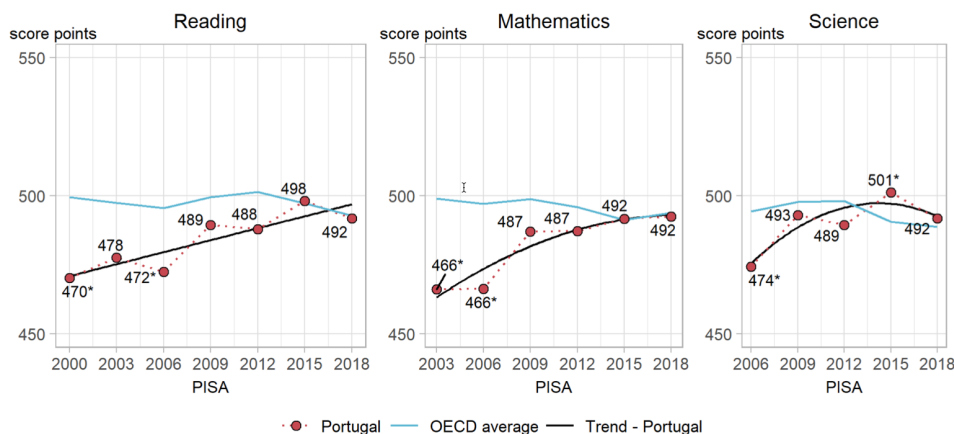
Isso porque os resultados em todos os três domínios obtidos no PISA 2009 (412 na leitura, 386 em matemática e 405 em ciência), comparado aos do PISA 2018 (413 na leitura, 384 em matemática e 404 em ciência) demonstra que houve piora em matemática e ciência e pequena melhora de apenas um ponto em leitura. Em outras palavras, nesse período de 10 (dez) anos, de 2009 a 2018, não se verificou incremento substancial na qualidade da educação básica brasileira.



Situação oposta se verifica em Portugal, mediante a análise do gráfico abaixo, também elaborado pela OCDE em seu relatório⁸¹⁷, no qual se constata expressivo aumento das pontuações obtidas desde o PISA 2000, nos seguintes termos:

Quadro 4 - Evolução da Pontuação de Portugal do PISA 2000 ao PISA 2018

Figure 2. Trends in performance in reading, mathematics and science



Notes: *indicates mean-performance estimates that are statistically significantly above or below PISA 2018 estimates for Portugal. The blue line indicates the average mean performance across OECD countries with valid data in all PISA assessments. The red dotted line indicates mean performance in Portugal. The black line represents a trend line for Portugal (line of best fit).
Source: OECD, PISA 2018 Database, Tables I. B.1.10, I. B.1.11 and I. B.1.12.

Fonte: Disponível em: https://www.oecd.org/pisa/publications/PISA2018_CN_PRT.pdf.

Verifica-se que houve substancial aumento das pontuações obtidas pelos alunos em Portugal, tanto que nas edições iniciais do PISA estavam abaixo da média dos países da OCDE nos três domínios, todavia, desde o PISA 2015 obteve-se média igual ou superior em todos os três domínios, o que se manteve no PISA 2018.

A comparação entre o desempenho dos dois países no âmbito do PISA revela que, no Brasil, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que a qualidade da educação básica atinja o nível de qualidade no padrão dos países da OCDE.

2.8 Garantia do Direito à Educação e à Aprendizagem ao Longo da Vida

⁸¹⁷ Disponível em: https://www.oecd.org/pisa/publications/PISA2018_CN_PRT.pdf. Acesso em 08 abril 2019.



A Emenda Constitucional n.º 108/2020 incluiu o inciso IX no artigo 206.º da CRFB prevendo o princípio da garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida⁸¹⁸. O preceito demonstra a preocupação do Estado brasileiro com a educação de jovens e adultos, isto é, aqueles que não tiveram a oportunidade de acesso à educação na idade adequada.

É preciso ressaltar que a garantia do direito à educação de jovens e adultos não passou a ter assento constitucional em razão da mencionada emenda. Isso porque a redação original do artigo 208.º, I da CRFB já previa ao estabelecer que o ensino fundamental, obrigatório e gratuito é destinado “*inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria*”. A redação atual do referido dispositivo, conferida pela Emenda Constitucional n.º 59/2009, mantém essa previsão.

Apesar da CRFB qualificá-lo como princípio, trata-se de autêntico *direito fundamental*, posto que integra o conteúdo normativo do direito ao ensino fundamental obrigatório e gratuito (artigo 208.º, I e §1º, CRFB)⁸¹⁹. Por conseguinte, sujeita-se ao regime jurídico reforçado de aplicação direta da Constituição (artigo 5.º, §1º, CRFB), independente da atuação do legislador, bem como de limite de reforma pelo poder constituinte derivado (artigo 60.º, §4º, IV, CRFB).

Portanto, comprovada a ausência da conclusão do ensino fundamental e médio na época própria (dos 4 aos 17 anos), o cidadão tem o direito de exigir a matrícula em uma escola pública a fim de poder concluir esse ciclo de aprendizado indispensável à sua formação e ao pleno exercício da cidadania inclusiva.

Nesse sentido, o artigo 4.º, VII, da Lei n.º 9.394/96 prevê que o dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de oferta de educação escolar regular para jovens e adultos, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades, garantindo-se aos que forem trabalhadores as condições de acesso e permanência na escola.

O Estado deve anualmente recensear os jovens e adultos que não concluíram a educação básica (artigo 5.º, §1º, II, Lei n.º 9.394/96). A educação de jovens e adultos é prevista também nos artigos 37.º e 38.º, ambos da Lei n.º 9.394/96.

⁸¹⁸ Vide FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 322, bem como MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional...op.cit.*, p. 1.796-1808; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, pp. 564-570.

⁸¹⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional...op.cit.*, p. 1.796-1808; bem como MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, pp. 564-570.



A fim de assegurar esse direito, a oferta do ensino deve considerar a situação do educando, notadamente o fato de trabalharem durante o horário de expediente. Portanto, a oferta do ensino fundamental, nessa situação, deve ocorrer em período noturno, conforme é expressamente garantido no artigo 208.º, VI da CRFB e no artigo 24.º, §2.º da Lei n.º 9.394/96.

A educação de jovens e adultos é fundamental para o Brasil eliminar o analfabetismo, inclusive o funcional, isto é, o índice de pessoas que apesar de formalmente alfabetizadas não conseguem desenvolver habilidades básicas, como entender o que leem.

O analfabetismo funcional está presente na realidade brasileira, pois conforme o resultado do PISA 2018, analisado no tópico anterior, 50% dos jovens com 15 anos de idade no Brasil não possuem o nível básico em leitura e 68,1% não atingiram o nível básico em matemática, considerado pela OCDE o mínimo para o exercício pleno da cidadania.

A Meta 9 do PNE busca elevar a taxa de alfabetização da população com 15 (quinze) anos ou mais para 93,5% até 2015 e, até o final da vigência do PNE (que ocorrerá em 2024), erradicar o analfabetismo absoluto e reduzir em 50% (cinquenta por cento) a taxa de analfabetismo funcional. Para atingir essa meta a principal estratégia (9.1) é assegurar a oferta gratuita da educação de jovens e adultos a todos os que não tiveram acesso à educação básica na idade própria.

3 DIREITO SUBJETIVO AO ENSINO BÁSICO, OBRIGATÓRIO, GRATUITO E UNIVERSAL E O ATENDIMENTO AOS ALUNOS COM DEFICIÊNCIA

Trata-se, neste tópico, a respeito do direito subjetivo ao ensino básico obrigatório, universal e gratuito, expressamente reconhecido no texto constitucional (artigo 208.º, I, da CRFB), bem como sobre a educação inclusiva no Brasil e o atendimento educacional especializado aos alunos com deficiência nas instituições públicas e particulares de ensino.

3.1 O Direito Público Subjetivo à Educação Básica Obrigatória, Gratuita e Universal

O artigo 208.º, I, da CRFB preceitua que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete)



anos de idade, assegurado inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria⁸²⁰, com a atual redação dada pela Emenda Constitucional n.º 59/2009⁸²¹.

A referida emenda foi relevante, pois alterou a redação do referido dispositivo substituindo o termo “*ensino fundamental obrigatório e gratuito*” por “*educação básica obrigatória e gratuita*”. A redação original do artigo 208.º, I, da CRFB direcionava a obrigatoriedade do ensino apenas para o nível fundamental, o que, portanto, não incluía o ensino médio, tanto que a redação original do inciso II do referido dispositivo previa a garantia da “*progressiva extensão da obrigatoriedade e da gratuidade ao ensino médio*”.

Em seguida, a Emenda Constitucional n.º 14/96 alterou a redação do aludido inciso II do artigo 208.º da CRFB passando a dispor a garantia da “*progressiva universalização do ensino médio gratuito*”. Entretanto, embora tenha também modificado o inciso I do referido dispositivo constitucional, a aludida emenda manteve o ensino obrigatório apenas para o nível fundamental, continuando sem abranger o ensino médio.

Apenas com a edição da Emenda Constitucional n.º 59/2009 é que a redação do artigo 208.º, I, da CRFB foi novamente alterada para expressamente constar que não apenas o ensino fundamental, mas toda a educação básica é obrigatória e gratuita. Visando adequar-se à modificação do texto constitucional, houve, em 2013, a alteração da redação do artigo 4.º da Lei n.º 9.394/96 realizada pela Lei n.º 12.796/2013, passando a constar expressamente que a educação básica engloba o ensino pré-escolar, o ensino fundamental e o ensino médio.

Deste modo, inacreditavelmente, somente a partir de 2009 foi reconhecido, de forma expressa na CRFB, que o ensino médio – e não apenas o nível fundamental – está abrangido pela obrigatoriedade e universalidade. Talvez essa falta de consciência institucional a respeito da importância da educação enquanto mola propulsora da própria civilização possa explicar os atrasos em promoção de justiça social e a acentuada desigualdade social que assola o Brasil.

Não se pode confundir a obrigatoriedade com a universalidade do ensino. A escolaridade obrigatória, seja em Portugal (artigo 74.º, n.º 2, alínea *a*, CRP e artigo 2.º, n.º 3, Lei n.º 85/2009) ou no Brasil (artigos 208.º, I, e §1º, CRFB e artigo 6.º, Lei n.º 9.394/96), configura

⁸²⁰ Vide MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, pp. 564-570; FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 322, bem como MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional...op.cit.*, pp. 1.796-1808.

⁸²¹ A Emenda Constitucional n.º 59 de 11 de novembro de 2009. *Diário Oficial*, Brasília, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc59.htm. Acesso em: 10 jan. 2021, modificou a redação do artigo 208.º, I da CRFB e incluiu expressamente a faixa etária da educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade.



direito e deveres direcionados tanto ao Estado, quanto aos pais e alunos, nos seguintes termos:

a) *direito dos pais e alunos* à vaga em instituição pública da educação básica, exigível contra o Estado, que deve assegurá-la; b) em relação aos pais ou responsáveis pela educação do menor, implica no *dever de matricular* o seu filho ou educando em uma escola da rede pública ou particular; c) no tocante ao discente, resulta no *dever de frequência* à instituição de ensino em que se encontra matriculado.

Diversamente, a *universalidade*, por si só, significa que todos tem o direito de matricular-se e de frequentar o ensino básico em uma instituição pública gratuita, devendo, por conseguinte, o Estado promover as medidas materiais, financeiras e orçamentárias necessárias para garantir a vaga a quem requerer.

Nota-se, então, que a universalidade, sem a marca da obrigatoriedade, retira dos pais e dos encarregados da educação o dever de matricular o filho ou educando e, no tocante ao discente, não gera o dever de frequência, embora mantenha o direito dos pais e alunos de exigirem uma vaga na instituição de ensino em face do Estado.

Em outras palavras, enquanto a obrigatoriedade, além de gerar o direito de acesso ao ensino cumula também obrigações de matrícula aos pais e de frequência aos alunos, diversamente, a universalidade impõe deveres apenas ao Estado, que deve assegurar o direito à vaga em instituição pública de ensino quanto requerido, voluntariamente, pelos pais ou alunos, sem, entretanto, gerar as incumbências de matrícula e de frequência.

Por exemplo, em Portugal o ensino básico *obrigatório* vai dos 6 (seis) aos 18 (dezoito) de idade, contudo a Lei n.º 65/2015 portuguesa alterou a Lei n.º 85/2009 e assegurou a *universalidade* do ensino infantil dos 4 (quatro) aos 5 (anos). Assim, os pais que queiram, voluntariamente, matricular os seus filhos no ensino infantil a partir dos 4 anos tem o direito à vaga em uma instituição de ensino, podendo exigí-la do Estado, contudo, não se pode obrigar os pais a matricular seus filhos desde essa idade, pois o ensino obrigatório é apenas a partir dos 6 (seis) anos.

Cita-se, outro exemplo, no Brasil o aluno com 20 anos de idade que não concluiu o ensino fundamental, embora não seja mais obrigatório (pois, como destacado, o ensino básico obrigatório no Brasil vai dos 4 aos 17 anos de idade), por manter a sua qualidade de universal, pode exigir do Estado uma vaga em uma instituição pública de ensino fundamental, referente a educação como adultos, que deve assegurá-lo, sem, contudo, haver, por parte do discente, o dever de matrícula e de frequência.



Assim, mesmo que o educando tenha idade superior ao limite referente ao ensino básico obrigatório, ou seja, mais de 17 anos, no sistema brasileiro, em face da manutenção da universalidade, tem o direito a uma vaga em uma instituição pública de ensino básico, direcionada à educação para adultos, em prol daqueles que não tiveram acesso na idade adequada (artigo 208.º, I, CRFB).

Ressalte-se que a obrigatoriedade e a universalidade do ensino básico vem, em regra, qualificada também pela sua gratuidade, tendo em vista que o direito à vaga em uma instituição pública deve ser assegurada, embora não exclusivamente, em especial, para aqueles que não tem condições econômicas de realizar, por meios próprios, o seu custeio, a fim de se realizar a efetiva igualdade de oportunidades.

Positivar que o ensino público básico é universal e obrigatório, mas, por outro lado, não instituir mecanismos que garantam a sua gratuidade afigura-se contraditório e inconciliável, pois aqueles que não tem recursos financeiros serão excluídos e não terão acesso à educação, não podendo, assim, exigir-se o dever de matrícula nem o de frequência.

Visto tais diferenças, o que se deve ter em mente é que o artigo 208.º, I, da CRFB reveste-se de autêntico *direito fundamental*, tanto que é expressamente declarado que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo (artigo 208.º, §1º, CRFB). Por conseguinte, sujeita-se ao regime jurídico reforçado de aplicação direta da Constituição (artigo 5.º, §1º, CRFB), independente da atuação do legislador, bem como de limite de reforma pelo poder constituinte derivado (artigo 60.º, §4º, IV, CRFB).

Relevante destacar que a estrutura normativa do preceito previsto no referido artigo 208.º, §1º, CRFB positiva o direito social de acesso à educação básica gratuita não na condição de princípio, mas, de regra. Isso porque tem determinabilidade constitucional e prescreve o seu conteúdo de forma delimitada e para titulares específicos, submetendo-se à aplicação, pelo intérprete, por subsunção dos fatos e mediante a lógica do *tudo ou nada*⁸²².

Trata-se, portanto, de pretensão originária imediatamente exigível por força da própria Constituição⁸²³, independentemente de atuação do legislador infraconstitucional, o que acentua

⁸²² ALEXY, Robert. *Teoria...op.cit.*, pp. 148-167

⁸²³ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 438.



o caráter preceptivo (ou de eficácia plena) da norma prevista tanto na ordem constitucional brasileira (artigo 208.º, I e §1º, CRFB) quanto na portuguesa (artigo 74.º, n.º 2.º, alínea *a*, CRP).

O acesso ao ensino básico é, frise-se, um direito subjetivo originário da Constituição, possuindo plena justiciabilidade. Considerando que, nos termos do já mencionado artigo 4.º, Lei n.º 9.394/96, a educação básica pública engloba o ensino pré-escolar, fundamental e médio, disso resulta que todo indivíduo a partir dos 4 (quatro) anos de idade tem o direito à uma vaga na instituição pública do ensino pré-escolar, fundamental ou médio, inclusive, a mais próxima de sua residência.

Ademais, por se tratar de um direito subjetivo coletivo e de interesse público, qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, podem acionar o poder público para exigí-lo (artigo 5.º, Lei n.º 9.394/96).

Ademais, o artigo 208.º, IV da CRFB, com a modificação feita pela Emenda Constitucional n.º 53/2006⁸²⁴, estabelece que a educação infantil, em creche e pré-escola, é devido às crianças até 5 (cinco) anos de idade. Por sua vez, consoante o artigo 30.º, Lei n.º 9.394/96, a educação infantil será oferecida em: *a*) creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade; *b*) pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco).

Confrontando, no Brasil, a estrutura do ensino básico e infantil delimitada na LDB (notadamente os artigos 4º e 30.º, ambos da Lei 9.394/96), tendo em vista que a educação básica se inicia a partir dos 4 (quatro) anos de idade, constata-se que parte da educação infantil, notadamente o ensino pré-escolar, integra a educação básica obrigatória no Brasil. Consequentemente, a educação infantil em creches, voltadas para crianças até os 3 (três) anos de idade não engloba o ensino obrigatório.

Essa organização é diferente da estabelecida em Portugal. Enquanto no Brasil o ensino básico obrigatório (que inclui o ensino pré-escolar, fundamental e médio), vai dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, diversamente, em Portugal, conforme analisado no tópico 2.5 (Cap. II), a Lei n.º. 85/2009 alargou a obrigatoriedade do ensino básico dos 6 (seis) até os 18 (dezoito) anos de idade, bem como consagrou a universalidade também para a educação pré-

⁸²⁴ A Emenda Constitucional n.º 53 de 19 de dezembro de 2006. *Diário Oficial*, Brasília, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc53.htm. Acesso em: 10 jan. 2021, alterou a redação do artigo 208.º, IV da CRFB e diminuiu o termo final da educação infantil de 6 (seis) anos para 5 (cinco) anos.



escolar para todas as crianças a partir do ano que atingirem 5 (cinco) anos de idade (artigo 2.º, n.º 1.º, Lei n.º 85/2009).

Em seguida, a Lei n.º 65/2015 portuguesa alterou a Lei n.º 85/2009 e estabeleceu a universalidade da educação pré-escolar para as crianças a partir dos 4 (quatro) anos de idade. Em Portugal, a educação infantil é voltada às crianças a partir dos 3 (três) anos até os 5 (cinco) anos de idade e, portanto, não integra o âmbito do ensino básico obrigatório.

Por conseguinte, enquanto no Brasil o ensino básico obrigatório inclui os alunos com idade a partir de 4 anos até os 17 anos (englobando, portanto, o ensino pré-escolar da educação infantil, bem como o ensino fundamental e o médio), diferentemente, em Portugal, o ensino básico obrigatório inicia-se somente aos 6 (seis) anos, não abrangendo, assim, o ensino infantil, seja em creches ou pré-escolas, embora, como já destacado, seja garantida a universalidade da educação infantil desde os 4 anos de idade.

Nessa perspectiva, no Brasil a matrícula da criança a partir dos 4 (quatro) anos de idade em escola pública é um direito do aluno e dever dos pais ou responsáveis, pois o ensino a partir dessa faixa etária até os 17 (dezessete) anos é obrigatório e universal. A partir desse limite, embora perca o caráter obrigatório, mantém-se, como ressaltado, a sua marca universal devendo o ensino básico ser fornecido gratuitamente aos jovens e adultos que não tiveram acesso na idade adequada (artigo 208.º, I, CRFB).

Diversamente, em Portugal, a matrícula da criança a partir dos 4 (quatro) anos trata-se apenas de um direito do aluno e não de um dever dos pais, pois nessa faixa etária o ensino pré-escolar é tão somente universal e não obrigatório. A obrigação dos pais de matricular os filhos, em Portugal, surge quando a criança atinge os 6 (seis) anos de idade.

Essa diferença de tratamento normativo a respeito do termo inicial da educação básica obrigatória não implica necessariamente em melhor qualidade do ensino prestado. Tanto que, conforme verificado no tópico 2.7 (Cap. III), apesar do ensino básico obrigatório em Portugal iniciar dois anos depois do que no Brasil, os seus resultados de avaliação são muito melhores do que os comparados com os brasileiros em todas as edições do PISA, desde 2000 até 2018.

Portanto, pode-se concluir que o tempo de duração do ensino básico obrigatório, apesar de ser superior no Brasil (compreende dos 4 aos 17 anos) em relação a Portugal (engloba dos 6 aos 18 anos) não se traduz, necessariamente, em aumento no desempenho escolar dos alunos.



Por isso, a importância de não somente assegurar a igualdade de acesso ao ensino básico a todos (dimensão formal), mas, sobretudo, propiciar um serviço público educacional de qualidade (aspecto material), a fim de que possa efetivamente formar alunos aptos ao exercício da cidadania inclusiva.

Infelizmente, isso ainda é uma meta distante a ser alcançada no Brasil, pois conforme o resultado do último PISA realizado em 2018, abordado no tópico 2.7 (Cap. III), 68,1% dos alunos brasileiros na faixa etária de 15 anos de idade não atingiram o nível básico em matemática, considerado pela OCDE o mínimo para o exercício pleno da cidadania⁸²⁵.

A educação básica, além de obrigatória e universal, é também gratuita. A gratuidade do ensino público, conforme abordado no tópico 2.4 (Cap. III), engloba duas componentes: *a) educativa*, que representa os gastos relacionados diretamente com a prestação do ensino propriamente dito, tais como os salários dos professores e a aquisição de livros para a biblioteca das escolas; *b) não educativa*, a qual simboliza as despesas que apesar de não serem estritamente referentes à prestação do serviço educacional, correlacionam-se com a educação e são indispensáveis ao seu pleno desenvolvimento, tais como o transporte escolar e a alimentação.

Também no aspecto da gratuidade há diferença entre o sistema de ensino brasileiro e o português. Em ambos os países, no tocante ao ensino básico obrigatório, tanto a componente educativa quanto a não educativa são custeadas pelo Estado, sem a participação do usuário do serviço público. Todavia, há diferenças no Brasil e em Portugal na aplicação da gratuidade na educação infantil e no ensino superior⁸²⁶.

No Brasil, o espectro da gratuidade, no ensino infantil, notadamente em relação às pré-escolas (a partir dos 4 anos de idade), por integrar o ensino básico obrigatório, é amplo e irrestrito nas instituições públicas. Em outras palavras, tanto a componente educativa quanto a não educativa são custeadas pelo Estado sem a participação dos usuários do serviço, ainda que possuam capacidade econômica.

⁸²⁵ Disponível em: https://www.oecd.org/pisa/publications/PISA2018_CN_BRA.pdf. Acesso em: 08 abril 2021.

⁸²⁶ Sobre as diferenças no tocante à gratuidade do ensino superior no Brasil e em Portugal, remetemos o leitor ao tópico 2.4 (Cap. III), no qual abordamos detalhadamente o tema.



Nesse sentido, o artigo 208.º, VII a CRFB estabelece a garantia de atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático, transporte escolar, alimentação⁸²⁷ e assistência à saúde.

Diversamente, em Portugal, conforme analisado no tópico 2.5 (Cap. II), tendo em vista que, como destacado, o ensino pré-escolar não faz parte do ensino básico obrigatório, embora seja universal (a partir dos 4 anos de idade), a gratuidade não é integral, pois engloba somente a componente educativa (artigo 4.º, n.º 2.º, Lei n.º 85/2009).

Em relação à componente não educativa, notadamente a alimentação e o prolongamento do horário nas creches das crianças, tais despesas são compartilhadas pelas famílias de acordo com as respectivas condições socioeconômicas.

Por conseguinte, o ordenamento constitucional português admite que um serviço público, embora universal, seja *tendencialmente* gratuito, isto é, considere as condições econômicas e sociais dos cidadãos-usuários, como ocorre, não somente com o ensino infantil, mas também com o serviço nacional de saúde (artigo 64.º, n.º 2.º, alínea “a”, CRP).

Disso resulta que aqueles que podem arcar com os custos do sistema de saúde e com as despesas da educação pré-escolar devem fazê-lo no limite das suas possibilidades financeiras e, diversamente, os que não podem são isentos do pagamento.

Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma gratuidade mitigada pela realidade econômico-social do usuário do serviço público, seja no âmbito de saúde ou em parte do ensino público, tal como no ensino pré-escolar, pois na esfera do ensino básico obrigatório a gratuidade é ampla e incondicionada. Busca-se, desse modo, implementar a adequada justiça social e, ao mesmo tempo, a sustentabilidade ao sistema nacional de saúde e à educação pré-escolar, pois se garante a diversidade de fontes de financiamento.

O que se deve ter em mente é que a cobrança pela componente não educativa do ensino pré-escolar (prolongamento do horário e alimentação) em Portugal não se configura em

⁸²⁷ A respeito da alimentação escolar no âmbito da educação básica pública, o artigo 3.º da Lei 11.947/2009 estabelece que a “*alimentação escolar é direito dos alunos da educação básica pública e dever do Estado*”. O Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) tem por objetivo contribuir para o crescimento e o desenvolvimento biopsicossocial, a aprendizagem, o rendimento escolar e a formação de hábitos alimentares saudáveis dos alunos, por meio de ações de educação alimentar e nutricional e da oferta de refeições que cubram as suas necessidades nutricionais durante o período letivo (artigo 4.º, Lei 11.947/2009). Os recursos financeiros consignados no orçamento da União para execução do PNAE serão repassados em parcelas aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às escolas federais pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), de forma automática, sem a necessidade de convênio, mediante depósito em conta corrente específica. O valor transferido é calculado com base no número de alunos devidamente matriculados na educação básica pública de cada ente federado, conforme dados oficiais de matrícula obtidos pelo censo escolar realizado pelo Ministério da Educação e deve ser utilizado exclusivamente para a aquisição de gêneros alimentícios



obstáculo de acesso às crianças hipossuficientes. Isso porque a aplicação destas condicionantes financeiras visa a realização da justiça social, de forma solidária e inclusiva, distribuindo-se de maneira equânime os recursos estatais disponíveis a quem mais precisa.

Deste modo, os pais ou os responsáveis pela educação das crianças que não tiverem condições de arcar sequer com o custo das componentes não educativas do ensino pré-escolar são isentos da compartilhar tais despesas.

3.2 Atendimento Educacional Especializado aos Alunos com Deficiência

O artigo 208.º, III da CRFB estabelece que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos alunos com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

A norma enuncia um *dever estatal prioritário*, ou seja, o legislador encontra-se vinculado à sua efetivação⁸²⁸. Em outras palavras, o legislador ordinário tem o *dever de concretização* da norma, mediante ações que propiciem ensino adequado e inclusivo aos alunos com deficiência.

Trata-se da educação especial, disciplinada nos artigos 58.º a 60.º, ambos da Lei 9.394/96, que se refere à modalidade de ensino escolar direcionado para os educandos com algum tipo de deficiência, seja física, mental, intelectual ou sensorial, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino e por meio de Atendimento Educacional Especializado (AEE).

O Decreto n.º 7.611/2011, que revogou o anterior Decreto n.º 6.571/2008, estabelece que o AEE representa o conjunto de atividades, recursos de acessibilidade e pedagógicos organizados institucional e continuamente para complementar a formação dos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento ou com altas habilidades ou superdotação. Trata-se, assim, de instituto voltado ao apoio permanente de tais estudantes, buscando eliminar as barreiras que possam obstruir o seu processo de escolarização.

Nos termos do artigo 59.º da Lei 9.394/96, o AEE implica que os sistemas de ensino devem assegurar aos alunos com deficiência currículos escolares e métodos pedagógicos adaptados às suas necessidades, recursos de tecnologia assistida para o desenvolvimento de suas aptidões e assimilação do conhecimento transmitido, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração dos educandos com deficiência nas classes comuns.

⁸²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, p. 486.



Importante analisar o significado do termo “*preferencialmente*” utilizado tanto no artigo 208.º, III da CRFB quanto no artigo 58.º, caput, da Lei n.º 9.394/96.

O termo impõe que as políticas públicas de educação especial devem ser inclusivas e não segregatórias, ou seja, o aluno com deficiência tem o direito de ser acolhido e matricular-se no ensino regular. Essa integração com os demais alunos, por si só, contribui para o seu desenvolvimento psicológico e adaptação social do educando com deficiência.

Nesse sentido, o artigo 27.º do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015) assegura expressamente o direito ao sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo da vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais.

O modelo de ensino inclusivo dos alunos com deficiência, no qual o AEE é prestado prioritariamente nas instituições regulares de ensino e não de forma apartada é o que melhor se adequa à noção de solidariedade e educação fraterna nas democracias contemporâneas, abordada no tópico 5 (Cap. I).

Isso porque cria um ambiente no qual a pluralidade incentiva o sadio convívio com o diferente, desenvolvendo o respeito mútuo e a tolerância. Ademais, promove a cidadania, na medida em que o acolhimento do aluno com deficiência nas turmas regulares de ensino desperta no educando o sentimento de pertencimento a uma comunidade.

A necessidade de atuação estatal para a concretização de uma escola inclusiva e plural, na qual o aprendizado deve ser construído em conjunto com todos os alunos, independentemente de possuírem ou não algum tipo de deficiência, é reconhecido no âmbito internacional⁸²⁹.

Nesse sentido, destacam-se os princípios e diretrizes estabelecidos pela Declaração Educação para Todos de 1990, pela Declaração de Salamanca de 1994 e pelas Normas sobre

⁸²⁹ Vide SOUSA, Filipe Venade de. *Os direitos sociais das pessoas com deficiência...op.cit.*, pp. 458-486.



Igualdades de Oportunidades para Pessoas com Deficiências das Nações Unidas⁸³⁰, bem como o artigo 23 da CODC⁸³¹.

Ademais, tanto o Brasil quanto Portugal aderiram à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CIDPD) e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York em 30 de março de 2007. A referida norma internacional foi aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro por meio do Decreto Legislativo n.º 186/2008, o primeiro conforme o procedimento do §3.º do artigo 5.º da CRFB, e, portanto, incorporada ao direito interno com o status de emenda constitucional, por meio do Decreto n.º 6.949/2009.

A aludida Convenção estabelece, em seu artigo 24.º, que para efetivar o direito à educação dos alunos com deficiência “*sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida*”. Estabelece, ainda, o direito dos educandos com deficiência de que “*não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência*”.

Nesse contexto, quaisquer políticas públicas sobre educação especial, tanto no Brasil quanto em Portugal, que incentivem a segregação de alunos com deficiência ao invés de promover sua inclusão e acolhimento na rede pública de ensino regular, num sistema plural, diversificado, fraterno e tolerante, é inconstitucional. Essa conclusão tem esteio não somente por conta do artigo 208.º, III, da CRFB, mas também conforme o artigo 24.º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CIDPD), acima transcrito, e incorporado ao direito brasileiro na condição de emenda constitucional.

No Brasil, em especial, considerando que a CIDPD foi incorporada com o status de Emenda à Constituição, a educação inclusiva dos alunos com deficiência reveste-se de autêntico

⁸³⁰ RODRIGUES, David; NOGUEIRA, Jorge. *Educação Especial...op.cit.*, p. 6. A Declaração Mundial sobre Educação para Todos foi aprovada em Jomtien, na Tailândia, em 1990, e versa sobre a satisfação das necessidades básicas de aprendizagem. A Declaração de Salamanca foi o documento elaborado na Conferência Mundial sobre Educação Especial realizada na cidade espanhola de Salamanca em 1994 que estabelece diretrizes básicas para a implementação e reformulação de políticas públicas educacionais visando a inclusão dos alunos com deficiência, estimulando a sua integração e acolhimento nas escolas regulares e o combate a atitudes discriminatórias. Por sua vez, as Normas sobre Igualdade de Oportunidades para Pessoas com Deficiências das Nações Unidas foram adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução 48/96, de 20 de dezembro de 1993, cuja regra n.º 6 estabelece que se deve assegurar que a educação das pessoas com deficiência ocorra em ambientes integrados.

⁸³¹ O artigo 23 da CODC estabelece que deve ser assegurada à criança com deficiência “*o acesso efetivo à educação, à capacitação, aos serviços de saúde e de reabilitação, à preparação para o emprego e às oportunidades de lazer, de maneira que a criança atinja a integração social e o desenvolvimento individual mais completos possíveis*”.



direito fundamental, pois integra o conteúdo normativo do acesso ao ensino básico obrigatório e gratuito, sendo direito público subjetivo (artigo 208.º, I e §1º, CRFB)⁸³². Por conseguinte, sujeita-se ao regime jurídico reforçado de aplicação direta da Constituição (artigo 5.º, §1º, CRFB), independente da atuação do legislador, bem como de limite de reforma pelo poder constituinte derivado (artigo 60.º, §4º, IV, CRFB).

Por outro lado, a depender da natureza da deficiência do educando, apenas o ensino na turma regular pode ser insuficiente para o seu completo aprendizado, razão pela qual o AEE lhe assegura o direito à complementação da sua formação. Isso confere ao aluno com deficiência, se necessário, *o direito à dupla matrícula*, isto é, tanto na rede regular pública de ensino para interagir com os demais alunos, quanto em outro turno para lhe ser fornecido atendimento especializado (artigo 4.º do Decreto n.º 7.611/2011).

Essa complementação do seu ensino pode ocorrer tanto na mesma instituição onde está matriculado quanto em outra, devendo o poder público preferencialmente ampliar o atendimento aos alunos com deficiência na própria rede pública regular de ensino (artigo 60.º, único, Decreto n.º 7.611/2011).

Ressalte-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece que o direito do aluno com deficiência de matricular-se nas turmas regulares de ensino estende-se às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino. Portanto, todas as instituições de ensino, sejam públicas ou privadas, devem adaptar-se para atender as necessidades dos estudantes com deficiência. Registre-se que é vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento de algumas dessas adaptações (artigo 28.º, §1.º, Lei n.º 13.146/2015)⁸³³.

⁸³² Vide HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v.11, n. 3, setembro-dezembro 2019, pp. 404-436.

⁸³³ As seguintes adaptações, nos termos do artigo 28, §1º, Lei 13.146/2015, não podem gerar aumento adicional no valor da matrícula das escolas particulares: 1) oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena; 2) projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado; 3) oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistida, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação; 4) práticas pedagógicas inclusivas pelos programas de formação inicial e continuada de professores e oferta de formação continuada para o atendimento educacional especializado; 5) formação e disponibilização de professores para o atendimento educacional especializado, de tradutores e intérpretes da Libras, de guias intérpretes e de profissionais de apoio; 6) acesso da pessoa com deficiência, em igualdade de condições, a jogos e a atividades recreativas, esportivas e de lazer, no sistema escolar; 7) acessibilidade para todos os estudantes, trabalhadores da educação e demais integrantes da comunidade escolar às edificações, aos ambientes e às atividades concernentes a todas as modalidades, etapas e níveis de ensino.



Ademais, o artigo 30.º do referido Estatuto estabelece que nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas:

- a) atendimento preferencial à pessoa com deficiência nas dependências das Instituições de Ensino Superior (IES) e nos serviços;
- b) disponibilização de formulário de inscrição de exames com campos específicos para que o candidato com deficiência informe os recursos de acessibilidade e de tecnologia assistida necessários para sua participação;
- c) disponibilização de provas em formatos acessíveis para atendimento às necessidades específicas do candidato com deficiência;
- d) disponibilização de recursos de acessibilidade e de tecnologia assistida adequados, previamente solicitados e escolhidos pelo candidato com deficiência;
- e) dilação de tempo, conforme demanda apresentada pelo candidato com deficiência, tanto na realização de exame para seleção quanto nas atividades acadêmicas, mediante prévia solicitação e comprovação da necessidade;
- f) adoção de critérios de avaliação das provas escritas, discursivas ou de redação que considerem a singularidade linguística da pessoa com deficiência, no domínio da modalidade escrita da língua portuguesa;
- g) tradução completa do edital e de suas retificações em Libras.

Esses dois dispositivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência (artigos 28.º, §1.º, e 30.º, ambos da Lei n.º 13.146/2015⁸³⁴) acima comentados foram alvo da ADI n.º 5357 MC-Ref (Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 11.11.2016)⁸³⁵, na qual o STF decidiu pela constitucionalidade de ambos os preceitos.

Entendeu-se que à luz da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas, sim, imperativo que se põe mediante regra explícita.

Nessa toada, o STF considerou que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015) assume o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela CRFB ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as escolas particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas na Constituição, em seu Capítulo IV.

⁸³⁴ BRASIL. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015. *Diário Oficial*, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 12 fev. 2021.

⁸³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5357, Referendo da Medida Cautelar, Rel. Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 09 de junho de 2016. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 11 de novembro de 2016, Brasília, 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290>. Acesso em 20 abril 2021.



Não obstante os referidos preceitos constitucionais e legais, inclusive, de tratados internacionais, somado à referida decisão do STF na ADI n.º 5357, foi publicado o Decreto n.º 10.502, de 30 de setembro de 2020⁸³⁶, que ofende frontalmente a tutela assegurada aos alunos com deficiência.

Isso porque o referido ato normativo instituiu uma nova política pública educacional nacional, em substituição à Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva elaborada em 2008⁸³⁷, que, ao arripio da Constituição, prioriza a aprendizagem dos alunos com deficiência de forma separada dos demais alunos, em escolas e classes especializadas, tais como as voltadas apenas para surdos e mudos.

Nesse sentido, o artigo 2.º do referido Decreto conceitua como “escolas regulares inclusivas” as instituições de ensino que oferecem AEE em classes regulares, classes especializadas ou salas de recursos. Em outras palavras, as escolas regulares, que pela CRFB e a Convenção devem corresponder às instituições regulares de ensino acessíveis a todos são transfiguradas, pelo referido Decreto, para representar as escolas especializadas, incentivando a segregação, na contramão da evolução das conquistas sociais das pessoas com deficiência.

O STF no julgamento da medida cautelar na ADI n.º 6590, em 21/12/2020, referendou, por maioria, a decisão liminar concedida pelo Min. Dias Toffoli, a fim de suspender a eficácia do aludido Decreto n.º 10.502/2020⁸³⁸. Decidiu-se que, com tal decisão, não se está a sustentar que a ordem constitucional veda a existência de classes e escolas especializadas, mas que tanto o artigo 208.º, III da CRFB quanto o artigo 58.º, §2.º da Lei n.º 9.394/96 expressam a excepcionalidade dessa medida de exclusão, estabelecendo como primeira hipótese a matrícula de todos os alunos no sistema geral.

Por conseguinte, entendeu-se que a nova Política Nacional de Educação Especial, implementada pelo Decreto n.º 10.502/2020, deixava de enfatizar a absoluta prioridade da matrícula dos educandos com deficiência no sistema educacional geral, ainda que isso demande adaptações por parte das escolas, tanto da rede pública quanto da particular.

⁸³⁶ BRASIL. Decreto n.º 10.502, de 30 de setembro de 2020. *Diário Oficial*, Brasília, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10502.htm. Acesso em: 12 fev. 2021.

⁸³⁷ Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/politica.pdf>. Acesso em: 07 abril 2021.

⁸³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6590, Referendo da Medida Cautelar, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 21 de dezembro de 2020. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 12 de fevereiro de 2021, Brasília, 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755053491>. Acesso em 20 abril 2021.



Em termos práticos, o aludido Decreto implicava na segregação, por exemplo, de alunos surdos e mudos em escolas bilíngues especializadas, retirando-os do sistema educacional geral regular, que estava se adaptando para atender tais alunos. Com a decisão do STF na ADI n.º 6590, houve a suspensão dos efeitos do referido Decreto, até o julgamento definitivo da referida ação.

Capítulo IV – ESTUDO COMPARADO ENTRE OS MODELOS DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL DO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL E EM PORTUGAL

Analisadas, nos capítulos II e III, as diversas posições jurídicas decorrentes do direito social à educação presentes tanto na CRP quanto na CRFB, passa-se a examinar, por meio do estudo comparado, o modelo de financiamento estudantil adotado no Brasil e em Portugal, voltado para garantir o acesso à educação superior e financiar as mensalidades dos cursos de graduação em instituições de ensino não gratuitas, ressaltando suas semelhanças e diferenças.

1 O MODELO PORTUGUÊS DE CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMO PARA FINANCIAMENTO DOS CURSOS DO ENSINO SUPERIOR

Passa-se a abordar o modelo português de financiamento estudantil, para o custeio das mensalidades dos cursos de graduação em instituições de ensino superior não gratuitas, implementado pelo Decreto-Lei n.º 211/98, notadamente a sua estrutura normativa, beneficiários, condições de elegibilidade dos contratos, especificidades do crédito, quantitativo de empréstimos realizados, valores investidos e a aplicação da Lei de Defesa do Consumidor no âmbito dessa política pública de acesso ao ensino superior.

1.1 Estrutura Normativa: Política Pública Implementada por meio das Sociedades de Garantia Mútua



O modelo de financiamento das mensalidades dos cursos do ensino superior português é baseado na criação das *sociedades de garantia mútua*⁸³⁹, sendo regida pelo Decreto-Lei n.º 211/98, de 16 de julho, alterado, posteriormente, pelos Decreto-Lei n.º 309-A/2007, Decreto-Lei n.º 157/2014 e Decreto-Lei n.º 100/2015.

O Decreto-Lei n.º 309-A/2007, de 7 de setembro, criou um sistema específico de empréstimos direcionado a estudantes e bolsistas do ensino superior, investigadores e instituições de investigação científica e desenvolvimento tecnológico, procedendo à segunda alteração ao Decreto-Lei n.º 211/98, de 16 de julho, que regula a atividade das sociedades de garantia mútua.

Trata-se, em linhas gerais, de uma política pública que busca incrementar o acesso à educação superior em Portugal mediante a oferta de empréstimos com condições de contratação mais favorecidas aos estudantes, se comparadas às demais linhas de crédito disponíveis no mercado financeiro, direcionadas ao custeio das mensalidades dos cursos do ensino superior.

Com efeito, as sociedades de garantia mútua foram delineadas, inicialmente, para facilitar o acesso aos recursos financeiros necessários à prossecução das atividades das micro, pequenas e médias empresas, nomeadamente através da concessão de garantias. Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 309-A/2007 incluiu como beneficiários também os estudantes do ensino superior, bolsistas de pós-graduação e investigadores.

À semelhança de outros sistemas de garantia internacionais, o sistema português de garantia mútua baseia-se na existência de uma *parceria público-privada*, contando com a participação das sociedades de garantia mútua, compostas por instituições de crédito, em sua maioria, do âmbito privado e que são reguladas e supervisionadas pelo Banco de Portugal.

As instituições financeiras que ofertam os empréstimos aos estudantes para tal finalidade são contra garantidas (resseguradas) por um fundo público, o Fundo de Contragarantia Mútuo (FCGM), detentor de personalidade jurídica, sendo sujeito de obrigações legais e fiscais. O FCGM é gerido pela Sociedade de Investimento S.A. (SPGM), que é a entidade coordenadora do Sistema Português de Garantia Mútua.

⁸³⁹ A respeito das sociedades de garantia mútua e sua atuação no apoio à concessão de financiamentos, vide RODRIGUES, Vasco; ALVES, Paulo, GUEDES DE OLIVEIRA, Francisca. *Garantia Mútua em Portugal: Relatório Final*. Lisboa: CEGEA da Universidade Católica Portuguesa, 2011, pp. 15-21; LEVITSKY Jacob. SME Guarantee Schemes: A Summary, *The Financier*, Vol. 4, n.º 1 & 2, 1997, pp. 5-11; BARR, Nicholas. Financing higher education: tax, graduate tax or loans? In: HILLS John; LE GRAND, Julian e PIACHAUD, David (eds), *Making Social Policy Work: Essays in honour of Howard Glennerster*, Bristol, Policy Press, 2007, pp. 109-130.



O capital do FCGM será usado para suportar parte das perdas que se venham eventualmente a apurar por incumprimento do serviço da dívida a que se comprometeram os estudantes e a parcela restante das eventuais perdas é suportada pelo banco. Desse modo, os estudantes no momento da contratação não precisam indicar bens patrimoniais para afiançar o crédito concedido.

Os recursos alocados no FCGM para garantir os empréstimos concedidos aos estudantes advêm tanto de dotações orçamentárias direcionadas pelo Governo português, especificamente oriundas da Fundação para a Ciência e Tecnologia, quanto de verbas provenientes do Fundo Social Europeu (FSE)⁸⁴⁰.

O FSE é o principal mecanismo de financiamento da União Europeia de projetos locais, regionais e nacionais que buscam promover a formação profissional e o acesso ao emprego na Europa.

Esses objetivos estão delimitados, conforme abordado no tópico 3.4 (Cap. II), na *Estratégia Europa 2020*, elaborados pela Comissão Europeia em 3 de março de 2010, propondo, dentre os objetivos para a União Europeia no período de 10 anos (2010 a 2020), que pelo menos 40% (quarenta por cento) da geração mais jovem deve dispor de um diploma de ensino superior⁸⁴¹.

⁸⁴⁰ O FSE é um dos cinco fundos que integram os Fundos Europeus e Estruturais de Financiamento (FEEL), que são geridos em conjunto pela Comissão Europeia e pelos países da União Europeia, quais sejam: *a*) Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER): promove um desenvolvimento equilibrado entre as diferentes regiões da EU; *b*) Fundo Social Europeu (FSE): apoia projetos relacionados com o emprego em toda a Europa e investe no capital humano europeu (trabalhadores, jovens e pessoas à procura de emprego); *c*) Fundo de Coesão (FC) – financia projetos no setor dos transportes e do ambiente nos países em que o rendimento nacional bruto (RNB) por habitante é inferior a 90% da média da UE. No período de financiamento de 2014-2020, estes países são: Bulgária, Croácia, Chipre, Eslováquia, Eslovénia, Estónia, Grécia, Hungria, Letónia, Lituânia, Malta, Polónia, Portugal, República Checa e Roménia; *d*) Fundo Europeu Agrícola de Desenvolvimento Rural (FEADER): centra-se na resolução de problemas específicos com que se deparam as zonas rurais da EU; *e*) Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas (FEAMP): ajuda os pescadores a adotar práticas de pesca sustentável e as comunidades costeiras a diversificar as suas economias, melhorando a qualidade de vida das populações costeiras. Todos os referidos fundos são geridos pelos países da EU através de acordos de parceria, elaborado por cada país integrante do bloco em colaboração com a Comissão Europeia, que define a forma como os recursos dos fundos serão utilizados durante o período de financiamento em curso (2014-2020). Disponível em: https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/funding-opportunities/funding-programmes/overview-funding-programmes/european-structural-and-investment-funds_pt. Acesso em: 15 jan. 2021.

⁸⁴¹ Os objetivos da Europa 2020 estão disponíveis em: http://publications.europa.eu/resource/ellar/8d8026dc-d7d7-4d04-8896-e13ef636ae6b.0013.02/DOC_5. Acesso em: 10 set. 2019.



Ademais, o Conselho da União Europeia, em 14 de julho de 2015, nos termos do artigo 121.º, n.º 2 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁸⁴², publicou a Recomendação (UE) n.º 2015/1184⁸⁴³, relativa às orientações gerais para as políticas econômicas dos Estados-Membros e da União Europeia. Recomendou que os países membros do bloco devem dar prioridade a despesas favoráveis ao crescimento nas áreas da educação, das competências e da empregabilidade, da investigação, do desenvolvimento e da inovação⁸⁴⁴.

Nesse contexto, o modelo de financiamento dos cursos da educação superior, tanto os de graduação, quanto os de mestrado e doutorado, baseia-se em Portugal na concessão de empréstimos aos estudantes, isto é, na oferta de linha de crédito diferenciada, com taxas, juros e condições de contratação mas vantajosas que as demais disponíveis no mercado. Esse modelo integra o Programa Operacional Capital Humano (POCH)⁸⁴⁵ em parceria com o Sistema Português de Garantia Mútua e o sistema bancário⁸⁴⁶.

O POCH foi aprovado pela decisão da Comissão Europeia de 12 de dezembro de 2014, que autorizou determinados elementos do programa operacional "Capital Humano" para a obtenção do apoio do Fundo Social Europeu no âmbito do objetivo de Investimento no Crescimento e no Emprego em Portugal⁸⁴⁷, sendo revisto pela decisão de Execução da Comissão Europeia de 29 de novembro de 2018⁸⁴⁸ e pela decisão de Execução da Comissão Europeia de 21 de setembro de 2020⁸⁴⁹.

⁸⁴² O artigo 121.º, n.º 2 do TFUE assim dispõe: “O Conselho, sob recomendação da Comissão, elabora um projeto de orientações gerais das políticas econômicas dos Estados-Membros e da União e apresentará um relatório ao Conselho Europeu com as suas conclusões”.

⁸⁴³ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015H1184&from=EN>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁸⁴⁴Essa recomendação está inserida dentro da orientação n.º4: Melhorar a sustentabilidade das finanças públicas e torná-las mais favoráveis ao crescimento.

⁸⁴⁵O POCH, visando concretizar as metas da Europa 2020, tem cinco eixos temáticos: a) Eixo 1: Promoção do sucesso educativo, do combate ao abandono escolar; b) Eixo 2: Reforço do ensino superior e da formação avançada; c) Eixo 3: Aprendizagem, qualificação ao longo da vida; d) Eixo 4: Qualidade e inovação do sistema de educação e formação; e) Eixo 5: Assistência Técnica. A Autoridade de Gestão do POCH, criada pela Resolução de Conselho de Ministros n.º 73-B/2014, de 16 de dezembro, é uma estrutura de missão na Administração Central do Estado. A este respeito, consulte <https://www.poch.portugal2020.pt/pt-pt/Programa/Paginas/quem-somos.aspx>. Acesso em 15 jan. 2021.

⁸⁴⁶Disponível: https://www.spgm.pt/pt/catalogo/detalhes_produto.php?id=292. Acesso em: 15 jan. 2021.

⁸⁴⁷Disponível: https://www.poch.portugal2020.pt/ptpt/Noticias/Documents/DECI-SAO%20CE%20PO%20CH%20C_2014_9788_PT.pdf. Acesso em: 15 jan. 2021.

⁸⁴⁸Disponível: <https://www.poch.portugal2020.pt/pt-pt/Documents/Reprogramação.PDF>. Acesso em: 15 jan. 2021.

⁸⁴⁹Disponível: https://www.poch.portugal2020.pt/ptpt/Programa/Documents/DECISAO%20CE%20RE-PROG%202020%20C_2020_6543_PT_ACTE_f.pdf. Acesso em: 15 jan. 2021.



Nesse cenário, o sistema de financiamento estudantil da educação superior em Portugal acresce-se aos mecanismos existentes de ação social (bolsas de estudo) e tem por finalidade facilitar o acesso ao ensino superior, mediante a superação das barreiras econômicas vivenciadas pelo aluno⁸⁵⁰.

Essa estrutura das sociedades de garantia mútua, que conta com a garantia do FCGM, composto por recursos públicos provenientes do Governo português e do FSE, reduz, ainda que parcialmente, os riscos da transação realizada pelos bancos, o que permite a concessão dos empréstimos aos estudantes em melhores condições.

1.2 Beneficiários e Condições de Elegibilidade

O Decreto-Lei n.º 309-A/2007, de 7 de setembro alterou o Decreto-Lei n.º 211/98, de 16 de julho, a fim de incluir em seu artigo 1.º também a menção aos *estudantes e investigadores*⁸⁵¹. Ademais, o Decreto-Lei n.º 309-A/2007 ainda modificou o artigo 2.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 211/98, para expressamente permitir a instituição de linhas de crédito especiais direcionadas aos estudantes de nível superior⁸⁵².

Por conseguinte, são beneficiários da política pública de financiamento estudantil das mensalidades dos cursos de nível superior todos os estudantes desde grau de ensino, incluindo graduação e pós-graduação, isto é, que estejam matriculados em cursos de licenciatura, mestrado, doutorado ou cursos de especialização tecnológica, em Portugal.

⁸⁵⁰ Sobre o tema, consulte os primeiros protocolos de adesão aos sistemas de empréstimos para estudantes do ensino superior com garantia mútua elaborado pelo Ministério da Ciência, Tecnologia e Ensino Superior disponível em: https://www.cespu.pt/media/9011/mctes_emprestimos_bancarios.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁸⁵¹ O referido dispositivo estabelece que “as sociedades de garantia mútua são instituições de crédito que têm por objecto uma actividade bancária restrita à realização de operações financeiras e à prestação de serviços conexos previstos neste diploma em benefício de micro, pequenas e médias empresas, ou outras pessoas colectivas, qualquer que seja a sua natureza jurídica, designadamente associações e agrupamentos complementares de empresas, e pessoas singulares, em especial estudantes e investigadores, regendo-se pelo disposto no presente diploma e pelas disposições aplicáveis do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras”.

⁸⁵² A norma dispõe que “para efeitos do disposto na alínea a) do no 1, a concessão de garantias de carteira a linhas de crédito especiais, designadamente para microcréditos e para empréstimos a estudantes do ensino superior, bolseiros de doutoramento e pós-doutoramento e investigadores, depende do reconhecimento, pelas sociedades de garantia mútua e pelo conselho geral do Fundo de Contragarantia Mútuo, do seu relevante interesse para o desenvolvimento económico e científico ou para o fomento da inovação e destinam-se a assegurar o cumprimento das obrigações assumidas por essas pessoas jurídicas, sejam singulares ou colectivas, junto das entidades que disponibilizem as referidas linhas de crédito especiais.”



Além de serem estudantes do ensino superior público ou privado do ensino universitário ou politécnico são, ainda, estabelecidas as seguintes condições de elegibilidade⁸⁵³:

- a) Serem pessoas singulares;
- b) Terem idade igual ou superior a 18 anos, ou no caso de ter idade inferior a 18 anos, o contrato será formalizado com os pais ou outros familiares com grau de parentesco até ao 2º grau;
- c) Serem cidadãos nacionais ou detentores de título de residência permanente válido em Portugal, ou encontrarem-se em quaisquer outras situações, desde que, previstas legalmente para efeitos de direito à formação e cofinanciamento do Fundo Social Europeu;
- d) Assumirem o compromisso de prossecução e aproveitamento do curso à data da contratação do empréstimo durante a vigência do contrato de financiamento;
- e) Devem reunir os critérios de elegibilidade aplicáveis constantes no artigo 13.º do Decreto-Lei n.º 159/2014, de 27 de outubro, na sua atual redação, bem como, os referentes à regulamentação comunitária e nacional específica dos instrumentos financeiros;
- f) Terem a situação tributária e contributiva regularizada perante, respetivamente, a administração fiscal e a segurança social, a verificar até ao momento da assinatura do contrato;
- g) Terem a situação regularizada em matéria de reposições, no âmbito dos financiamentos dos Fundos Europeus e Estruturais de Financiamento (FEEI).

Os estudantes desfavorecidos, ainda que possuam bolsas atribuídas a título de subvenção, podem ser beneficiados do crédito com garantia mútua para financiar despesas complementares do ensino.

1.3 Especificidades do Crédito: Montante, Prazo de Utilização, Reembolso, Desempenho Escolar, Carência e Taxa de Juros

O crédito oferecido aos estudantes nos empréstimos com garantia mútua possui algumas especificidades em face de se tratar de uma política pública direcionada ao desenvolvimento da educação superior.

O montante total do crédito oferecido varia entre € 1.000 (mil euros) e € 5.000 (cinco mil euros), por ano de curso, podendo chegar ao valor máximo de € 30.000 (trinta mil euros), para os cursos com 6 (seis) anos de duração, sem reprovação. Portanto, o prazo de utilização do crédito varia de 1 (um) a 6 (seis) anos, a depender da duração do curso financiado.

⁸⁵³ Estabelecidas em https://www.spgm.pt/pt/catalogo/detalhes_produto.php?id=292. Acesso em 10 jan. 2021.



A disponibilização do crédito é feita em parcelas mensais de igual valor na conta corrente à ordem do estudante, sendo a primeira transferência efetuada na data de celebração do contrato de financiamento.

A liberação das demais parcelas do financiamento, após o primeiro ano, fica condicionada ao bom desempenho escolar e aproveitamento do estudante, isto é, à aprovação nas disciplinas cursadas. Essa situação deverá ser comprovada, junto do Banco, com certidão emitida pelo estabelecimento de ensino.

Nos casos em que a obtenção do empréstimo ocorrer quando o aluno já se encontra matriculado no ensino superior, o prazo de utilização máximo e o montante do crédito a conceder correspondem ao número de anos/meses necessários para a normal conclusão do curso, isto é, considerando a sua duração sem reprovação.

Os alunos possuem o prazo de reembolso para a quitação do financiamento que varia de 6 (seis) a 10 (dez) anos, devendo ser fixado tendencialmente pelo dobro da duração do curso, iniciando-se a contagem do prazo na data após a sua utilização. O prazo específico fixado em cada contrato resulta de negociação entre o aluno e o banco.

É assegurado ao estudante um prazo de carência que corresponde a todo o período de utilização do crédito acrescido de até 2 (dois) anos, a ser definido entre o estudante e o Banco. Durante o lapso temporal da carência, haverá apenas pagamento de juros, isto é, não ocorrerá a amortização da dívida.

A taxa de juros, aplicada na modalidade de taxa fixa para o prazo total do contrato (incluindo período de carência e reembolso), é apurada da seguinte forma: *a)* taxa swap da Euribor para o período correspondente ao prazo da operação, arredondado para o múltiplo de ano imediatamente superior, acrescida de um spread máximo de 1,25%; *b)* este spread será reduzido em 0,25% para os estudantes desfavorecidos que comprovem se beneficiar de uma bolsa de estudo; *c)* a taxa será arredondada à milésima, sendo o arredondamento feito por excesso quando a quarta casa decimal for igual ou superior a cinco e por defeito quando a quarta casa decimal for inferior a cinco, nos termos da legislação em vigor; *d)* a taxa swap da Euribor será a divulgada na página da Intercontinental Exchange (ICE), reportada às 11:00 horas do segundo dia útil anterior à data da contratação.

Até 2015 havia bonificações em função também das notas dos alunos, ou seja, quem tivesse média superior a 14 valores tinha um spread de 1%, que não mais existem na atual



regulamentação dos empréstimos. Apenas os alunos beneficiados com bolsas de estudo dos programas de ação social é que tem direito ao spread máximo de 1%.

Os pedidos de financiamento são objeto de decisão por parte do banco tendo em consideração a sua política de risco de crédito em vigor, que comunicará à SPGM, entidade gestora da linha, a contratação da operação. Em caso de recusa da operação, bastará ao banco dar conhecimento da sua decisão ao cliente.

Em caso de incumprimento do contrato de financiamento e acionamento da garantia prestada pelo Sistema Português de Garantia Mútua, tendo em vista que, conforme ressaltado, o FCGM garante apenas parte da dívida, a instituição financeira assegurará junto do estudante a recuperação integral do crédito.

1.4 Quantitativo de Contratos e Valores Investidos e a Suspensão da Política Pública

As informações a respeito do quantitativo de contratos celebrados e valores investidos para a liberação da linha de crédito de financiamento, mediante empréstimo celebrado com os estudantes, voltados para o custeio das mensalidades dos cursos do ensino superior são disponibilizados pela SPGM, no seu site da rede mundial de computadores, sendo que o último relatório de prestação de contas refere-se ao ano de 2019⁸⁵⁴.

Nos quatro primeiros anos de implementação dessa política pública de financiamento estudantil em Portugal (de 2007/2008 a 2011/2012), houve aumentos progressivos na quantidade de contratos realizados e do montante investido, embora se verifique uma redução dos valores efetivamente utilizados, conforme quadro abaixo:

Quadro 5 - Evolução da Quantidade de Contratos e Montantes Investidos no Financiamento Estudantil em Portugal

Ano Letivo	Quantidade Contratos	Montante Contratado	Valor Utilizado	Incumprimentos	Percentual de Incumprimentos ⁸⁵⁵
2007/2008	3.302	€ 36 513 696	€ 32 746 862	€ 1 539 932	4,22%
2008/2009	3.886	€ 44 097 135	€ 37 726 563	€ 1 000 775	2,27%
2009/2010	4.074	€ 47 147 583	€ 35 209 577	€ 283 226	0,60%
2010/2011	4.537	€ 52 102 335	€ 26 493 329	€ 60 857	0,12%
2011/2012	1.951	€ 22 561 214	€ 5 565 983	-	-
Total	17.750	€ 202 421 962	€ 137 742 314	€ 2 884 790	1,43%

⁸⁵⁴ Disponível em: <https://www.spgm.pt/pt/institucional/informacao-financeira/relatorio-contas/>. Acesso em: 15 abril 2021.

⁸⁵⁵ O percentual de incumprimentos é calculado com base no valor da contratação.



Fonte: TEIXEIRA, Nuno Pedro. Financiamento do ensino superior: expansão, diversificação e crise. In: *40 anos de Políticas de Ciência e de Ensino Superior*. RODRIGUES, Maria de Lurdes; HEITOR, Manuel (org.). Coimbra: Almedina, 2015, p.854⁸⁵⁶.

Constata-se, mediante a análise dos dados acima, que de 2007 a 2012 foram celebrados 17.750 contratos de concessão de empréstimos em Portugal para o custeio dos cursos do ensino superior, sendo contratado, nesse período, um montante global de € 202 421 962.

Em que pese o aumento da procura e, conseqüentemente, da oferta dessa política pública estudantil nos quatro primeiros anos de sua implementação (2007 a 2010), a partir de 2011 houve uma drástica diminuição da quantidade de contratos celebrados, na ordem de 57% do ano letivo 2010/2011 para o 2011/2012, em razão da grave crise econômica enfrentada pelo país que, inclusive, gerou a suspensão da sua oferta pelos bancos.

No ano letivo de 2012/2013 basicamente não se celebraram novos contratos, pois conforme relatório divulgado pela SPMG no referido período o protocolo celebrado previu um valor máximo de empréstimos a contratar pelas instituições de crédito aderentes durante o ano letivo 2012/2013 correspondente a um valor global ínfimo de tão somente 23 500 mil euros⁸⁵⁷.

No ano letivo 2013/2014 retomaram-se os empréstimos, pois foi garantido junto do Ministério da Educação e da Ciência (MEC) o reforço da capitalização do FCGM, o que permitiu a manutenção em vigor desta linha de crédito para o ano letivo 2013/2014, com um montante global de empréstimos de 21 milhões de euros, a traduzir-se num compromisso de reforço de capital do FCGM em 2,1 milhões de euros⁸⁵⁸.

Manteve-se esse patamar de recursos investidos no ano letivo 2014/2015, porquanto foi garantido junto do MEC o reforço da capitalização do FCGM, o que permitiu a manutenção em vigor desta linha de crédito para o ano letivo 2014/2015, com um montante global de empréstimos de 20 milhões de euros, a traduzir-se num compromisso de reforço de capital do FCGM em 2,4 milhões de euros⁸⁵⁹.

⁸⁵⁶ O referido autor destaca que a fonte dos dados foi a SPMG.

⁸⁵⁷Relatório e Contas 2012 elaborado pela SPMG e disponível em: https://www.spgm.pt/fotos/documentos/rc_spgm_2012_186452588459d3700d3b26e.pdf. Acesso em: 15 jan. 2020.

⁸⁵⁸Relatório e Contas 2013 elaborado pela SPMG e disponível em: https://www.spgm.pt/fotos/documentos/rc_spgm_2013_34286859d37037c8454.pdf. Acesso em: 16 jan. 2020.

⁸⁵⁹Relatório e Contas 2014 elaborado pela SPMG e disponível em https://www.spgm.pt/fotos/documentos/rc_spgm_2014_156989128459d3704e3d123.pdf. Acesso em: 17 jan. 2020.



A partir do ano letivo 2015/2016 a linha de concessão de crédito estudantil para o custeio das mensalidades do ensino superior com garantia mútua foi novamente suspensa⁸⁶⁰, mantendo-se assim nos anos letivos subsequentes de 2016/2017⁸⁶¹ e de 2017/2018⁸⁶². A linha de crédito de financiamento do ensino superior com garantia mútua somente retornou em 2018⁸⁶³.

Relevante destacar que, em razão das sucessivas suspensões da linha de crédito, a quantidade de estudantes beneficiados reduziu vertiginosamente. Enquanto, de 2007 a 2011, foram celebrados 17.750 contratos, por outro lado, de 2012 a 2018, foram celebrados aproximadamente apenas 3.250 contratos, tendo em vista que o relatório elaborado pela SPMG em 2018 informa que desde o início da sua atividade até o final de 2018 foram firmados no total cerca de 21 mil contratos⁸⁶⁴. Por sua vez, em 2019, foram celebrados cerca de mil novos contratos⁸⁶⁵. Desde 2007, início da sua disponibilização, até o final de 2019, foram firmados cerca de 22 mil contratos de financiamento⁸⁶⁶.

A partir do início do ano letivo 2019/2020 até o primeiro trimestre de 2020, antes da crise da pandemia do COVID-19 na Europa, foram assinados aproximadamente 700 contratos de financiamento estudantil, o que representou um aumento de 40% em comparação ao ano anterior⁸⁶⁷.

Embora antes da crise pandêmica do coronavírus tenha se verificado um aumento da oferta dos contratos de financiamento, um dos princípios desafios da política pública de financiamento estudantil em Portugal, desde a sua criação em 2007, é manter a continuidade da sua prestação.

⁸⁶⁰Relatório e Contas 2015 elaborado pela SPMG e disponível em: https://www.spgm.pt/fotos/documentos/rc_spgm_2015_115438271259d3707f674cb.pdf. Acesso em: 18 jan. 2020.

⁸⁶¹Relatório e Contas 2016 elaborado pela SPMG e disponível em: https://www.spgm.pt/fotos/documentos/rc_spgm_2016_46393725059d370aa1b265.pdf. Acesso em: 19 jan. 2020.

⁸⁶²Relatório e Contas 2017 elaborado pela SPMG e disponível em: https://www.spgm.pt/fotos/documentos/r_c_spgm_2017_17826909345b30f13423295.pdf. Acesso em: 20 jan. 2020.

⁸⁶³Relatório e Contas 2018 elaborado pela SPMG e disponível em: https://www.spgm.pt/fotos/documentos/rc_spgm_2018_2_13197417405d67b1ba0aac9.pdf. Acesso em: 21 jan. 2020.

⁸⁶⁴Relatório e Contas 2018 elaborado pela SPMG e disponível em https://www.spgm.pt/fotos/documentos/rc_spgm_2018_2_13197417405d67b1ba0aac9.pdf. Acesso: 22 jan. 2020.

⁸⁶⁵ Isso porque o Relatório e Contas 2019 elaborado pela SPMG informa que desde o início da atividade até o final de 2019 foram celebrados 22 mil contratos, enquanto o Relatório de 2018 informava que essa quantidade total era de cerca de 21 mil contratos celebrados até o final de 2018. Disponível em: https://www.spgm.pt/fotos/documentos/r_c_2019_spgm_9587273725fad343b14e55.pdf. Acesso em: 23 jan. 2020.

⁸⁶⁶Relatório e Contas 2019 elaborado pela SPMG e disponível em: https://www.spgm.pt/fotos/documentos/r_c_2019_spgm_9587273725fad343b14e55.pdf. Acesso em: 24 jan. 2020.

⁸⁶⁷Disponível em: <https://www.publico.pt/2020/04/24/sociedade/noticia/estudantes-superior-pediram-86-milhoes-euros-bancos-1913076>. Acesso em: 15 set. 2020.



Isso porque, conforme destacado, devido às dificuldades nas contas públicas, o Estado português suspendeu, em vários períodos entre 2010 e 2015, o acesso à linha de crédito aos estudantes do ensino superior, culminando com a suspensão total em 2015, retornando apenas no final de 2018.

1.5 Aplicação da Lei de Defesa do Consumidor

O modelo de financiamento estudantil português implementado por meio das sociedades de garantia mútua trata-se de política pública que, ao conceder empréstimos bonificados para o custeio das mensalidades dos cursos de graduação e pós-graduação, visa desenvolver o acesso à educação superior.

Busca-se, por meio dela, expandir o acesso do ensino superior (universitário e politécnico) ao maior número de pessoas, em consonância com as metas traçadas pela Comissão Europeia na Estratégia Europa 2020⁸⁶⁸, com o objetivo de assegurar a qualificação profissional dos estudantes, para que possam superar as dificuldades socioeconômicas e, simultaneamente, elevar o nível cultural e tecnológico do país.

Relevante, nesse contexto, verificar se a promoção dessa política pública educacional está sendo feita de forma adequada com a importância da educação, enquanto bem jurídico humano e fundamental, assegurado tanto no contexto constitucional do Estado português quando no âmbito supranacional dos tratados internacionais, consoante abordado no tópico 6.1 (Cap. I).

A apuração da conformidade dessa política pública educacional com o direito social à educação objeto de proteção constitucional demanda não somente a análise dos resultados quantitativos e qualitativos referente aos contratos de empréstimo celebrados, aos recursos investidos e à continuidade da sua prestação, mas também o respeito às demais normas previstas no ordenamento.

Dentre as regras do âmbito privado que possuem inerente relevância social voltada para a proteção da dignidade humana, estão as que tutelam o consumidor. Estas visam, em última análise, corrigir situações de desigualdade e desequilíbrio social que não poderiam ser

⁸⁶⁸ Sobre as Estratégias Europa 2020, estabelecidas pela Comissão Europeia, vide o tópico 3.4 (Cap. II) no qual abordamos o tema.



satisfatoriamente acomodadas ou corrigidas com o uso de instrumentos meramente políticos ou econômicos⁸⁶⁹. Assegura-se, assim, o respeito da sociedade de consumo contra os abusos dos agentes econômicos, na busca de equilibrar as relações comerciais e sociais.

O interesse público coletivo está tão presente no âmago do direito do consumidor que é possível caracterizá-lo como um direito privado solidário (*Solidarprivatrecht*⁸⁷⁰), por se tratar de um sistema jurídico direcionado para a proteção de um grupo, um conjunto social, representado pelos consumidores vulneráveis⁸⁷¹.

Entende-se, portanto, que a política pública de financiamento estudantil dos cursos do ensino superior pode ser considerada adequada quando, para além de atingir as específicas metas traçadas pelo legislador no momento da sua elaboração referentes ao desenvolvimento e à progressiva expansão do acesso à educação superior, respeitar as demais normas consagradoras da dignidade humana, ainda que se refiram ao âmbito privado, como as de defesa do consumidor.

Sobre o tema, o Decreto-Lei n.º 309-A/2007 que implementou a política pública de financiamento estudantil não impede a aplicação da Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24, de 31 de julho de 1996) aos contratos celebrados entre os bancos e os estudantes portugueses⁸⁷².

Nesse sentido, o artigo 1.º Lei de Defesa do Consumidor portuguesa estabelece que se considerada consumidor “*todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios*”.

⁸⁶⁹ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do Direito das Relações de Consumo*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019, p. 29. Sobre o tema, esse também é o ensinamento de Norbert Reich *In Mercado y Derecho*. Teoria y práxis del Derecho económico em la República Federal Alemana. Barcelona: Ariel, 1985, p. 175, ao dispor que “*o Direito do Consumidor encontra seu fundamento constitucional na cláusula constitucional do Estado Social. O Estado social deve intervir onde situações de desigualdade e de desequilíbrio não podem ser corrigidas simplesmente com o uso de medidas económicas*”, tradução nossa.

⁸⁷⁰ Expressão utilizada por RÖSLER, Hannes. *Europäisches Konsumenten-vertragsrecht*. Munique: Beck, 2004. p. 93.

⁸⁷¹ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 27.

⁸⁷² A respeito da Lei de Defesa do Consumidor português, vide PASSINHAS, Sandra. *Contratação à Distância: Entre as alterações nacionais recentes e o new deal for consumers*. *Contratação Mercantil: alguns conteúdos*, 2018, pp. 167-189; PASSINHAS, Sandra. *A Directiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores: algumas considerações*. *Estudos de Direito do Consumidor*, 9, 2015, pp. 9-37, bem como, da mesma autora, *A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor*. *Estudos de Direito do Consumidor*. Coimbra, n. 13, 2017, pp. 107-211. Disponível em: https://www.fd.uc.pt/cdc/pdfs/rev_13_completo.pdf. Acesso em 10 mar. 2019.



Por sua vez submetem-se aos efeitos da lei de defesa do consumidor em Portugal não somente ao agentes privados, mas também as pessoas jurídicas de direito público, nos termos do artigo 2.º da mencionada lei:

Consideram-se incluídos no âmbito da presente lei os bens, serviços e direitos fornecidos, prestados e transmitidos pelos organismos da Administração Pública, por pessoas colectivas públicas, por empresas de capitais públicos ou detidos maioritariamente pelo Estado, pelas Regiões Autónomas ou pelas autarquias locais e por empresas concessionárias de serviços públicos.

Constata-se, assim, com base na definição legal de consumidor e fornecedor acima transcrita, que se encontra configurada a relação de consumo na contratação pelos alunos de empréstimos bonificados nas instituições bancárias para fins de financiamento das mensalidades dos cursos do ensino superior.

Isso porque a instituição financeira atua como fornecedora de um serviço (linha de crédito consistente em empréstimo para o financiamento da educação superior), ofertado mediante remuneração (incidência de taxa de juros, ainda que bonificada) e de forma profissional ao aluno, que assume a condição de consumidor final desse produto bancário, destinado a seu uso não profissional (custeio das mensalidades dos cursos de graduação ou pós-graduação da educação superior). Desse modo, em Portugal, caracterizada a relação consumerista, há a incidência da Lei de Defesa do Consumidor lusitano contra eventuais abusos cometidos pelos bancos.

Diversamente, no Brasil tem-se defendido a impossibilidade de incidência das leis de proteção ao consumidor no âmbito da política pública de financiamento estudantil do FIES, em razão de sua específica estrutura normativa, conforme passa-se a analisar no tópico seguinte.

2 O MODELO BRASILEIRO DE CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMO PARA O FINANCIAMENTOS DOS CURSOS DO ENSINO SUPERIOR (FIES)

O modelo brasileiro de concessão de empréstimos para o financiamento dos cursos do ensino superior (FIES), implementado pela Lei n.º 10.260/01⁸⁷³, é abordado, nos itens seguintes, de forma comparativa com o sistema português retratado no tópico anterior.

Desse modo, examinam-se a estrutura normativa, beneficiários, condições de elegibilidade dos contratos, especificidades do crédito, quantitativo de empréstimos realizados, valores

⁸⁷³BRASIL. Lei n.º 10.260, de 12 de julho de 2001. *Diário Oficial*, Brasília, 2001. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10260compilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.



investidos e a aplicação (ou não) do Código de Defesa do Consumidor no âmbito dessa política pública de acesso ao ensino superior no Brasil, ressaltando os traços similares e distintivos com o modelo português.

2.1 Estrutura Normativa: Política Pública Implementada por meio do FIES

O Fundo de Financiamento ao estudante do Ensino Superior (FIES)⁸⁷⁴, é uma política pública educacional brasileira voltada para a concessão de empréstimos, criada em 1999 pela Medida Provisória n.º 1.827, de 27.05.1999⁸⁷⁵, e, após ter sido inúmeras vezes reeditada, foi renumerada como Medida Provisória n.º 2.094/01 e convertida na Lei n.º 10.260/01.

A Lei n.º 10.260/01 foi substancialmente alterada pela Medida Provisória n.º 785/2017, transformada na Lei n.º 13.530/2017, e, em seguida, sofreu modificações pontuais realizada pelas Leis n.º 13.756/2018, n.º 13.682/2018 e n.º 14.024/2020.

O FIES substituiu o antigo Programa de Crédito Educativo (PROCRED), criado pela Lei n.º 8.436/92⁸⁷⁶, o qual beneficiava os alunos comprovadamente carentes e com bom desempenho acadêmico com o financiamento dos encargos educacionais do curso universitário entre 50% (cinquenta por cento) e 100% (cem por cento) do valor da mensalidade ou da semestralidade (artigo 2.º, caput e §2º, I, Lei n.º 8.436/92).

Contudo, o PROCRED não teve sustentabilidade econômica, pois, apesar do artigo 9.º da Lei n.º 8.436/92 prever garantias contratuais, houve a sua flexibilização em prol dos estudantes carentes. Isso resultou na elevada taxa de inadimplência dos alunos beneficiados com o crédito estudantil, a ponto de atingir 63% em 1998⁸⁷⁷, o que culminou no fracasso do

⁸⁷⁴ A respeito do FIES, enquanto política pública de desenvolvimento e financiamento do ensino superior no Brasil, vide CHAVES, Vera Lúcia Jacob; AMARAL, Nelson Cardoso. Política de expansão da educação superior no Brasil – o prouni e o fies como financiadores do setor privado. *Educação em Revista*, Belo Horizonte, v. 32, n. 04, outubro-dezembro 2016, pp. 49-72; Miranda, Paula Roberta; AZEVEDO, Mário Luiz Neves de. FIES e PROUNI na expansão da educação superior brasileira: políticas de democratização do acesso e/ou de promoção do setor privado-mercantil? *Educação e Formação*, Fortaleza, v. 5, n. 3, e. 1421, set./dez. 2020, pp. 1-18; CHAVES, Vera Lúcia Jacob; REIS, Luiz Fernando; GUIMARÃES André Rodrigues. Dívida pública e financiamento da educação superior no Brasil. *Acta Scientiarum. Education*, v. 40, e. 37668, 2018, pp. 1-12; SCHWARTZMAN, S. O Ensino Superior no Brasil: A Busca de Alternativas. *Educação Brasileira*, v. 18, n. 37, p. 11–45, 1996; CLAUDE, R. P. Direito à educação e educação para os direitos humanos. *Revista Internacional de Direitos Humanos - SUR*, v. 2, n. 2, pp. 36-63, 2005; DUARTE, C. S. Direito público subjetivo e políticas educacionais. *São Paulo em Perspectiva*, v. 18, n. 2, pp. 113-118, 2004.

⁸⁷⁵ BRASIL. Medida Provisória n.º 1.827, de 24 de junho de 1999. *Diário Oficial*, Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas/1827-1.htm. Acesso em: 25 jan. 2020.

⁸⁷⁶ BRASIL. Lei n.º 8.436, de 25 de junho de 1992. *Diário Oficial*, Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8436.htm. Acesso em: 27 jan. 2020.

⁸⁷⁷ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff16059908.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.



PROCRED enquanto política pública educacional de expansão do acesso ao ensino superior brasileiro.

Nesse contexto, o FIES incorporou os saldos devedores dos financiamentos concedidos no âmbito do PROCRED (artigo 2.º, §1º, II, Lei n.º 10.260/01) e foi implementado como uma nova política pública educacional de concessão de crédito estudantil no Brasil para o custeio das mensalidades dos cursos da educação superior.

Busca-se, por meio do FIES, corrigir os equívocos do anterior PROCRED, principalmente na criação de mecanismos que assegurem o seu desenvolvimento sustentável, a manutenção da sua hígidez atuarial e a redução dos índices de inadimplência. Desse modo, o fortalecimento das garantias contratuais é indispensável para que os valores provenientes da quitação dos contratos de financiamento sejam utilizados em benefício dos novos estudantes que ingressam anualmente no FIES.

Nesse sentido, a Medida Provisória n.º 1.827-1/99, que instituiu o FIES, determinou expressamente em seu artigo 5.º, inciso III, que os financiamentos concedidos com recursos do programa observassem o “*oferecimento de garantias adequadas pelo estudante financiado*”. Além da fiança convencional, a Lei n.º 11.552/2007⁸⁷⁸ instituiu outras possibilidades de garantia, como a autorização para desconto em folha de pagamento e a fiança solidária.

A fiança solidária representava a possibilidade de o crédito ser garantido por um conjunto de 3 (três) a 5 (cinco) alunos, necessariamente da mesma instituição de ensino superior e do mesmo local de oferta do curso, que seriam fiadores recíprocos e devedores solidários da totalidade da dívida do grupo, mas que, diferentemente da fiança convencional, não precisavam comprovar renda.

A partir da vigência da MP n.º 785/2017⁸⁷⁹ convertida na Lei n.º 13.530/2017⁸⁸⁰, a fiança solidária foi extinta e somente pode incidir nos contratos celebrados até o segundo semestre de 2017 e seus aditamentos, não mais se aplicando àqueles firmados após essa data (artigo 5.º, §9º, II, Lei n.º 10.260/01). De todo modo, essa flexibilização das garantias contratuais, realizada

⁸⁷⁸ BRASIL. Lei n.º 11.552, de 19 de novembro de 2007. Diário Oficial, Brasília, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2007/lei/11552.htm. Acesso em: 25 mar. 2021.

⁸⁷⁹ BRASIL. Medida Provisória n.º 785, de 6 de julho de 2017. Diário Oficial, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/Mpv/mpv785.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁸⁸⁰ BRASIL. Lei n.º 13.530, de 7 de dezembro de 2017. Diário Oficial, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113530.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.



pela Lei n.º 11.552/2007, abalou a sustentabilidade do FIES, contribuindo para a elevação da taxa de inadimplência do programa⁸⁸¹.

Os recursos alocados para a promoção das ações do FIES são provenientes das seguintes receitas: *a)* dotações orçamentárias do MEC; *b)* 30% da renda líquida dos concursos de prognósticos administrados pela Caixa Econômica Federal (CEF), bem como a totalidade dos recursos de premiação não procurados pelos contemplados dentro do prazo de prescrição (todavia essa fonte de receita foi revogada pela MP n.º 841/2018⁸⁸², convertida na Lei n.º 13.756/2018⁸⁸³); *c)* encargos e sanções contratualmente cobrados nos financiamentos concedidos ao amparo do FIES; *d)* multas decorrentes de sanções aplicadas por descumprimento das normas que regulamentam o FIES; *e)* encargos e sanções contratualmente cobrados nos financiamentos concedidos no âmbito do PROCRED; *f)* rendimento de aplicações financeiras sobre suas disponibilidades; *g)* receitas patrimoniais.

Constata-se, assim, que a grande maioria dos recursos do FIES são públicos, provenientes das dotações orçamentárias vinculadas ao Ministério da Educação (MEC).

Essas receitas do FIES são alocados no Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), constituído sob a forma de autarquia federal criada pela Lei n.º 5.537, de 21 de novembro de 1968⁸⁸⁴, e alterada pelo Decreto-Lei n.º 872, de 15 de setembro de 1969⁸⁸⁵,

⁸⁸¹ Cumpre ressaltar que o legislador, ciente dos abalos que a instituição da fiança solidária geraria na higidez econômico-financeira do FIES, na própria Lei n.º 11.552/2007 que a instituiu, determinou, também, que os agentes financeiros e as instituições de ensino superior, na condição de devedores solidários, deveriam participar dos riscos do financiamento no percentual de 25% para os agentes financeiros e de 30% para as instituições de ensino inadimplentes com as obrigações tributárias federais e de 15% para as instituições de ensino adimplentes com as obrigações tributárias federais (artigo 5.º, VI, alíneas *a*, *b*, *c*, Lei n.º 10.260/01). Posteriormente, os riscos do empreendimento dos bancos foram excluídos pela Lei n.º 12.202/2010, mantidos os das instituições de ensino, os quais foram alterados pela MP n.º 564/2012 convertida na Lei n.º 12.712/12, a fim de determinar que os referidos percentuais incidissem por operação contratada e sobre a parcela não garantida pelo FGEDUC. Após a vigência da Lei n.º 13.530/2017, essa sistemática de repartição dos riscos do financiamento é aplicada aos contratos celebrados até o segundo semestre de 2017 e os seus aditamentos. Em relação aos contratos celebrados a partir do primeiro semestre 2018, a participação das instituições de ensino no risco do financiamento, na condição de devedoras solidárias do FG-FIES, ocorre na proporção de suas contribuições ao Fundo (artigo 5.º-C, V, Lei n.º 10-260/01).

⁸⁸² BRASIL. Medida Provisória n.º 841, de 11 de junho de 2018. *Diário Oficial*, Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/MPv/mpv841.htm. Acesso em: 27 mar. 2021.

⁸⁸³ BRASIL. Lei n.º 13.756, de 12 de dezembro de 2018. *Diário Oficial*, Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13756.htm. Acesso em: 28 mar. 2021. A referida lei revogou o inciso II do artigo 2.º da Lei 10.260/2001 excluindo, como receita do FIES, esses valores provenientes da renda líquida dos concursos de prognósticos administrados pela CEF.

⁸⁸⁴ BRASIL. Lei n.º 5.537, de 21 de novembro de 1968. *Diário Oficial*, Brasília, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5537.htm. Acesso em: 26 mar. 2021.

⁸⁸⁵ BRASIL. Decreto-Lei n.º 872, de 15 de setembro de 1969. *Diário Oficial*, Brasília, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0872.htm. Acesso em: 05 fev. 2021.



tratando-se do ente público responsável pela execução de políticas educacionais do Ministério da Educação (MEC).

A gestão do FIES cabe ao MEC, na qualidade de formulador da política de oferta de financiamento e de supervisor da execução das operações (artigo 3.º, I, Lei n.º 10.260/01). No momento da publicação da Lei n.º 10.260/01, a Caixa Econômica Federal (CEF) era o agente operador e administrador dos ativos e passivos do FIES, conforme regulamento e normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional (artigo 3.º, II, Lei n.º 10.260/01, em sua redação original).

Todavia, a Medida Provisória n.º 487/2010, convertida na Lei n.º 12.202/2010, alterou essa competência e atribuiu ao FNDE a qualidade de agente operador e administrador dos ativos e passivos do FIES, conforme regulamento e normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional.

Em seguida, o tema foi alvo de nova modificação, realizada pela MP n.º 785/2017, convertida na Lei n.º 13.530/2017 que retornou para a Caixa Econômica Federal a condição de agente operador do FIES, com base nos regulamentos do Ministérios da Educação, consoante a redação atual do artigo 3.º, II, Lei n.º 10.260/01⁸⁸⁶.

Essas sucessivas alterações no agente operador do FIES tem repercussão na definição da legitimidade para figurar no polo passivo das ações cujo objeto versa sobre os contratos celebrados no âmbito do FIES que, a partir da Lei n.º 13.530/2017, passa a ser da CEF e não mais do FNDE.

O FIES, assim como ocorreu com o anterior PROCRED, em razão principalmente da flexibilização das garantias contratuais, como, por exemplo, a possibilidade da fiança solidária e as baixas taxas de juros comparadas às do mercado, passou a ter sua sustentabilidade abalada em razão da elevada taxa de inadimplência. Visando garantir o seu desenvolvimento

⁸⁸⁶ Regulamentando essa modificação legal, a Portaria n.º 209, de 07 de março de 2018 do MEC, em seu artigo 12.º, estabelece que a CEF exercerá as atribuições de agente operador e agente financeiro do FIES nos contratos de financiamento da *modalidade FIES* firmados a partir do primeiro semestre de 2018. Ademais, preceitua que, em relação aos contratos de financiamento da *modalidade FIES* firmados até o segundo semestre de 2017, a CEF assumirá as atribuições de agente operador.



sustentável, as regras do FIES foram substancialmente alteradas em 2015, por meio das Portarias Normativas do MEC nº 08/2015⁸⁸⁷, nº 09/2015⁸⁸⁸ e nº 10/2015⁸⁸⁹.

As principais alterações realizadas pelas referidas portarias foram⁸⁹⁰: a) limitação dos estudantes beneficiados pelo FIES com base na renda familiar per capita de até 2,5 salários mínimos⁸⁹¹; b) aumento da taxa de juros remuneratórios incidentes sobre os contratos financiados⁸⁹²; c) nova forma de cálculo da taxa de comprometimento da renda familiar do estudante beneficiado com o FIES⁸⁹³; d) priorização de financiamento de cursos mais bem avaliados com nota cinco e quatro do SINAES, de determinadas áreas de conhecimento (licenciaturas, engenharias e saúde), bem como de específicas regiões (Norte, Nordeste e Centro-Oeste, excluído o Distrito Federal; e) seleção dos alunos beneficiados com o FIES tendo como critério a nota no ENEM⁸⁹⁴.

Apesar dessas mudanças, o FIES continuou com dificuldade de obtenção do equilíbrio econômico-atuarial, a ponto do Tribunal de Contas da União, em 2016, realizar uma auditoria operacional interna no FIES, cujo relatório concluiu que a forte expansão do programa estava dissociada de instrumentos prévios de planejamento, gerando riscos à sua sustentabilidade, o

⁸⁸⁷ BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa nº 8, de 2 de julho de 2015. *Diário Oficial*, Brasília, 2015. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=17718-port-norm-8-fies-3julho&category_slug=julho-2015-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁸⁸⁸ BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa nº 9, de 17 de julho de 2015. *Diário Oficial*, Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/index.php/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/item/6806-portaria-normativa-n-9-de-17-de-junho-de-2015>. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁸⁸⁹ BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa nº 10, de 31 de julho de 2015. Associação Brasileira de Mantenedoras do Ensino Superior, Brasília, 2015. Disponível em: <https://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Port-Normativa-010-2015-07-31.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁸⁹⁰ A respeito das mudanças realizadas no FIES 2015 pelas Portarias Normativas do MEC nº 08/2015, 09/2015 e 10/2015 vide BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. *Direito à Educação...op.cit.*, pp. 102-138.

⁸⁹¹ Antes de 2015, o artigo 9.º, da Portaria Normativa MEC nº 10, de 30 de abril de 2010, previa que o requisito da renda familiar máxima para participar do FIES era de até 20 (vinte) salários-mínimos.

⁸⁹² As taxas de juros remuneratórios dos contratos firmados pelo FIES iniciaram-se no percentual de 9% a.a., fixadas pelo artigo 6.º da Resolução do BACEN nº 2.647/99, mantendo-se nesse patamar de 09/1999 até 06/2006. Em seguida, o artigo 1.º da Resolução BACEN nº 3.415/06 reduziu para 6,5% a.a. (salvo para os cursos de licenciatura, pedagogia, normal superior e cursos superiores de tecnologia, aos quais a taxa de juros reduziu para 3,5% a.a.), desde 07/2006 até 02/2010. Em seguida, o artigo 1.º da Resolução BACEN nº 3.842/2010 reduziu novamente para 3,40% a.a. (para quaisquer cursos) desde 03/2010 até 06/2015. Somente a partir de 07/2015, é que a taxa de juros remuneratórios aumentou para 6,5%, nos termos do artigo 1.º da Resolução BACEN nº 4.432/15.

⁸⁹³ Exigia-se, antes de 2015, para se submeter ao FIES, o comprometimento da renda familiar do aluno em face do valor da mensalidade da instituição de ensino no percentual de até 20%. Em 2015 passou-se a definir a taxa de comprometimento da renda familiar não mais com a aplicação de um único percentual, mas de cinco percentuais, que variavam de 15% a 38%, a depender da renda familiar mensal bruta per capita.

⁸⁹⁴ Instituiu-se a necessidade do aluno, para se beneficiar do FIES, ter participado do ENEM, a partir da edição de 2010, e ter obtido média aritmética das notas nas provas a partir de 450 pontos e nota da redação superior a zero.



qual foi acolhido no Acórdão n.º 3.001/2016⁸⁹⁵. No início de 2017, a carteira do FIES era composta por um saldo devedor de R\$ 85 bilhões, abrangendo cerca de 2,55 milhões de contratos⁸⁹⁶.

Isso motivou nova reformulação no programa realizada em 2017 pela Medida Provisória n.º 785/2017, convertida na Lei n.º 13.530/2017, passando a denominar-se de Novo FIES e estabelecendo novas regras para os contratos celebrados a partir do primeiro semestre de 2018.

Dentre as principais mudanças, além da já destacada limitação da incidência da fiança solidária apenas aos contratos celebrados até o segundo semestre de 2017 e respectivos aditamentos, a referida norma criou duas modalidades de financiamento, regulamentadas pela Portaria do MEC n.º 209, de 07 de março de 2018⁸⁹⁷, quais sejam:

a) **MODALIDADE FIES:** prevista no artigo 5.º-C e seguintes da Lei n.º 10.260/2001, concretizada por meio do FIES e tem a sua operação em relação aos estudantes e mantenedoras de instituição de educação superior sob a responsabilidade do agente operador do FIES. Poderá ser garantida pelo Fundo Garantidor do FIES (FG-FIES), e os beneficiários são os estudantes que tenham perfil de renda bruta familiar per capita de até 3 (três) salários mínimos.

b) a **MODALIDADE P-FIES:** prevista nos artigos 15.º-D a 15.º-M da Lei n.º 10.260/2001, concretizada por meio de fontes de financiamento distintas do FIES, entre elas o Fundo de Desenvolvimento do Centro-Oeste (FDCO), o Fundo de Desenvolvimento do Nordeste (FDNE), o Fundo de Desenvolvimento da Amazônia (FDA), o Fundo Constitucional de Financiamento do Norte (FNO), o Fundo Constitucional do Nordeste (FNE), o Fundo Constitucional do Centro-Oeste (FCO) e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). A sua operação em relação aos estudantes e às mantenedoras de instituição de educação superior está sob a responsabilidade de agentes financeiros operadores de crédito, e não poderá ser garantida pelo FG-FIES.

Na *modalidade FIES* os recursos utilizados para o financiamento dos contratos são provenientes das receitas do FIES, oriundas, em sua maioria, como já destacado, das dotações orçamentárias consignadas ao MEC (artigo 2.º, I, Lei n.º 10.260/01). Nesse caso, a CEF acumula as funções de agente operador e de agente financeiro (artigo 3.º, §3º, Lei n.º 10.260/01).

As condições da contratação no âmbito da modalidade FIES são pré-estabelecidas na Lei n.º 10.260/01 e nos regulamentos do MEC, tais como a necessidade de os estudantes

⁸⁹⁵ O referido relatório concluiu que as principais causas da insustentabilidade fiscal do FIES podem ser apontadas em três categorias: a) risco de crédito; b) subsídio implícito; c) governança do programa. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/08/43/F7/B1/51B98510784389852A2818A8/011.884-2016-9%20_FIES_.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

⁸⁹⁶ Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=98081-rg-fies-2017&category_slug=outubro-2018-pdf-1&Itemid=30192. Acesso em: 10 jan. 2020.

⁸⁹⁷ BRASIL. Ministério da Educação. Portaria n.º 209, de 07 de março de 2018. *Diário Oficial*, Brasília, 2018. Disponível em: http://portal.fies.mec.gov.br/arquivos/portaria_209_07032018_1.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.



beneficiários possuírem renda familiar mensal bruta per capita de até 3 (três) salários-mínimos (artigo 11.º, II, Portaria MEC n.º 1.009/2020⁸⁹⁸) e a taxa de juros remuneratórios ser igual a zero (artigo 5.º-C, II, Lei n.º 10.260/2001). A CEF não pode, sobre tais questões, pactuar em sentido diverso com o aluno no momento da celebração do contrato de empréstimo.

Diversamente, na *modalidade P-FIES*, será possível a realização de dois tipos de contrato. Pode-se utilizar tanto de recursos públicos provenientes dos supracitados fundos de desenvolvimento regionais (FDCO, FDNE, FDA, FNO, FNE, FCO) e do BNDES (artigo 15-J, Lei n.º 10.260/01), quanto de recursos privados das instituições financeiras.

Portanto, a finalidade da criação da *modalidade P-FIES* foi permitir que os empréstimos aos estudantes fossem realizados com a utilização de verbas privadas dos bancos. O agente financeiro, nesse caso, por utilizar recursos próprios, tem maior autonomia, comparada à *modalidade FIES*, para a definição das condições de liberação do crédito, tais como a fixação da taxa de juros remuneratórios sobre o capital emprestado, que, entretanto, deve ser fixada observando os limites estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional (artigo 15.º-G, Lei n.º 10.260/01)⁸⁹⁹.

Outra inovação estrutural realizada pela Lei n.º 13.530/2017 no âmbito do FIES foi a criação do Fundo Garantidor do FIES (FG-FIES), em substituição ao anterior Fundo de Garantia de Operações de Crédito Educativo (FGEDUC)⁹⁰⁰, bem como a previsão do Comitê Gestor do FIES (CG-FIES)⁹⁰¹.

⁸⁹⁸ BRASIL. Ministério da Educação. Portaria n.º 1.009, de 27 de novembro de 2020. *Diário Oficial*, Brasília, 2020. Disponível em: http://portalfies.mec.gov.br/arquivos/portaria_1009_27122020.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021.

⁸⁹⁹ É, inclusive, permitido que o agente financeiro defina o valor máximo do financiamento, na hipótese de dilação regular do curso (artigo 15-D, §3.º, Lei n.º 10.260/01).

⁹⁰⁰ O FGEDUC, criado pela Lei n.º 12.087/09, é um fundo garantidor de crédito de natureza privada, que opera no âmbito do FIES, podendo ser utilizado de forma exclusiva ou concomitante com outras garantias contratuais, composto por recursos da União e das instituições privadas de ensino. A Portaria Normativa do MEC n.º 3, de 03.01.2014, alterou a Portaria Normativa do MEC n.º 1/10 e tornou obrigatória a adesão ao FGEDUC das entidades mantenedoras das instituições de ensino inscritas no FIES, sendo que antes tal adesão era facultativa. Assim, a partir de 01.02.2014 todas as instituições de ensino superiores inscritas no FIES devem aderir ao FGEDUC, sob pena de suspensão de sua participação no programa de financiamento estudantil. Atualmente, o FGEDUC é aplicado como garantia apenas nos contratos celebrados até o segundo semestre de 2017 (artigo 5.º. VIII, Lei n.º 10.260/01) e a mesmo agente operador e financeiro da modalidade FIES, que é a CEF, é também a responsável pela administração do FGEDUC referente aos financiamentos formalizados até a o referido período (artigo 20-G, Lei 10.260/01).

⁹⁰¹ O CG-FIES é o responsável, nos termos do artigo 3.º, III, da Lei n.º 10.260/01, de formular a política pública de oferta do financiamento, bem como supervisionar a execução das operações do FIES, sob a coordenação do MEC. Sua composição, estrutura e competência foram instituídas pelo Decreto de 19 de setembro de 2017 (sem número), disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Dsn/Dsn14491.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.



O FC-FIES é um fundo de natureza privada⁹⁰² que tem por função garantir o crédito do FIES (artigo 6.º, Lei n.º 10.2160/20). Sua finalidade é conferir sustentabilidade à política pública do FIES, assegurando a sua higidez econômica-atuarial.

O FG-FIES é composto por recursos públicos, integralizados pela União por meio de cotas (artigo 6.º-G, §1º, Lei n.º 10.260/01)⁹⁰³, bem como de aportes de verbas privadas das entidades mantenedoras do ensino (artigo 6.º-G, §6º, VI, Lei 10.260/01)⁹⁰⁴.

Tendo em vista que as instituições de ensino superior são beneficiadas com o programa, pois preenchem as vagas ofertadas, também aportam recursos ao FG-FIES e contribuem, desse modo, para garantir a sustentabilidade da política pública de financiamento. Portanto, para participar do FIES as mantenedoras das instituições de ensino superior devem aderir ao FG-FIES, mediante a assinatura do termo de adesão⁹⁰⁵.

Ademais, no caso de inadimplemento e da necessidade de acionar os recursos do FG-FIES, as cotas integralizadas pela União somente serão utilizadas na hipótese de as cotas da entidade mantenedora não serem suficientes para cobertura da quitação dos financiamentos originados pela respectiva instituição de ensino (artigo 6.º-G, §6º, VII, Lei n.º 10.260/01).

⁹⁰² Além da natureza privada terá também patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas e da instituição administradora e será sujeito a direitos e obrigações próprios, bem como não contará com qualquer tipo de garantia ou aval por parte do poder público e responderá por suas obrigações até o limite dos bens e dos direitos integrantes de seu patrimônio (artigo 6.º-G, §§3º e 4º, Lei 10.216/01). Ademais, poderá ser criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União (artigo 6.º-G, §5º, Lei 10.216/01).

⁹⁰³ A integralização de cotas pela União será autorizada por decreto e poderá ser realizada a critério do Ministro de Estado da Fazenda por meio de: a) moeda-corrente; b) títulos públicos; c) ações de sociedades nas quais a União tenha participação minoritária; d) ações de sociedades de economia mista federais excedentes ao necessário para manutenção de seu controle acionário; e) outros recursos.

⁹⁰⁴ Conforme o artigo 4.º, §11º, da Lei 10.260/01 para aderir ao Fies, a instituição de ensino deverá comprometer-se a realizar aportes ao FG-Fies por meio da aplicação dos seguintes percentuais sobre os encargos educacionais: a) 13% (treze por cento) no primeiro ano da entidade mantenedora no FG-Fies; b) entre 10% (dez por cento) e 25% (vinte e cinco por cento) do segundo ao quinto ano da entidade mantenedora no FG-Fies, variável em função da evasão dos estudantes e do não pagamento da coparticipação ou de outros valores devidos pelo estudante financiado pelo Fies, na forma a ser estabelecida em regulamento, nos termos do que for aprovado pelo CG-Fies; c) a razão entre o valor apurado para pagamento da honra e o valor mensal esperado do pagamento pelo financiado, referentes ao ano anterior, da carteira da entidade mantenedora, na forma a ser estabelecida em regulamento, nos termos do que for aprovado pelo CG-Fies, após o quinto ano da entidade mantenedora no FG-Fies.

⁹⁰⁵ Ficam habilitadas a assinar o Termo de Participação no FIES as mantenedoras que possuam Termo de Adesão ao FIES e ao FG - FIES, podendo indicar as vagas a serem ofertadas no processo seletivo. Todos os procedimentos necessários à emissão e à assinatura do Termo de Participação deverão ser realizados exclusivamente por meio do Sistema Informatizado do Fies - SisFies, no módulo FiesOferta, disponível no endereço eletrônico <http://fieso-ferta.mec.gov.br/>. A regulamentação do Termo de Adesão ao FIES e ao FG-FIES, bem como o Termo de Participação é regulamentado na portaria de cada processo seletivo, previsto nos artigos 2.º a 7.º da Portaria MEC n.º 38, de 22 de janeiro de 2021 que disciplina o processo seletivo do FIES referente ao segundo semestre de 2021.



Os recursos do FG-FIES somente são utilizados como garantia nos contratos celebrados na modalidade FIES, podendo ser exigido de forma concomitante com outras garantias oferecidas pelo estudante ou pela entidade mantenedora da instituição de ensino (artigo 5.º-C, III, Lei n.º 10.260/01).

Entretanto, tratando-se de contratos firmados por alunos integrantes de famílias cadastradas no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico), o FG-FIES será a garantia exclusiva, em face da impossibilidade desses estudantes carentes disporem de outras formas de afiançar o crédito (artigo 5.º-C, VII, Lei n.º 10.260/01).

Além da garantia do FC-FIES, na modalidade FIES, o contrato de financiamento poderá prever a amortização da dívida mediante débito em conta corrente do estudante ou autorização para desconto em folha de pagamento, preservadas as garantias e as condições pactuadas originalmente, inclusive as dos fiadores (artigo 5.º, §5º, Lei n.º 10.260/01).

No caso da modalidade P-FIES, embora não possa se utilizar da garantia do FC-FIES, a Lei n.º 13.530/17 permite que seja oferecida como garantia do crédito até 10% (dez por cento) do saldo de sua conta vinculada ao FGTS⁹⁰⁶, bem como até 100% do valor da multa paga pelo empregador no momento da rescisão (artigo 15.º-F, II, Lei n.º 10.260/01). Ademais, os agentes financeiros, nessa hipótese, podem exigir outras garantias para a liberação do crédito, como fiador e bens patrimoniais, a depender do montante dos recursos objeto da contratação.

Verifica-se que os modelos de financiamento estudantil português e brasileiro, quanto à estrutura, são diferentes. O financiamento português, analisado no tópico 1.1 (Cap. IV) utiliza recursos privados das instituições financeiras na concessão dos empréstimos aos estudantes. O Estado participa na condição de fiador de parte dos créditos liberados por meio da garantia do FCGM, composto pelas dotações orçamentárias vinculadas à Fundação para a Ciência e Tecnologia, e dos recursos do FSE, provenientes da União Europeia e aprovados pela Comissão Europeia. Os estudantes não precisam apresentar nenhuma espécie de garantia, bem como não há critério de limitação dos alunos beneficiados com base na renda familiar.

Diversamente, no Brasil, tratando-se da *modalidade FIES*, não há a utilização de recursos próprios dos bancos para a concessão dos empréstimos, mas de recursos públicos

⁹⁰⁶ Esse limite de 10% que poderá ser elevado pelo Conselho Curador do FGTS, devendo o valor correspondente a esse percentual ser calculado e retido no momento da tomada do financiamento e o trabalhador impossibilitado de movimentá-lo nas hipóteses previstas no art. 20 da Lei no 8.036/90, enquanto vigente a garantia do crédito do FIES.



provenientes das receitas do FIES decorrentes das dotações orçamentárias consignadas ao MEC. A CEF, nesse caso, atua como agente operador e único agente financeiro, aplicando as condições de contratação pré-definidas na Lei n.º 10.260/01 e nas portarias do MEC.

Na modalidade FIES os contratos são garantidos, de forma exclusiva ou concomitante, por meio do FG-FIES que é composto por cotas integralizadas pela União e por aportes feitos pelas mantenedoras das instituições de ensino superior privadas. Há restrição dos alunos beneficiados com base na renda familiar per capita, pois essa modalidade de empréstimo somente é devida para os estudantes com renda familiar mensal bruta per capita de até 3 salários-mínimos.

Por outro lado, no caso da *modalidade P-FIES*, embora também possa haver a alocação de recursos públicos, os empréstimos podem ser concedidos com a utilização exclusiva de recursos de quaisquer bancos privados (e não somente da CEF), participando como agente financeiro e definindo as condições da contratação. O FG-FIES não é utilizado como garantia nessas hipóteses, posto que, por envolver recursos próprios, o risco é assumido pela instituição financeira, podendo ser exigidas garantias dos alunos beneficiados, como fiadores, bens imóveis, além de poder incidir sobre até 10% do saldo do FGTS e de até 100% da multa indenizatória no caso de encerramento do vínculo empregatício.

2.2 Beneficiários e Condições de Elegibilidade

A Lei n.º 10.260/01, em seu artigo 1.º, estabelece, como beneficiários da política pública do FIES, os estudantes de cursos superiores não gratuitos e com avaliação positiva nos processos conduzidos pelo MEC. Consideram-se cursos de graduação com avaliação positiva, aqueles que obtiverem conceito maior ou igual a 3 (três) no Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES), de que trata a Lei n.º 10.861/2004⁹⁰⁷ (artigo 1.º, §2º, Lei n.º 10.260/01).

O FIES pode financiar não somente os cursos de graduação, mas também os cursos de pós-graduação (doutorado, mestrado acadêmico e mestrado profissional), bem como os da educação profissional e tecnológica, desde que haja disponibilidade de recursos e tenham avaliação positiva feita pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), consoante o artigo 1.º, §§1.º e 4.º, Lei n.º 10.260/01. Entretanto, a prioridade é a destinação de

⁹⁰⁷ BRASIL. Lei n.º 10.861, de 14 de abril de 2004. Diário Oficial, Brasília, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.861.htm. Acesso em: 07 fev. 2021.



recursos do FIES aos estudantes que não tenham concluído o ensino superior (artigo 1.º, §6º, Lei n.º 10.260/01).

Os beneficiários dos contratos celebrados no âmbito do FIES somente incluem aqueles alunos que tenha interesse em estudar em instituições de ensino superior privadas. Isso porque, diferente de Portugal, no Brasil, as instituições públicas de ensino superior são gratuitas, razão pela qual não são incluídas no referido programa.

A Lei n.º 10.260/01, em seu artigo 3.º, §1º, I, permite que o MEC regulamente os requisitos de seleção dos estudantes a serem beneficiados com o FIES. A redação original do referido dispositivo legal não especificava os critérios de seleção, que ficavam a cargo do MEC, enquanto órgão formulador da política pública.

Nessa toada, a Portaria Normativa MEC n.º 08/2015, em seu artigo 8.º, conforme destacado no tópico anterior, modificou o critério para participar do FIES, passando a exigir o limite máximo da renda familiar mensal bruta *per capita* de até 2,5 (dois e meio) salários mínimos. Pela regulamentação anterior, o artigo 9.º, da Portaria Normativa MEC n.º 10, de 30 de abril de 2010⁹⁰⁸ previa como condição para beneficiar-se do FIES, o rendimento mensal familiar bruto do estudante, considerado de forma global entre todos os seus componentes, de até 20 (vinte) salários-mínimos⁹⁰⁹.

Posteriormente, esse dispositivo foi alterado pela Portaria Normativa MEC n.º 16, de 8 de julho de 2016⁹¹⁰, cujo artigo 9.º passou a prever, como requisito para a participação no FIES, a renda familiar mensal bruta *per capita* de até 3 (três) salários mínimos.

A MP n.º 785/17, convertida na Lei n.º 13.530/2017, sobre o tema, alterou a redação original do artigo 3.º, I, da Lei 10.260/01, a fim de prever expressamente que as regras de seleção de estudantes a serem beneficiados com o FIES devem considerar a renda familiar *per capita*, bem como outros requisitos.

⁹⁰⁸ BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa n.º 10, de 30 de abril de 2010. *Diário Oficial*, Brasília, 2010. Disponível em: http://sisfiesportal.mec.gov.br/arquivos/portaria_normativa_n10_30042010.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁹⁰⁹ Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=17231-port-normativa-n10-30042010&category_slug=marco-2015-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 15 jan. 2020.

⁹¹⁰ BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa n.º 16, de 8 de julho de 2016. Associação Brasileira de Mantenedoras do Ensino Superior, Brasília, 2016. Disponível em: <https://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Port-Normativa-016-2016-07-08.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2021.



Desse modo, a exigência de comprovação da renda familiar para participar do programa, que antes era prevista apenas nas supracitadas portarias do MEC, passou a ter previsão legal, embora sem especificar o montante da renda, cuja delimitação permaneceu na competência regulamentadora do MEC, nos termos em que aprovado pelo CG-FIES.

Após essa modificação legal, a primeira portaria que regulamentou o tema foi a Portaria do MEC nº 209, de 07 de março de 2018⁹¹¹. A referida portaria estabeleceu faixas de renda familiar diversas a depender do tipo de contrato celebrado. A modalidade FIES é direcionada para os estudantes com renda familiar mensal bruta per capita de até 3 (três) salários-mínimos, enquanto no P-FIES de 3 (três) até 5 (cinco) salários-mínimos (artigo 2.º, Portaria MEC n.º 209/18).

Todavia, posteriormente, a Resolução do MEC/FNDE/CG-FIES n.º 33, de 18 de dezembro de 2019⁹¹² modificou essa regulamentação. Manteve-se, para a modalidade FIES, a renda familiar mensal bruta per capita de até 3 (três) salários-mínimos do aluno, mas retirou-se, a partir do segundo semestre de 2020, a limitação máxima de renda per capita de até 5 (cinco) salários-mínimos para a contratação da modalidade P-FIES (artigo 1.º, II, Resolução do MEC/FNDE/CG-FIES n.º 33/2019).

Desse modo, a limitação da renda familiar de até 3 (três) salários-mínimos somente existe para a celebração dos contratos na modalidade FIES, não havendo, a partir do segundo semestre de 2020, restrição máxima de renda familiar para participar da modalidade P-FIES.

Além do requisito da renda familiar per capita, é também exigido do aluno determinado desempenho acadêmico para a seleção dos estudantes no FIES. A Lei n.º 10.260/2001, em seu artigo 3.º, §1º, I, também atribui ao MEC a regulamentação do tema. A partir do segundo semestre de 2015 passou-se a exigir que o aluno, para se inscrever no processo seletivo do FIES, tenha participado do ENEM, a partir da edição de 2010, e obtido média aritmética das notas nas

⁹¹¹BRASIL. Ministério da Educação. Portaria MEC n.º 209, de 07 de março de 2018. Diário Oficial, Brasília, 2018. Disponível em: http://portalufes.mec.gov.br/arquivos/portaria_209_07032018_1.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

⁹¹²BRASIL. Ministério da Educação. Resolução n.º 33, de 18 de dezembro de 2019. Diário Oficial, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-33-de-18-de-dezembro-de-2019-235626713>. Acesso em: 15 fev. 2021.



provas igual ou superior a quatrocentos e cinquenta pontos e nota na redação superior a zero (artigo 8.º, II, Portaria MEC n.º 08, de 2 de julho de 2015⁹¹³).

Em seguida, após a vigência da Lei n.º 13.530/2017, foi publicada a Resolução MEC/FNDE/CG-FIES n.º 34, de 18 de dezembro de 2019⁹¹⁴, que, embora tenha mantido a média aritmética das notas nas cinco provas do ENEM igual ou superior a quatrocentos e cinquenta pontos, modificou a nota mínima da redação que passava a ser igual ou superior a quatrocentos pontos, ao invés de apenas superior a zero (artigo 1º, II, Resolução MEC/FNDE/CG-FIES n.º 34/2019).

Contudo, posteriormente, a Resolução MEC/FNDE/CG-FIES n.º 41, de 05 de outubro de 2020 determinou que a Resolução MEC/FNDE/CG-FIES n.º 34/2019 somente passa a vigorar a partir de 03 de janeiro de 2022⁹¹⁵. Portanto, nos processos seletivos do FIES referentes ao primeiro e segundo semestre de 2021 continuará sendo exigido do aluno que tenha participado do ENEM, a partir da edição de 2010, e obtido média aritmética das notas nas cinco provas igual ou superior a quatrocentos e cinquenta pontos e nota na prova de redação superior a zero (artigo 11.º, I, Portaria MEC n.º 38, de 22 de janeiro de 2011)⁹¹⁶.

O que se deve ter em mente é que esses requisitos da renda familiar per capita e da nota mínima no ENEM são definidos a cada processo seletivo do FIES (que ocorre duas vezes por ano) em atos normativos do MEC, aprovados pelo Comitê-Gestor do FIES, conforme permitido pelo artigo 3.º, §1º, I, da Lei n.º 10.260/01 e expressamente previsto no artigo 37.º da Portaria MEC n.º 209/18. Por conseguinte, é possível que haja modificação desses requisitos a depender do processo seletivo.

⁹¹³BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa n.º 8, de 2 de julho de 2015. Diário Oficial, Brasília, 2015. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=17718-port-norm-8-fies-3julho&category_slug=julho-2015-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁹¹⁴BRASIL. Ministério da Educação. Resolução n.º 34, de 18 de dezembro de 2019. Diário Oficial, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-34-de-18-de-dezembro-de-2019-235626860>. Acesso em: 17 fev. 2021.

⁹¹⁵BRASIL. Ministério da Educação. Resolução n.º 41, de 5 de outubro de 2020. Diário Oficial, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.fn.de.gov.br/index.php/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/item/13838-resolucao-n-41,-de-5-de-outubro-de-2020>. Acesso em: 15 jan. 2021.

⁹¹⁶BRASIL. Ministério da Educação. Portaria n.º 38, de 22 de janeiro de 2021. Diário Oficial, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-38-de-22-de-janeiro-de-2021-300391529>. Acesso em: 20 fev. 2021.



As inscrições para a participação no processo seletivo da modalidade FIES será efetuada exclusivamente pela internet⁹¹⁷ e em período a ser especificado no Edital publicado duas vezes ao ano pelo SISU.

Encerrado o período de inscrição, os candidatos serão pré-selecionados e classificados nos termos do respectivo Edital com base na nota obtida no ENEM⁹¹⁸ e observada a seguinte sequência de prioridade: *I)* candidatos que não tenham concluído o ensino superior e não tenham sido beneficiados pelo financiamento estudantil; *II)* candidatos que não tenham concluído o ensino superior, mas já tenham sido beneficiados pelo financiamento estudantil e o tenham quitado; *III)* candidatos que já tenham concluído o ensino superior e não tenham sido beneficiados pelo financiamento estudantil; *IV)* candidatos que já tenham concluído o ensino superior e tenham sido beneficiados pelo financiamento estudantil e o tenham quitado.

A inscrição, a classificação, a pré-seleção e a complementação da inscrição pelo candidato, por meio do FiesSeleção, constituem procedimentos que asseguram apenas a expectativa de direito à vaga para a qual o candidato se inscreveu.

Isso porque a contratação do financiamento está condicionada ao cumprimento das demais regras e dos procedimentos constantes na portaria do MEC que regula o processo seletivo⁹¹⁹, notadamente a complementação da documentação e apresentação na Comissão Permanente de Supervisão e Acompanhamento do FIES (CPSA), bem como o comparecimento no agente financeiro para a celebração do contrato.

O artigo 37.º da Portaria MEC n.º 209/18 previa que a seleção do P-FIES também seria feita pela internet, por meio do FiesSeleção, junto com a modalidade FIES, entretanto, posteriormente, houve modificação dessa sistemática.

A Resolução do MEC/FNDE/CG-FIES n.º 33, de 18 de dezembro de 2019, garantiu, a partir do segundo semestre de 2020, independência em relação aos processos do P-FIES de oferta de vagas, inscrição, classificação e pré-seleção dos candidatos e contratação do

⁹¹⁷ No endereço eletrônico <http://portalfies.mec.gov.br>. Acesso 17 abril 2021.

⁹¹⁸ É utilizada a maior média obtida pelo aluno nos provas do ENEM desde a edição de 2010 e no caso de empate, os critérios de desempate seguem os seguintes critérios: I - maior nota na redação; II - maior nota na prova de Linguagens, Códigos e suas Tecnologias; III - maior nota na prova de Matemática e suas Tecnologias; IV - maior nota na prova de Ciências da Natureza e suas Tecnologias; e V - maior nota na prova de Ciências Humanas e suas Tecnologias (artigo 17.º, §§1º e 2º, Portaria MEC n.º 38, de 22 de janeiro de 2021).

⁹¹⁹ A última foi a Portaria MEC n.º 38, de 22 de janeiro de 2021 que regulamenta o processo seletivo do FIES referente ao segundo semestre de 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-38-de-22-de-janeiro-de-2021-300391529>. Acesso em: 15 abril 2021.



financiamento. Ademais, a referida norma, além de retirar a limitação máxima da renda para participar do P-FIES, estabeleceu que não há necessidade de realizar o ENEM para participar dessa modalidade de financiamento, bem como que a sua solicitação pode ser feita a qualquer momento (e não apenas duas vezes ao ano como ocorre com a seleção na modalidade FIES) diretamente ao banco participante.

Por conseguinte, as condições de elegibilidade, na *modalidade FIES*, são as seguintes:

- a) o curso objeto do financiamento deve ser ofertado por instituição de ensino superior não gratuita com conceito maior ou igual a 3 (três) no Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES);
- b) aluno tenha participado do ENEM, a partir da edição de 2010, e obtido média aritmética das notas nas cinco provas igual ou superior a quatrocentos e cinquenta pontos e nota na prova de redação superior a zero. A partir do primeiro semestre de 2022, mantém a referida média de quatrocentos e cinquenta pontos no ENEM, mas a nota da redação deve ser igual ou superior a quatrocentos pontos.
- c) possua renda familiar mensal bruta per capita de até três salários mínimos.
- d) ter quitado o financiamento anterior pelo FIES ou pelo Programa de Crédito Educativo (CREDUC) de que trata a Lei nº 8.436/92.
- e) não se encontrar em período de utilização do financiamento.

Por outro lado, as condições de elegibilidade, na *modalidade P-FIES*, são independentes das acima elencadas para a modalidade FIES, pois, por envolverem recursos próprios das instituições financeiras, podem ser definidas pelo agente financeiro no momento da contratação, observado, contudo, quanto à fixação da taxa de juros remuneratórios, os limites definidos pelo Conselho Monetário Nacional (artigo 15.º-G, Lei n.º 10.260/01).

Constata-se que, também quanto aos beneficiários e às condições de elegibilidade, há diferenças de tratamento entre os modelos de financiamento estudantil brasileiro e português. Tendo em vista que em Portugal as universidades públicas não são gratuitas (há as mensalidades, chamadas de *propinas*), os contratos de empréstimo celebrados com garantia mútua podem beneficiar tanto alunos matriculados em instituições de ensino superior privadas quanto públicas.

Diversamente, no Brasil, tendo em vista que todas as instituições de ensino superior públicas são gratuitas, isto é, não há taxa de matrícula nem mensalidades para os cursos de graduação⁹²⁰, os recursos do FIES são utilizados apenas em prol dos estudantes das instituições

⁹²⁰ Conforme destacado no tópico 2.4 (Cap. III), o STF na decisão tomada no RE n.º 597.854 apenas permitiu que as universidades públicas brasileiras instituíssem taxas de matrícula e mensalidades nos cursos de pós-graduação profissionalizantes.



privadas de ensino. Ademais, o modelo de financiamento português, diferentemente do brasileiro, não estabelece limitação quanto à renda familiar per capita dos alunos beneficiados com os empréstimos, tampouco exige garantias adicionais de natureza patrimonial dos estudantes.

2.3 Especificidades do Crédito: Montante, Prazo de Utilização, Reembolso, Desempenho Escolar, Carência e Taxa de Juros

As condições da contratação no âmbito do FIES depende do tipo de contrato pactuado. Tratando-se da *modalidade FIES*, voltada para os alunos com renda familiar mensal bruta de até 3 (três) salários mínimos e que utiliza recursos do FIES – provenientes, como destacado no tópico anterior, das dotações orçamentárias do MEC e dos aportes das mantenedoras das instituições privadas de ensino – tendo como agente financeiro operador apenas a Caixa Econômica Federal, são as seguintes: *a*) financiamento mínimo de 50% (cinquenta por cento)⁹²¹ até 100% (cem por cento) dos encargos educacionais⁹²², apurado com base no comprometimento da renda familiar e o valor da mensalidade da instituição de ensino superior⁹²³; *b*) taxa efetiva de juros igual a zero⁹²⁴ (artigo 5.º-C, II, Lei n.º 10.260/01), *c*) início do pagamento do financiamento no mês imediatamente subsequente ao da conclusão do curso, havendo, portanto, prazo de carência (artigo 5.º-C, IV, Lei n.º 10.260/01)⁹²⁵; *d*) prazo máximo para a quitação da dívida de 14 anos; *e*) quitação do saldo devedor, após a conclusão do curso, mediante retenção pelo empregador do percentual fixado em contrato sobre a remuneração bruta (artigo 5.º-C, VIII, Lei n.º 10.260/01); *f*) utilização da garantia obrigatória do FG-FIES, podendo ser exigida outras

⁹²¹ A Resolução MEC/FNDE n.º 23, de 5 de junho de 2018 altera a Resolução n.º 18, de 30 de janeiro de 2018, e prevê que o percentual de financiamento mínimo da modalidade FIES é de 50% dos encargos educacionais. Disponível em: <https://abmes.org.br/legislacoes/detalhe/2513/resolucao-fnde-n-23>. Acesso em: 10 jan. 2020.

⁹²² Considera-se encargos educacionais a parcela mensal da semestralidade ou anuidade escolar cobrada do aluno pela instituição de ensino superior (artigo 33.º, §1º, Portaria MEC 209/2018)

⁹²³ A forma de cálculo do comprometimento familiar é definida pelo artigo 48.º da Portaria MEC n.º 209, de 07 de março de 2019.

⁹²⁴ Resolução n.º 4.628, de 25 de janeiro de 2018 estabelece que para os contratos de financiamento na modalidade FIES a taxa efetiva de juros será equivalente à variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), e terá capitalização anual. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50518/Res_4628_v1_O.pdf. Acesso em: 15 jan. 2020.

⁹²⁵ Os contratos celebrados até o segundo semestre de 2017 havia carência de 18 (dezoito) meses contados a partir do mês imediatamente subsequente ao da conclusão do curso (artigo 5.º, IV, Lei n.º 10-260/01). Entretanto, os contratos pactuados a partir do primeiro semestre de 2018 a carência foi reduzida, passando a ser o mês seguinte ao da conclusão do curso.



garantias pelos alunos ou pela instituição de ensino superior (artigo 5.º-C, III e VII, Lei n.º 10.260/01).

Diversamente, em relação à *modalidade P-FIES que utiliza recursos públicos* dos fundos de desenvolvimento regionais (FDCO, FDNE, FDA, FNO, FNE, FCO), cujo agente financeiro operador é apenas o Banco do Nordeste as condições de contratação são as seguintes⁹²⁶: a) financiamento de até 100% da mensalidade; b) início do pagamento a partir do segundo mês após a celebração do contrato de financiamento, ou seja, não há prazo carência no período de realização do curso; c) taxa de juros remuneratórios estabelecida nos termos da Resolução BACEN/CMN n.º 4.642, de 28 de fevereiro de 2018⁹²⁷, estimada em 5,38% ao ano para 2021⁹²⁸; d) o prazo de pagamento da dívida até três vezes o tempo de permanência do estudante na condição de financiado, tendo como referência o período regular de duração do curso; e) pagamento durante o curso de 35% do valor da parcela financiada mais os juros do semestre e o restante pago após a conclusão do curso; f) exigência, como garantia, de fiador⁹²⁹ para financiamentos de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e, se ultrapassar esse montante, necessidade de garantia real por meio de bem imóvel; g) necessidade de contratação de seguro prestamista obrigatório, que também será financiado e o valor é definido de acordo com o curso escolhido.

Por fim, em relação à *modalidade P-FIES que utiliza recursos privados* dos bancos, no qual qualquer instituição financeira pode ser o agente operador, as condições da transação, como destacado no tópico 2.1 (Cap. IV), são definidas pelos próprios bancos no momento da contratação, tais como o valor financiado, prazo de pagamento, garantias exigidas, forma de quitação e taxa de juros remuneratórios sobre o capital emprestado, observado, quanto esta última, os limites estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional (artigo 15-G, Lei n.º 10.260/01).

Verifica-se que, também em relação às especificidades do crédito, os modelos de financiamento português e brasileiro são distintos. Isso porque, em Portugal, há apenas uma

⁹²⁶Disponível: <https://www.bnb.gov.br/financiamento-estudantil>. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁹²⁷BRASIL. Banco Central. Resolução n.º 4.642, de 28 de fevereiro de 2018. Diário Oficial, *Brasília*, 2018. Disponível: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50541/Res_4642_v1_O.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

⁹²⁸ Conforme divulgado pelo próprio Banco do Nordeste. Disponível em: <https://www.bnb.gov.br/financiamento-estudantil>. Acesso em: 10 abril 2021.

⁹²⁹ O fiador deve possuir renda mensal igual ou superior a 5 (cinco) vezes o valor da parcela financiada ou 5 (cinco) salários-mínimos, o que for maior.



modalidade de contrato que utilizada a garantia do FCGM e do FSE, razão pela qual as condições de contratação são uniformes.

Diferentemente, no Brasil, dentro da política pública do FIES tem-se três modalidades diversas de contrato (modalidade FIES, P-FIES ofertada por qualquer instituição financeira e P-FIES disponibilizada pelo Banco do Nordeste), cada uma com condições de contratação específicas, pois na modalidade P-FIES oferecida pelos bancos com recursos próprios há maior autonomia para a sua definição, o que pode variar a depender do agente financeiro operador.

Ademais, nos contratos celebrados pelo modelo português há carência de até dois anos, estabelecido com o banco no momento da negociação. Diversamente, no Brasil, enquanto na modalidade FIES há carência, pois o início da amortização da dívida inicia-se apenas no mês seguinte ao da conclusão do curso, diversamente, na modalidade P-FIES não há carência, tendo em vista que o aluno inicia o pagamento do empréstimo durante o curso.

2.4 Quantitativo de Contratos, Valores Investidos e a Continuidade da Política Pública

As informações a respeito do quantitativo de contratos celebrados e valores investidos no âmbito do FIES são disponibilizadas pelo MEC, no seu site da rede mundial de computadores, sendo que o último relatório de prestação de contas refere-se ao ano de 2017⁹³⁰.

Constata-se que nos primeiros cinco anos do FIES (de 2000 a 2004) houve oscilações no quantitativo de contratos celebrados, com forte tendência de queda, o que também se verificou nos cinco anos seguintes (2005 a 2009). Houve, contudo, um aumento substancial dos contratos formalizados a partir de 2010 atingindo o ápice em 2014 e reduzindo-se desde então, anualmente, até 2020, senão veja-se:

Quadro 6 - Evolução da quantidade de contratos formalizados no âmbito do FIES no período de 2000 a 2020

Ano	Contratos Formalizados
2000	102.501
2001	48.456
2002	65.921
2003	50.619

⁹³⁰ Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=98081-rg-fies-2017&category_slug=outubro-2018-pdf-1&Itemid=30192. Acesso em: 10 jan. 2020.



2004	44.141
2005	80.981
2006	60.092
2007	49.770
2008	33.319
2009	32.741
2010	53.822
2011	154.250
2012	377.780
2013	559.905
2014	732.243
2015	287.477
2016	203.634
2017	175.925
2018	82.665
2019	85.009
2020	47.082
TOTAL	3.328.333

Fonte: Relatórios de Gestão do FIES⁹³¹

Constata-se que, conforme o gráfico acima, desde a implantação do FIES, em 1999, até 2020 foram celebrados 3.328.333 (três milhões, trezentos e vinte o oito mil e trezentos e trinta e três) contratos de empréstimo⁹³², beneficiando milhares de estudantes que tiveram, desse modo, acesso ao ensino superior. Ademais, foi investido na referida política pública, nos últimos vinte anos, mais de cem bilhões de reais em sua execução⁹³³.

Diferentemente, como analisado no tópico 1.4 (Cap. IV), o modelo português, desde a sua criação em 2007 até o final de 2019, celebrou apenas o total de aproximadamente 22.000 (vinte e dois mil) contratos de empréstimo aos estudantes.

Apesar da menor quantidade de contratos celebrados comparado ao Brasil, os valores investidos em Portugal de 2007 a 2012 foram, proporcionalmente, em montante elevado,

⁹³¹ Os dados de 2000 a 2014 foram retirados de FILHO, João Ribeiro dos Santos; CHAVES, Vera Lúcio Jacob. Expansão e Financiamento da Educação Superior Privado-Mercantil: FIES e Endividamento Público. Anais do XXIV Seminário Nacional UNIVERSITAS/BR, Universidade Estadual de Maringá – 18 a 20 de Maio de 2016, ISSN 2446-6123, p.88. Disponível em: http://www.ppe.uem.br/xxivuniversitas/anais/trabalhos/e_1/1-006.pdf. Acesso em: 17 abril 2021. Os dados de 2015 a 2017 foram retirados do Relatório de Gestão do FIES de 2017, que foi o último divulgado pelo Ministério da Educação (MEC) em sua página da internet e está disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=98081-rg-fies-2017&category_slug=outubro-2018-pdf-1&Itemid=30192. Acesso em: 17 abril 2021. Por fim, os dados de 2018 a 2020 foram retirados de <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2020/11/fies-cai-ao-menor-numero-de-beneficiarios-em-11-anos.shtml>. Acesso em 17 abril 2021.

⁹³² Conforme o Relatório de Gestão do FIES, até 2017 os 3 (três) cursos mais financiados eram Direito (392.618 contratos), seguido de Administração (191.737 contratos) e Engenharia Civil (190.651 contratos). Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=98081-rg-fies-2017&category_slug=outubro-2018-pdf-1&Itemid=30192. Acesso em: 17 abril 2021.

⁹³³ Fonte: <https://veja.abril.com.br/educacao/a-fraude-de-r-1-bilhao-no-fies/>. Acesso em: 20 fev. 2021.



alcançando a quantia de € 202.421.962 milhões de euros. Isso porque o valor individual dos contratos de empréstimo em Portugal pode chegar ao limite máximo de € 30.000 mil euros.

Analisando o gráfico acima, o incremento nos contratos celebrados pelo FIES a partir de 2010 até chegar ao seu recorde em 2014 coincidiu com o período de baixa taxa de juros remuneratórios fixada em 3,40% ao ano pelo artigo 1.º da Resolução BACEN n.º 3.842/2010, que vigorou desde 03/2010 até 06/2015, que estava muito abaixo da média do mercado⁹³⁴.

Ademais, outra medida que contribuiu para essa elevação exponencial da quantidade de contratos celebrados a partir de 2010, foi o fato da Lei n.º 12.202/2010⁹³⁵ ter revogado o artigo 5.º, VI, alínea *a* da Lei n.º 10.260/01 e, desse modo, excluído a participação dos bancos no risco do financiamento, o qual havia sido anteriormente instituído pela Lei n.º 11.552/2007 no percentual de 25% (vinte e cinco por cento).

Por outro lado, a referida Lei n.º 12.202/2010 ainda aumentou a remuneração dos agentes financeiros do percentual de 1,5% (um e meio por cento) para até 2% (dois por cento), calculada sobre o saldo devedor dos financiamentos concedidos (artigo 2.º, §3º, Lei n.º 10.260/01)⁹³⁶.

Consequentemente, esse cenário de taxa de juros baixas, ausência de participação dos bancos no risco da contratação e aumento da remuneração dos agentes financeiros de forma proporcional ao saldo devedor foi ideal para o aumento desenfreado dos contratos celebrados, abalando, consequentemente, a sustentabilidade do FIES.

A diminuição dos contratos formalizados verificada a partir de 2015 até 2020 foi resultado das regras mais restritivas de acesso ao FIES implementadas pela Portaria Normativa do MEC n.º 08/2015, n.º 09/2015 e n.º 10/2015 e, em seguida, pela Medida Provisória n.º 785/2017, convertida na Lei n.º 13.530/2017, analisadas no tópico 2.1 (Cap. IV).

⁹³⁴ A título comparativo, para a modalidade de crédito pessoal não consignado, no período de 02/01/2012 a 06/01/2012, em consulta realizada no site do Banco Central, a média da taxa de juros ao ano do mercado era de 123%. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estatisticas/reporttxjuroshistorico>. Acesso em: 17 abril 2021.

⁹³⁵ BRASIL. Lei n.º 12.202, de 14 de janeiro de 2010. *Diário Oficial*, Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/112202.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁹³⁶ A redação anterior do dispositivo, dada pela Lei n.º 11.552/2007, a título de remuneração, previa também o percentual de 0,3% ao ano ao agente operador, pela gestão do fundo, calculado sobre o saldo devedor dos repasses às instituições financeiras. Em seguida, a Lei n.º 13.366/2016, a respeito da remuneração dos bancos, incluiu o §6º no artigo 2.º da Lei n.º 10.260/01 prevendo que será custeada pelas instituições de ensino e corresponderá a 2% sobre o valor dos encargos educacionais liberados, a qual, após recolhida, será repassada diretamente aos agentes financeiros.



Outra diferença substancial entre os dois modelos de financiamento é no tocante à continuidade de sua oferta aos estudantes. Em Portugal, a política pública de financiamento estudantil com taxas subsidiadas pelos fundos governamentais e da União Europeia, iniciada em 2007, sofreu diversas suspensões no período de 2010 a 2015 em razão da crise financeira, conforme destacado no tópico 1.4 (Cap. IV), a ponto de ter a sua interrupção total em 2015, retornando apenas no final de 2018.

Diferentemente, no Brasil, a política pública de financiamento estudantil é prestada de forma contínua desde 1992, quando foi instituído o PROCRED, o qual foi substituído, em 1999, pelo FIES, não obstante ter ocorrido momentos de menor oferta de contratos.

Há, inclusive, no Brasil, a prévia previsão da quantidade de oferta de vagas no âmbito do FIES que podem culminar na celebração dos contratos. Nesse sentido, a Resolução MEC/CG-FIES n.º 44, de 31 de dezembro de 2020⁹³⁷ dispõe sobre o Plano Trienal e o quantitativo de vagas dos contratos de financiamento no âmbito do FIES. A referida norma estipulou que serão ofertados 93 mil vagas em instituições privadas de ensino superior para os exercícios de 2021, 2022 e 2023, sujeitas, contudo, à revisão.

Constata-se, então, que no Brasil, desde a criação do programa de financiamento estudantil, embora tenha havido a diminuição da oferta de contratos a serem celebrados, há uma continuidade na sua prestação, o que não se verifica em Portugal, cujo programa foi alvo de sucessivas interrupções.

2.5 Não Incidência do Código de Defesa do Consumidor

A análise da adequação da política pública de financiamento estudantil, como ressaltado no tópico 1.5 (Cap. IV), demanda não somente a verificação da quantidade de contratos celebrados, dos valores investidos e da continuidade da sua prestação, mas também do respeito às regras do direito do consumidor.

Apesar da proteção ao consumidor conferida pela ordem constitucional brasileira, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendimento pacífico, tomado em sede de recurso repetitivo no REsp n.º 1.155.684/RN (Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em

⁹³⁷ BRASIL. Ministério da Educação. Resolução n.º 44, de 31 de dezembro de 2020. Diário Oficial, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-44-de-31-de-dezembro-de-2020-297448509>. Acesso em: 18 abril 2021.



12/05/2010, DJe 18/05/2010)⁹³⁸, no sentido de que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor (CDC) nos contratos celebrados no âmbito do FIES.

A fundamentação para a não incidência do CDC nesses casos pauta-se no entendimento de que na relação travada com o estudante que adere ao FIES não se identificaria relação de consumo, porque o objeto do contrato é um programa de governo, em benefício do estudante, sem conotação de serviço bancário, nos termos do art. 3º, § 2º, do CDC⁹³⁹.

Esse posicionamento do STJ mantém-se até hoje, isto é, entende-se que a instituição financeira, no âmbito dos contratos do FIES, atua como mero preposto ou mandatário de órgãos públicos, razão pela qual não caberia a aplicação do CDC. Nesse sentido, foi a decisão do referido tribunal tomada no REsp n.º 1.876.497/SP (Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 26/10/2020, DJe 29/10/2020)⁹⁴⁰.

Constata-se, assim, que enquanto no sistema de financiamento estudantil português é possível a aplicação da Lei de Defesa do Consumidor, diversamente, no Brasil, o judiciário entende que não cabe a sua incidência, o que fragiliza a defesa dos estudantes no âmbito do FIES.

Capítulo V – O DEVER ESTATAL DE PROTEÇÃO DO ENSINO NAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS

Comparadas as estruturas constitucionais, bem como os modelos de financiamento estudantil de custeio dos cursos da educação superior no Brasil e em Portugal, o objeto de investigação do presente tópico é a eficácia das normas constitucionais, notadamente o artigo 74.º, n.º

⁹³⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.155.684/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 12 de maio de 2010. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 18 de maio de 2010, Brasília, 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9232576&num_registro=200901575736&data=20100518&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 10 jan. 2015.

⁹³⁹ O artigo 3.º, §2º do CDC dispõe que “*Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista*”.

⁹⁴⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.876.497/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 26 de outubro de 2020. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 29 de outubro de 2020, Brasília, 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=116121278®istro_numero=202001251808&peticao_numero=202000626988&publicacao_data=20201029&formato=PDF. Acesso em 17 abril 2021.



2, alínea *d*, da CRP e o artigo 208.º, V, da CRFB, que asseguram a todos o direito de acesso ao ensino superior segundo as capacidades de cada um.

A análise da eficácia dos seus preceitos é fundamental para compreender o seu âmbito de incidência, notadamente em face da indeterminabilidade e generalidade do seu conteúdo que demandam o legítimo poder de conformação da norma pelo legislador ordinário.

Embora reconheça-se a discricionariedade legislativa, essencial ao regime democrático, em estabelecer os meios para se atingir os fins constitucionais, ponderando as diversas condicionantes sociais, políticas, econômicas e jurídicas para a efetivação do direito fundamental social à educação, não se trata de uma liberdade absoluta.

Isso porque sua atividade é guiada para a valorização contínua dos bens jurídicos considerados prioritários pela Constituição, dentre o qual está a educação, cuja valorização permanente, nos termos dos artigos 9.º, alínea *f*, e 81.º, alínea *b*, ambos da CRP e 214.º da CRFB, em todos os níveis de ensino – o que inclui o superior – é tarefa essencial dos Estados brasileiro e português e, por conseguinte, dever prioritário do legislador infraconstitucional.

1 O REGIME NORMATIVO-CONSTITUCIONAL DO ENSINO SUPERIOR NO BRASIL E EM PORTUGAL

Inicia-se a abordagem tratando a respeito das normas constitucionais existentes tanto na Constituição brasileira (artigo 208.º, V, da CRFB) quanto na portuguesa (artigo 74.º, n.º 2, alínea *d*, CRP) que garantem a todos os cidadãos, com base em suas capacidades, o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, bem como o regime normativo do ensino superior no Brasil e em Portugal.

Em seguida, investiga-se a eficácia desses preceitos constitucionais à luz da teoria dos direitos fundamentais, com o escopo de definir o alcance da sua força normativa em decorrência da aplicação originária da Constituição, considerando a relevância da educação, enquanto direito fundamental social, na estrutura constitucional brasileira e portuguesa.

Nessa ótica, embora os referidos dispositivos possuam baixa determinabilidade constitucional, na medida em que não delimitam o seu conteúdo nem especificam os seus titulares, o que demanda a legítima conformação da norma pelo legislador ordinário, busca-se definir os seus efeitos jurídicos, com base na dimensão objetiva dos direitos fundamentais.



1.1 O Acesso ao Ensino Superior no Brasil e em Portugal: O Regime do *Numerus Clausus* e a Universalidade Condicionada

O artigo 208.º, V, da CRFB estabelece que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um.

Dispositivo semelhante é previsto no artigo 74.º, n.º 2, alínea *d*, da CRP ao dispor que, na realização da política de ensino, incumbe ao Estado garantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados do ensino, da investigação científica e da criação artística, bem como a progressiva gratuidade de todos os graus de ensino.

Os referidos dispositivos constitucionais versam sobre a política pública de acesso ao ensino superior, que no Brasil engloba os cursos de graduação, pós-graduação, extensão e os tecnólogos⁹⁴¹ (artigo 44.º, Lei n.º 9.394/96) e, em Portugal, compreende o ensino universitário e o politécnico (artigo 11.º, n.º 1, Lei n.º 46/86).

Relevante aferir, inicialmente, se o ensino superior pode ou não ser caracterizado como um serviço público universal. André Salgado de Matos entende que “*o acesso ao ensino superior em Portugal não é universal*”⁹⁴² e justifica tal posição em razão da existência do regime de *numerus clausus* instituído desde 1977 pela Portaria n.º 634-A/77, perdurando até hoje. Esse também é o posicionamento de Jorge Miranda ao destacar que, diferentemente dos ensinos básico e secundário, o ensino superior não é universal⁹⁴³.

O regime do *numerus clausus* refere-se à instituição de um número máximo de estudantes a serem admitidos e matriculados nas instituições de ensino superior públicas⁹⁴⁴ em cada

⁹⁴¹ Conforme o artigo 4.º da Resolução CNE/CP n.º 3, de 18 de dezembro de 2002 os cursos superiores de tecnologia são considerados cursos de graduação. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CP032002.pdf>. Acesso em 10 jan. 2020.

⁹⁴² MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, pp. 440-443.

⁹⁴³ MIRANDA, Jorge. *Direitos Sociais e Propinas...op.cit.*, p. 210.

⁹⁴⁴ Tendo em vista que o *numerus clausus* é consequência da aplicação da teoria da reserva do possível na limitação e racionalização dos gastos estatais com a educação superior, sustenta-se a sua aplicabilidade tão somente nas instituições de ensino superior públicas. Nesse sentido, MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 443, sustenta que “*sendo o numerus clausus uma imposição da reserva do possível no âmbito dos recursos estatais, não vemos porque estendê-lo ao ensino superior particular*”. Comungando de entendimento semelhante, CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...op.cit.*, p. 912, afirma que “*também aqui é duvidoso se pode impor-se contingência no acesso aos estabelecimentos do sector privado (ensino superior e cooperativo)*”, entendendo, contudo, os referidos autores que “*podendo tal justificar-se sobretudo se os alunos tiverem direito a apoio financeiro do Estado (acção social escolar, etc.)*”. Entretanto, como destaca CANOTILHO, J. J.



ano letivo, cuja definição do quantitativo de vagas a ser ofertado depende de articulação com a autonomia das universidades e demais estabelecimentos de ensino superior⁹⁴⁵. Foi implementado em Portugal pelo artigo 5.º da Portaria n.º 634-A/77 e está atualmente previsto no artigo 12.º, n.º 4.º da Lei n.º 46/86, sendo também aplicado no Brasil nos termos dos artigos 44.º, §1º e 53.º, IV, ambos da Lei n.º 9.394/96⁹⁴⁶.

O tema gerou a famosa decisão do Tribunal Constitucional alemão no início da década de 70 – *BVerfGE 33, 303 (numerus clausus)*. O objeto da lide versava sobre o direito de acesso à educação superior e determinados estudantes exigiam ter acesso ao curso de medicina, mesmo não tendo sido classificados dentro do número de vagas ofertadas pela instituição pública.

O Tribunal Constitucional Federal alemão indeferiu a ação, sob o fundamento de que, além da pretensão corresponder àquilo que pode ser razoavelmente exigido do Estado, eventuais restrições ao direito social de acesso à educação superior seriam aceitáveis se observados os seguintes aspectos: *a)* prévia regulamentação local; *b)* insuficiência material do Estado devidamente comprovada para atender a universalidade dos cidadãos; *c)* efetivos esforços do executivo e legislativo para o aumento da oferta de vagas. A mencionada decisão da corte alemã originou a tese da reserva do possível, que será abordada de forma mais detalhada no tópico 2.5 (Cap. V).

O que se quer ressaltar, neste momento, é que embora a aplicação do regime do *numerus clausus* acarrete a limitação quantitativa de alunos selecionados a cada ano letivo, o que invariavelmente mitiga a universalidade da prestação do serviço educacional no ensino superior,

Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...op.cit.*, pp. 912-913, apesar do *numerus clausus* não ser compatível com as instituições de ensino superior privadas, isso não impede tais estabelecimentos de fixar determinado número máximo de alunos a ser admitidos no ano letivo, todavia, nessa situação, a limitação quantitativa de seleção dos discentes é pautada no nível dos recursos humanos e materiais de cada instituição de ensino superior (salas, equipamentos e professores) a fim de garantir um padrão de qualidade do ensino ofertado.

⁹⁴⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...op.cit.*, p. 912.

⁹⁴⁶ No Brasil, as instituições de ensino superior oferecem as suas vagas por meio do Sistema de Seleção Unificada (SISU), que seleciona os candidatos com base nas notas obtidas no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). O SISU trata-se de uma plataforma *on line* acessada em <https://sisu.mec.gov.br>, no qual os alunos que concluíram o ensino médio e se submeteram ao último ENEM, bem como que obtiveram nota na redação maior que zero podem se inscrever para participar do processo seletivo nas instituições públicas de ensino. O SISU é a principal forma de acesso no ensino superior público no Brasil, substituindo em muitas universidades a forma de admissão por vestibular, embora algumas instituições como a Universidade de Brasília (UnB) não participam do SISU, ainda ofertando as suas vagas por meio da aprovação no vestibular. O MEC realiza duas edições do SISU por ano, a primeira edição de 2020 ofereceu 237.128 vagas em 128 instituições de ensino superior públicas. Fonte: <https://vestibular.brasilecola.uol.com.br/enem/sisu.htm>. Acesso em 07 abril 2020.



por outro, a atuação estatal deve ser direcionada para a progressiva ampliação do seu acesso à população.

Gomes Canotilho e Vital Moreira, nessa ótica, lecionam que o direito de acesso ao ensino superior “*está intimamente conexionado com a liberdade de escolha de profissão (artigo 47.º, CRP), pois a qualificação académica universitária é hoje condição (prática e jurídica) de acesso a muitas profissões*”⁹⁴⁷. Portanto, a expansão do ensino superior para o maior número de pessoas é condição indispensável para permitir o exercício de diversas profissões.

Logo, embora seja legítima a instituição do regime de *numerus clausus*, por se tratar da aplicação das dimensões fática (escassez dos recursos) e jurídica (multiplicidade das incumbências normativas a cargo do Estado para além do ensino e a necessidade de equitativa distribuição orçamentária dos recursos disponíveis) da reserva do possível⁹⁴⁸, a atuação estatal está vinculada a assegurar não somente o direito de participação do processo seletivo em igualdade de condições, mas, sobretudo, o alargamento, ainda que progressivo, da oferta de vagas disponíveis⁹⁴⁹.

Além da qualificação profissional, no âmbito individual, essa finalidade de expansão da educação superior está alinhada à necessidade de se implementar as medidas necessárias para elevar o nível educativo, cultural e científico do país, expressamente prevista no artigo 218.º, CRFB e no artigo 76.º, n.º 1, da CRP.

Ademais, como pontua por Jorge Miranda, a prescrição constitucional como universal apenas do ensino básico “*não impede o alargamento por lei de idêntico regime a graus mais elevados, visto que, por essa via, não se faz senão estender o direito à educação com base na cláusula aberta do artigo 16.º, n.º 1.*”⁹⁵⁰. Com efeito, em Portugal, conforme abordado no tópico 2.5 (Cap. II), a universalidade foi estendida pelo legislador ordinário para o ensino pré-escolar a partir dos 4 (quatro) anos de idade e, no âmbito do ensino básico, até os 18 (dezoito) anos.

Por conseguinte, em razão da intrínseca relação existente entre o direito de acesso ao ensino superior com a liberdade de escolha profissional (artigo 5.º, XIII, CRFB e artigo 47.º,

⁹⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República...op.cit.*, p. 913.

⁹⁴⁸ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 442.

⁹⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República...op.cit.*, 2007. p. 913.

⁹⁵⁰ MIRANDA, Jorge. Artigo 74.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 1.415.



n.º 1, CRP) a conduta estatal deve direcionar-se para a progressiva democratização do ensino superior, tendo em conta a necessidade de formar pessoas profissionalmente qualificadas e, desse modo, elevar o patamar educativo, cultural e científico do país (artigo 218.º, *caput* e §1º, CRFB e artigo 76.º, n.º 1, CRP).

Portanto, embora, diversamente da educação básica, não haja direito à vaga em uma instituição pública de ensino superior, sem a prévia submissão ao processo seletivo e comprovação dos requisitos exigidos, defende-se que o artigo 208.º, V, da CRFB e artigo 74.º, n.º 2, alínea *d*, da CRP estabelecem, quanto ao grau mais elevado de ensino, uma *universalidade condicionada*.

Esta noção pode ser compreendida pela necessidade de o Estado implementar todas as medidas possíveis, atento às condicionantes políticas, sociais e orçamentárias, voltadas a assegurar a progressiva expansão do acesso ao ensino superior para o maior número de pessoas.

Dito de outra forma, apesar do ensino superior não ser universal, tomado no sentido aplicado à educação básica (abordado no tópico 3.1 do Cap. III), o que resulta na impossibilidade do cidadão exigir uma vaga em instituição pública de ensino superior sem que se submeta previamente ao processo seletivo e cumpra os requisitos necessários à aprovação, isso não retira do Estado o dever de conduzir suas políticas públicas com a finalidade de democratizar esse grau mais elevado de ensino.

Nessa perspectiva, surge o dever estatal de, ainda que progressivamente, eliminar as restrições quantitativas de carácter global no acesso ao ensino superior e de criar condições e alocar os recursos suficientes para que os cursos existentes e a serem criados correspondam globalmente às necessidades de quadros qualificados, às aspirações individuais e à elevação do nível educativo, cultural e científico do país.

À guisa de conclusão, apesar de não se poder equiparar à universalidade do ensino básico, posto que, como destacado no tópico 3.1 (Cap. III), este grau de ensino ostenta também a característica da obrigatoriedade, sustenta-se que tanto no ordenamento português quanto no brasileiro o ensino superior pode ser considerado *tendencialmente universal*.

Isso porque, ainda que o acesso ao ensino superior preveja certas condicionantes, de ordem *estrutural* (número limitado de vagas nas instituições de ensino superior a cada semestre letivo), *pessoal* (exigência de conclusão dos ciclos de aprendizagem do ensino médio para participar do processo seletivo) e *financeira* (necessidade de pagamento de taxa de matrícula e



mensalidades que são exigidas, em determinados países, como Portugal, mesmo em instituições públicas de ensino superior), que mitigam seu âmbito de incidência a todas as pessoas, há, entretanto, uma universalidade condicionada, pois a conduta estatal deve pautar-se na direção de assegurar, progressivamente, a *democratização* do seu acesso ao maior número de pessoas.

Isso significa que a atuação estatal deve, paulatinamente, criar as condições materiais aptas a atenuar os efeitos causados pelas referidas condicionantes, ou seja, implementar políticas públicas que visem o contínuo aumento: *a)* do número de vagas ofertadas a cada semestre letivo nas instituições públicas de ensino superior; *b)* da quantidade de alunos que concluíram o ensino básico obrigatório e da qualidade do ensino ministrado; *c)* dos alunos beneficiados com isenção da taxa de matrícula e mensalidades ou com subsídios para o custeio dessas despesas.

Por conseguinte, não obstante a existência de seleção de um número específico de alunos a cada semestre letivo, bem como de requisitos relacionados à capacidade meritória e de ordem financeira para o seu custeio, a atividade estatal no âmbito do ensino superior deve ser direcionada para a sua constante expansão, o que resulta na efetivação de medidas que reduzam os impactos gerados por essas condicionantes.

Desta forma, assegura-se, gradualmente, a acessibilidade ao ensino superior para o maior número de pessoas e, desse modo, a consagração plena da liberdade de ofício, o incremento da formação de profissionais qualificados e a elevação do nível cultural do país. Em outras palavras, realiza-se, como exposto no Cap. I, a educação capacitante, inclusiva, plural e fraterna, edificada com base na igualdade, dignidade e solidariedade, valores essenciais da democracia.

1.2 A Possibilidade de Cobrança de Mensalidades nas Instituições Públicas de Ensino Superior em Portugal: Pluralidade de Fontes de Custeio e Sustentabilidade

Dentre as condicionantes que reduzem o caráter universal e geral do acesso ao ensino superior público, além da limitação das vagas ofertadas a cada semestre (*numerus clausus*), está a capacidade individual do aluno, entendida como *capacidade de aprendizagem*⁹⁵¹.

⁹⁵¹ Expressão usada por CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...op.cit.*, p. 899.



Representa a aptidão do aluno de concluir os ciclos de aprendizagem da educação básica a fim de poder participar da seleção de ingresso em uma instituição do ensino superior. Em Portugal, é necessário a conclusão do curso do ensino secundário ou equivalente (artigo 12.º, n.º 1, Lei n.º 46/86), embora seja também igualmente assegurado o acesso ao ensino superior aos maiores de 23 (vinte e três) anos de idade que, não sendo titulares da habilitação de acesso ao ensino superior, façam prova de capacidade para a sua frequência através da realização de provas especialmente adequadas (artigo 12.º, n.º 5, Lei n.º 46/86).

A capacidade de aprendizagem é igualmente exigida no Brasil que requer a conclusão do nível médio ou equivalente (artigo 44.º, I, Lei n.º 9.394/96) para a participação no processo seletivo de admissão nas instituições de ensino superior.

Além da conclusão dos ciclos pretéritos e sequenciais de aprendizagem, a capacidade do aluno engloba também o mérito acadêmico, o qual demanda que o discente, após submeter-se à prova seletiva, consiga classificar-se dentro do número das vagas ofertadas pela instituição pública de ensino superior.

É possível, ainda, a existência de outra condicionante de acesso ao ensino superior, notadamente os fatores econômico-financeiros relacionado ao seu custeio. O artigo 74.º, n.º 2, alínea *e*, da CRP estabelece que, na realização da política de ensino, incumbe ao Estado estabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino. Em Portugal, considerando a gratuidade integral do ensino básico, essa incumbência fica confinada ao ensino superior⁹⁵².

Diversamente, no Brasil, o artigo 206.º, IV, CRFB, conforme analisado no tópico 2.4 (Cap. III), estabelece a gratuidade do ensino público nos estabelecimentos oficiais, que engloba todos os graus de ensino, desde o pré-escolar até o superior.

Em Portugal, diferentemente do que ocorre no Brasil, há o pagamento de taxa de matrícula e de mensalidades (chamada pelos portugueses de *propinas*) nas instituições de ensino superior públicas. Essa condicionante de ordem financeira, que limita a universalidade no ensino superior, não é recente, pois foi instituída em 1911, ainda que em valores módicos, alvo de sucessivas atualizações realizados por atos normativos posteriores.

⁹⁵² MIRANDA, Jorge. Artigo 74.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição...op.cit.*, p. 1.416.



Nesse sentido, o Decreto-Lei n.º 31.658/1941, de 21 de novembro⁹⁵³, elevou o valor das mensalidades e a sua exposição de motivos justificou esse aumento em razão do fato de, à época, o montante cobrado no ensino superior em Portugal ser inferior ao aplicado no ensino liceal, bem como comparou com as taxas cobradas em períodos pretéritos nos seguintes termos:

As propinas elevam-se para 1.200\$ por ano em todas as escolas superiores. A actual propina média anual é, na Universidade clássica, de 334\$80. A propina média anual em 1911 era de 73\$98.

Pareceu que não podia pagar-se no ensino superior em cada ano menos do que se paga em qualquer ano do ensino liceal. Ora, no 7.º ano do ensino liceal pagam-se 1.050\$⁹⁵⁴.

Trata-se, portanto, de uma taxa cobrada aos alunos (usuários) em razão da componente educativa, isto é, como contraprestação pelo serviço público educacional usufruído. Nesse sentido, o artigo 20.º do Decreto-Lei n.º 31.658/1941 previa que “*pela matrícula nas Universidades, pelas inscrições e trabalhos práticos e pelos actos de secretaria são devidas as propinas, as indemnizações e os emolumentos*”, os quais eram fixados na tabela anexa ao referido decreto⁹⁵⁵.

Todavia, aqueles que não tinham condições econômico-financeiras de arcar com tais mensalidades podiam concorrer a bolsas de estudo, que representavam auxílio financeiro fornecido pelo Estado no valor de 3.000\$ (três mil euros) anuais, pagos em dez prestações mensais iguais dentro do ano escolar e que importavam, ainda, na isenção de mensalidades, indenizações e emolumentos de secretaria (artigo 22.º, Decreto-Lei n.º 31.658/1941)⁹⁵⁶.

⁹⁵³ PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 31.658, de 21 de novembro de 1941. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 1941. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/368623/details/normal?q=Lei+de+Propinas>. Acesso em: 15 maio 2020.

⁹⁵⁴ Disponível <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/368623/details/normal?q=Lei+de+Propinas>. Acesso em 17 nov.2020.

⁹⁵⁵ Eram nos seguintes valores: *a*) Matrícula nas Universidades: 100\$00; *b*) Inscrição (por ano): 1200\$00; *c*) Trabalhos práticos em laboratórios e oficinas (por cadeira anual): 100\$00; *d*) Trabalhos práticos em laboratórios e oficinas (por cadeira semestral): 50\$00; *e*) Comparência à 2.ª chamada dos exames finais: 50\$00; *f*) Acto de doutoramento: 500\$00; *g*) Transferência de matrícula para outra Universidade: 100\$00; *h*) Repetição de exame: 300\$00. Esses montantes foram mantidos com o Decreto-Lei n.º 418/73, de 26 de agosto, contudo, o artigo 6.º do aludido decreto deixou de exigir indenizações por trabalhos práticos em laboratórios e oficinas, o que derogou, de forma tácita, os artigos 20.º e 21.º do Decreto-Lei n.º 31.658/41.

⁹⁵⁶ O artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 31.658/1941 estabelecia que somente podia concorrer às bolsas de estudos, que eram na importância de 3.000\$ anuais, os alunos que preenchessem os seguintes requisitos: *a*) terem realizado no ano anterior todos os exames a que eram obrigados pelo plano de estudos da respectiva escola; *b*) terem obtido nesses exames, ou no que constituir condição de ingresso na respectiva escola, média não inferior a 16 valores, para as bolsas de estudo, e a 14 valores para a isenção de propinas; *c*) não possuírem a habilitação de qualquer curso profissional ou superior; *d*) provarem insuficiência econômica, relativamente aos pais e a si mesmos; *e*) terem conduta moral, cívica e acadêmica irrepreensível.



Ademais, além das bolsas de estudo, eram também previstos outros dois benefícios: a isenção de mensalidades, indenizações e emolumentos, limitados a 10% (dez por cento) dos alunos inscritos em cada instituição (artigo 23.º, Decreto-Lei n.º 31.658/1941) e a redução de 50% (cinquenta por cento) no valor das propinas e indenizações aos alunos que preenchessem determinados requisitos (artigo 25.º, Decreto-Lei n.º 31.658/1941)⁹⁵⁷.

Após 32 (trinta e dois) anos da publicação do Decreto-Lei n.º 31.658/1941, no contexto da reforma Veiga Simão, foi publicado o Decreto-Lei n.º 418/73⁹⁵⁸. Esta norma manteve os valores das mensalidades estabelecidas pelo Decreto-Lei n.º 31.658/1941, apesar de estarem claramente defasados, simbolizando um incentivo de alargamento do acesso à universidade⁹⁵⁹.

Houve, entretanto, alteração pontual que se verificou tão somente no tocante ao fim da cobrança de indenizações por trabalhos práticos em laboratórios e oficinas, nos termos do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 418/73. Por conseguinte, derogou-se, de forma tácita e parcial, em relação à referida taxa, os artigos 20.º e 21.º do Decreto-Lei n.º 31.658/41.

Em seguida, a Lei n.º 20/92, de 14 de agosto⁹⁶⁰, procedeu a uma revisão geral das mensalidades do ensino superior, por meio de um sistema que correlacionava o seu valor com a natureza e a organização das instituições e os seus custos de funcionamento.

A referida norma disciplinou que o montante das mensalidades passava a ser fixado anualmente pelo órgão competente das universidades ou pelo Conselho Geral dos Institutos Politécnicos (artigo 6.º, n.º 1, Lei n.º 20/92). O seu valor seria delimitado entre um patamar mínimo, correspondente a uma percentagem, determinada nos termos do n.º 2 do artigo 16.º da Lei n.º 20/92⁹⁶¹, do resultado da divisão das despesas de funcionamento e de capital do ano imediatamente anterior pelo número total dos alunos inscritos na instituição no respectivo ano

⁹⁵⁷ Os requisitos então exigidos eram: a) ter um irmão a frequentar o ensino superior; b) não gozar esse irmão de isenção ou redução de propinas; c) ter realizado com aprovação no ano anterior todos os exames a que era obrigado pelo plano de estudos na respectiva escola; d) não possuir a habilitação de qualquer curso profissional ou superior; e) provar não dispor, os candidatos e os pais, de recursos que excedam o necessário para manter o nível de vida correspondente à sua condição; f) terem conduta moral, cívica e académica irrepreensível.

⁹⁵⁸ PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 418, de 21 de agosto de 1973. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 1971. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/419619/details/normal?q=Decreto-Lei+n.º%20418%2F73>. Acesso em: 15 maio 2020.

⁹⁵⁹ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 447.

⁹⁶⁰ PORTUGAL. Lei n.º 20, de 14 de agosto de 1992. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 1992. Disponível: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/283353/details/normal?q=Lei+n.º%2020%2F92%2C%20de+14+de+Agosto>. Acesso em: 15 maio 2020.

⁹⁶¹ Esse dispositivo legal previa que “no ano lectivo de 1992-1993 a percentagem a que se refere o n.º 2 do artigo 6.º é fixada em 12%, sendo no ano lectivo de 1993-1994 fixada em 20% e no ano lectivo de 1994-1995 e seguintes fixada em 25%”.



letivo e o máximo a determinar pelo Conselho de Reitores das Universidades Portuguesas ou pelo Conselho Coordenador dos Institutos Politécnicos, consoante os casos, cuja expressão percentual não poderá ser superior ao dobro da correspondente ao montante mínimo.

Além de alterar a forma de reajuste do valor das mensalidades do ensino superior, o artigo 11.º, n.º 1 da Lei n.º 20/92 modificou ainda a forma de apuração da taxa de matrícula, a qual passaria a ser não inferior a 10% do montante mínimo calculado nos termos do artigo 6.º, n.º 2 da mencionada norma.

A Lei n.º 20/92 foi alvo de controle de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional português, no Acórdão n.º 148/94, por meio de requerimento do Presidente da República, a fim de que fosse apurado a sua compatibilidade com a disposição constitucional prevista no artigo 74.º, n.º 2, alínea *e*, da CRP que assegura a progressiva gratuidade a todos os graus de ensino.

Sustentava-se que a aplicação das percentagens previstas no artigo 16.º, n.º 2, da referida norma resultava no considerável incremento do valor das mensalidades, escalonado nos dois anos letivos seguintes. Questionou-se, ainda, o fato da norma, quanto ao valor da taxa de matrícula, ter previsto apenas um patamar mínimo, deixando de fixar um montante máximo.

Ressalte-se que, conforme destacado pelo próprio TC, não se estava em discussão a constitucionalidade do estabelecimento das mensalidades no âmbito do ensino superior público português, mas, sim, a fórmula que o legislador aderiu para se apurar os seus montantes mínimo e máximo e, correlativamente, da taxa de matrícula. Embora não fosse o objeto da ação, *obiter dicta*, o TC considerou não ser inconstitucional a existência de mensalidades, que se trata de receita das instituições de ensino superior públicas⁹⁶².

O TC, no julgamento do referido Acórdão n.º 148/94, entendeu que o sentido e alcance do princípio da progressiva gratuidade do ensino superior público não impede ou proíbe que o valor das mensalidades seja atualizado. Conferiu, na ocasião, entendimento semelhante ao que fora anteriormente decidido no Acórdão n.º 330/89, no qual considerou-se que a gratuidade do Sistema Nacional de Saúde não impede a instituição de taxas moderadas aos usuários do serviço, desde que não impeça a sua prestação para as pessoas sem recursos.

Determinou-se, agora no âmbito do ensino superior, que o conceito constitucional de gratuidade deve ser aferido na sua acepção normativa e não puramente etimológica, razão pela

⁹⁶² MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 448.



qual comporta um certo *halo de indeterminação*, dispondo o legislador de legitimidade para o preencher, desde que a atualização do valor das mensalidades não resulte em aumentos drásticos.

Apontou-se que um critério constitucionalmente adequado é a atualização do montante das mensalidades pela incidência do Índice de Preços no Consumidor, apurado pelo Instituto Nacional de Estatística.

Nessa perspectiva, no Acórdão n.º 148/94, o TC decidiu que o montante de atualização do valor das mensalidades para os anos letivos de 1993/1994 e 1994/1995, fixado nos termos do artigo 16.º, n.º 2, da Lei n.º 20/92, violou a norma do artigo 74.º, n.º 2, alínea *e*, da CRP, pois ultrapassou esse índice de crescimento geral de preços, sendo superior à inflação acumulada.

Ademais, o TC, no referido acórdão, também considerou que a norma do artigo 11.º, n.º 1, da Lei n.º 20/92, na parte em que não fixa um limite máximo da percentagem para a determinação da taxa de matrícula, também viola a norma do artigo 74.º, n.º 2, alínea *e*, da CRP.

Após essa declaração de inconstitucionalidade parcial da Lei n.º 20/92, esta foi parcialmente revogada pela Lei n.º 5/94⁹⁶³ que estabeleceu novos critérios para a fixação do valor das mensalidades dos cursos do ensino superior, conforme os parâmetros decididos pelo TC no aludido Acórdão n.º 148/94.

O valor das mensalidades tinha que se situar entre um mínimo de 20% e um máximo de 25% do resultado da divisão das despesas de funcionamento do conjunto das instituições universitárias ou politécnicas, no ano imediatamente anterior, pelo número total dos alunos nelas inscritos (artigo 3.º, n.º 1, Lei n.º 5/94). Ademais, o valor da taxa de matrícula previsto no n.º 1 do artigo 11.º da Lei n.º 20/92 passava a constituir o seu montante fixo (artigo 10.º, Lei n.º 5/94), isto é, correspondia a 10% do valor mínimo da mensalidade.

O artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 5/94 alterou também o regime da concessão de isenções das mensalidades, condicionando a obtenção de bolsas de estudo pelos alunos através da política de ação social no ensino superior, nos termos do Decreto-Lei n.º 129/93.

Podiam se beneficiar de uma redução pela metade no pagamento de mensalidades os alunos cujo rendimento familiar anual ilíquido, per capita ou global, ou cujo nível de riqueza

⁹⁶³ PORTUGAL. Lei n.º 5, de 14 de março de 1994. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 1994. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/274029/details/normal?q=Lei+n.º%205%2F94+>. Acesso em: 15 maio 2020.



bruta não atingissem os valores a serem fixados anualmente por portaria conjunta dos Ministros das Finanças e da Educação (artigo 2.º, n.º 2, Lei n.º 5/94). Era considerada riqueza bruta o conjunto do patrimônio mobiliário e imobiliário nominalmente detido pelos membros do respectivo agregado familiar (artigo 2.º, n.º 3, Lei n.º 5/94).

Em seguida, foi publicada a Lei n.º 1/96⁹⁶⁴ que suspendeu a vigência das mencionadas Leis n.º 20/92 e n.º 5/94 e ripristinou, para os cursos de bacharelato, de licenciatura e de professores do ensino básico ministrados em instituições de ensino superior públicas, o disposto nos n.º 1 a 4 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 418/73, com exclusão das respectivas normas regulamentares. Desta forma, retornaram-se os valores das mensalidades previstas pelo aludido decreto de Veiga Simão, exceto em relação às mensalidades dos cursos de mestrado e doutorado para os quais deveriam ser aplicados o Decreto-Lei n.º 216/92⁹⁶⁵ (artigo 6.º, n.º 1, n.º Lei n.º 1/96).

Posteriormente, veio à lume a Lei n.º 113/97 que revogou as Leis 20/92, 5/94 e 1/96, (com exceção, nessa última, do seu artigo 8.º) e consagrou um regime de mensalidade única que independente do nível sócioeconômico do estudante e do estabelecimento e curso por ele frequentado. O montante anual das mensalidades passou a ser igual ao valor mensal do salário mínimo nacional vigente no início do ano letivo (artigo 14.º, n.º 2, Lei n.º 113/97).

A referida norma permitia que o valor máximo das propinas fosse apurado mediante a atualização, para o ano civil anterior, do valor fixado no n.º 2 do artigo 1.º da tabela anexa ao Decreto-Lei n.º 31.658/1941 através da aplicação do índice de preços no consumidor do Instituto Nacional de Estatística (artigo 14.º, n.º 2, Lei n.º 113/97). Percebe-se que o legislador ordinário se utilizou do critério de atualização das mensalidades considerado constitucionalmente adequado pelo TC no julgamento do mencionado Acórdão n.º 148/94.

Por fim, foi editada a Lei n.º 37/2003 que revogou a anterior Lei n.º 113/97, sendo o atual diploma que estabelece as bases do financiamento do ensino superior português. No tocante às mensalidades cobradas pelas universidades e institutos politécnicos públicos, preceitua

⁹⁶⁴ PORTUGAL. Lei n.º 1, de 9 de janeiro de 1996. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 1997. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/625244/details/normal?q=Lei+n.º%201%2F96+>. Acesso em: 20 maio 2020.

⁹⁶⁵ PORTUGAL. Lei n.º 113, de 16 de setembro de 1997. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 1997. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/649162/details/normal?q=Lei+n.º%20113%2F97+>. Acesso em: 20 maio 2020.



que o seu valor é fixado em função da natureza dos cursos e da sua qualidade, com um *valor mínimo anual* correspondente a 1,3 do salário-mínimo nacional em vigor⁹⁶⁶.

A norma também prevê um *montante máximo anual* do valor das mensalidades nas referidas instituições que não poderá ser superior à quantia fixada no n.º 2 do artigo 1.º da tabela anexa ao Decreto-Lei n.º 31.658, de 21 de novembro de 1941, atualizada, para o ano civil anterior, através da aplicação do índice de preços no consumidor do Instituto Nacional de Estatística (artigo 16.º, n.º 2, Lei n.º 37/2003).

Novamente, constata-se que o legislador ordinário se utilizou, para estabelecer o parâmetro máximo do valor das mensalidades do ensino superior público em Portugal, do critério de atualização considerado constitucionalmente adequado pelo TC no julgamento do referido Acórdão n.º 148/94, tomando como valor máximo de referência o montante anual de 1.200€ (hum mil e duzentos euros), previsto no Decreto-Lei n.º 31.658/1941.

Em suma, considerando que no ano de 2021 o valor do salário-mínimo nacional em Portugal foi fixado em 665€ (seiscentos e sessenta e cinco euros), o valor mínimo anual das mensalidades nas instituições públicas de ensino superior corresponde ao montante anual de 864,50€ (oitocentos e sessenta e quatro euros) e o valor máximo anual de 1.200€ (mil e duzentos euros), cuja variação pode ocorrer em razão da natureza do curso e da sua qualidade, admitida a atualização do valor pela incidência do índice de preços no consumidor do Instituto Nacional de Estatística.

Essa evolução normativa aliada à decisão do TC na já comentada decisão prolatada no Acórdão n.º 148/94 destaca que a progressiva gratuidade do ensino superior estabelecida no artigo 74.º, n.º 2, alínea *c*, da CRP, tal qual ocorre com a prestação do serviço de saúde (artigo 64.º, n.º 2, alínea *a*, CRP), não impede que haja a cobrança pela prestação do serviço educacional do ensino superior público em Portugal, seja o universitário ou o politécnico.

Em outras palavras, a progressiva gratuidade do serviço público de ensino superior, apesar de configurar, na lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, uma *imposição constitucional permanente*⁹⁶⁷, não impede a sua taxação com base em critérios econômico-financeiros do aluno. Nesse sentido, Jorge Miranda sustenta que essa progressiva gratuidade pode ser

⁹⁶⁶ Considerando que no ano de 2021 o valor do salário-mínimo nacional em Portugal foi fixado em 665 euros, o valor mínimo anual das propinas corresponde ao montante de 864,50 euros.

⁹⁶⁷ Expressão utilizada por CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...op.cit.*, p. 899.



condicionada a fatores econômico-financeiros do usuário, como ocorre em relação ao serviço nacional de saúde, embora se trate de um serviço universal e geral⁹⁶⁸.

É de se registrar, também, o posicionamento de André Salgado de Matos, o qual defende que a instituição de mensalidade nos cursos das instituições públicas do ensino superior para quem pode custeá-las seria uma obrigação estatal, a ponto de sustentar, com base em critérios de justiça social e na adequada distribuição dos recursos estatais, a possibilidade de se configurar uma “*inconstitucionalidade da não existência de propinas no ensino superior público*”⁹⁶⁹.

Por conseguinte, embora o artigo 74.º, n.º 2, alínea *c*, da CRP, no âmbito do ensino, não utilize a expressão “*gratuidade tendencial*” utilizada no artigo 64.º, n.º 2, alínea *a*, CRP, ao referir-se às prestações de saúde, na concretização desses dois relevantes e prioritários direitos sociais (educação e saúde), é constitucional o estabelecimento de condicionantes financeiras para o seu custeio, desde que estabelecidas de forma proporcional, módica e adequada, visando racionalizar a escassez de recursos públicos.

Permite-se, então, em Portugal, que na concretização do direito social à educação, o legislador utilize-se do seu poder de conformação para garantir a própria *sustentabilidade* do sistema de ensino superior público. Com efeito, essa margem de discricionariedade na atuação estatal permite que as receitas decorrentes das mensalidades pagas pelos usuários do ensino superior público, que têm condições econômicas de arcar com tais prestações, sejam reaplicadas no sistema para custear as bolsas de estudo e as demais ações sociais aos estudantes carentes⁹⁷⁰.

Almeja-se, dessa forma, não somente assegurar a justiça social, redistribuindo de forma equânime os recursos públicos para quem mais necessita, mas, sobretudo, implementar um sistema de ensino superior público sustentável, no qual as instituições de ensino superior tenham recursos próprios obtidos por fonte de financiamento diversa da proveniente do Estado.

⁹⁶⁸ MIRANDA, Jorge. Artigo 74.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição...op.cit.*, p. 1.416.

⁹⁶⁹ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, pp. 453-455.

⁹⁷⁰ O artigo 22.º da Lei portuguesa n.º 37/2003 prevê a atribuição de bolsas de estudo aos estudantes economicamente carentes e que demonstrem mérito, dedicação e aproveitamento escolar, visando, assim, contribuir para custear, entre outras, as despesas de alojamento, alimentação, transporte, material escolar e propina. Essas bolsas são concedidas anualmente e suportadas na íntegra pelo Estado a fundo perdido (artigo 22.º, n.º 3, Lei n.º 37/2003) e os critérios de concessão, montantes e modalidades dos apoios sociais e educativos são estabelecidos pelo Decreto-Lei n.º 129/93, bem como pela Lei n.º 62/2007. Além das bolsas de estudo, a norma também assegura apoios sociais indiretos, tais como: a) acesso à alimentação e ao alojamento (artigo 24.º, Lei n.º 37/2003); b) acesso a serviços de saúde (artigo 25.º, Lei n.º 37/2003); c) apoio a atividades culturais e desportivas (artigo 26.º, Lei n.º 37/2003); d) acesso a outros apoios educativos – serviços de informação, reprografia, apoio bibliográfico e material escolar, em condições favoráveis de preço (artigo 25.º, Lei n.º 37/2003). Assegura-se, ainda, empréstimos para a autonomização do estudante (artigo 28.º, Lei n.º 37/2003).



Isso é extremamente relevante para possibilitar que a prestação dos serviços educacionais de ensino superior público não seja impactada de forma expressiva em momentos de crise econômica, quando as dotações orçamentárias direcionadas pelo Estado para o desenvolvimento da educação invariavelmente sofrem considerável redução.

Desse modo, a cobrança de taxa de mensalidade nas universidades e institutos politécnicos portugueses, ao fim e ao cabo, sem prejudicar o acesso dos estudantes carentes por conta da concessão de bolsas de estudo de ação social custeado, em parte, com os recursos arrecadados, reverte-se em proveito das próprias instituições de ensino superior públicas, melhorando os seus índices de desempenho e de qualidade.

Essa situação é expressamente prevista no artigo 15.º, n.º 2, da Lei n.º 37/2003, ao estabelecer que, sem prejuízo da responsabilidade do Estado, “*devem as verbas resultantes da participação nos custos por parte dos estudantes reverter para o acréscimo de qualidade no sistema, medido através dos indicadores de desempenho*”.

Nessa toada, o artigo 115.º, n.º 1, alínea *b*, da Lei n.º 62/2007 garante que os recursos provenientes do pagamento de mensalidades, taxas de frequência de ciclos de estudos e outras ações de formação são receitas das instituições de ensino superior públicas. Essa *pluralidade de fontes de financiamento* das instituições de ensino superior públicas, assegurado pelo mencionado dispositivo legal, reduz a sua completa dependência a cargo das dotações orçamentárias estatais e contribui, ainda, para o desenvolvimento da sua autonomia.

Por outro lado, o artigo 5.º, alínea *d*, do Decreto Lei n.º 129/93 prevê, como uma das fontes de custeio das ações sociais, “*as receitas provenientes do pagamento de propinas que o órgão competente da instituição de ensino superior afecte à acção social*”.

Nessa perspectiva, os recursos arrecadados com as mensalidades, apesar de serem receitas das instituições de ensino superior, podem ser afetados às ações de serviço social. Tendo em vista que o sistema de ação social escolar é descentralizado em Portugal (artigo 20.º, n.º 3, Lei n.º 62/2007), as modalidades de apoio social direto e indireto são fornecidas pelo Estado ou por cada universidade e instituto politécnico. Logo, as instituições de ensino superior devem ter um serviço vocacionado para assegurar as funções da ação social escolar, sem prejuízo de eventual partilha, por várias instituições de um mesmo serviço (artigo 128.º, Lei n.º 62/2007).

Desse modo, na sua relação com os estudantes, o Estado assegura a existência de um sistema de ação social escolar que favoreça o acesso ao ensino superior e a prática de uma



frequência bem-sucedida, com discriminação positiva dos estudantes economicamente carentes com adequado aproveitamento escolar (artigo 20º, n.º 1, Lei n.º 62/2007).

Desse modo, garante-se que nenhum estudante será excluído do sistema do ensino superior por incapacidade financeira (artigo 20º, n.º 1, Lei n.º 62/2007), cujos apoios podem ser prestados pelo Estado ou pelas próprias instituições de ensino superior, custeado, nesse último caso, com os recursos arrecadados pelos alunos que tem condições financeiras para o pagamento das mensalidades.

Constata-se, então, que o pagamento das mensalidades pelos estudantes que possuem recursos suficientes para o seu adimplemento retroalimenta o sistema de ensino português, cujos valores são utilizados para arcar com as despesas de bolsas de estudo e demais modalidades de apoios no âmbito das ações sociais para os estudantes carentes que não podem arcar com essas taxas.

Ao fim e ao cabo, como pontuado por Gomes Canotilho e Vital Moreira, trata-se de uma espécie de *concordância prática* visando uma adequada “*atualização de propinas nos estabelecimentos de ensino superior (desde que não exceda os níveis do ponto de partida) e a ampliação do sistema social de isenção de propinas e bolsas de estudo*”⁹⁷¹.

O que se deve ter em mente é que a cobrança pela prestação do ensino superior público em Portugal não pode configurar-se em obstáculo de acesso aos estudantes hipossuficientes ao grau mais elevado de ensino. Diversamente, a aplicação destas condicionantes financeiras visa a realização da justiça social, solidária e inclusiva, distribuindo-se de forma equânime os recursos disponíveis por meio de concretas ações sociais escolares a quem mais precisa, bem como o incremento do nível de desempenho e da própria autonomia financeira das instituições de ensino superior públicas.

Ademais, tais recursos propiciam a construção de um sistema de ensino superior público sustentável, no qual as instituições de ensino superior públicas são legitimamente titulares de receitas próprias diversas das dotações orçamentárias repassadas pelo Estado, o que garante a qualidade da prestação do serviço educacional, mesmo em tempos de crise econômica.

Nesse ponto, ou seja, no tocante à aplicação da gratuidade no ensino superior, reside substancial diferença entre o sistema de ensino superior português e brasileiro. Enquanto em

⁹⁷¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...op.cit.*, p. 899.



Portugal é possível a cobrança pelo serviço público do ensino superior conforme a capacidade econômica dos seus usuários, a fim de garantir a justiça social e a sustentabilidade do sistema público de educação superior, diferentemente, no Brasil, isso não é possível.

O âmbito de incidência do princípio da gratuidade no ensino superior no Brasil é vasto, porquanto, conforme entendimento do STF, tomado no RE n.º 500.171 e no RE n.º 597.854, ambos analisados no tópico 2.4 (Cap. III), somente é permitido às universidades públicas e institutos federais instituírem taxas de matrícula e mensalidade nos cursos de pós-graduações de caráter profissionalizante. Logo, em todos os demais, isto é, nos de natureza acadêmica, seja de graduação ou a nível de mestrado e doutorado, não é possível a cobrança de mensalidades.

Disso resulta que o acesso ao ensino superior em Portugal possui mais condicionantes do que no Brasil, posto que abrange, além da limitação do número de vagas (*numerus clausus*) e do mérito acadêmico (capacidade de aprendizagem para aprovação na seleção), a necessidade de participação no custeio do ensino, a depender das condições econômicas do aluno.

Por outro lado, a diversidade das bases de financiamento do ensino superior em Portugal garante instituições públicas mais autônomas, com recursos próprios indispensáveis para a manutenção da qualidade do serviço prestado, principalmente em momentos de crise financeira do Estado, mitigando a sua dependência das receitas orçamentárias.

Assim, a pluralidade de receitas garante a própria sustentabilidade do sistema de ensino público superior português, garantindo uma distribuição equânime dos recursos disponíveis, na medida em que os direcionam para o custeio de bolsas de estudo e ações sociais para os estudantes carentes, implementando a justiça social.

É no mínimo curioso verificar que apesar do Brasil ser um dos países com as maiores taxas de desigualdade social do mundo⁹⁷², no qual a justiça social ainda é um projeto inacabado, insista-se em considerar a gratuidade do ensino público de forma cega, isto é, desvinculada da realidade social.

⁹⁷² No Relatório de Desenvolvimento Humano 2020, realizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), o Índice de Desenvolvimento Humano – que leva em conta o nível de saúde, educação e renda da população – do Brasil foi de apenas 0,765 o que lhe coloca no 84º lugar entre 189 países. Em relação ao grau de desigualdade e distribuição de renda, medido com base no coeficiente Gini, o Brasil ocupa a 8ª pior classificação no mundo, isto é, apenas 7 (sete) países no mundo (África do Sul, Namíbia, Zâmbia, São Tomé e Príncipe, República Centro-Africana, Suazilândia e Moçambique) tem pior desigualdade social que o Brasil. Disponível em <https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2020/12/15/brasil-tem-a-8-pior-desigualdade-de-renda-e-supera-so-paises-africanos.htm>. Acesso em 10 jan. 2021.



O ensino superior público brasileiro, desde a época do império, mantendo-se na república e até os dias atuais, conforme demonstrado no tópico 1.1 (Cap. III), é historicamente elitista, principalmente os cursos de graduação mais concorridos e prestigiados, como medicina, direito e engenharia. Em tais cursos, a maioria dos alunos é proveniente de famílias abastadas, que possuem condições financeiras de arcar com os custos do ensino de seus filhos.

Nesse ambiente desigual, a finalidade da gratuidade do ensino público, que é a de universalizar e democratizar o acesso de todos os cidadãos aos diversos graus de ensino é *invertida* no Brasil: os que podem pagar acabam sendo privilegiados pela gratuidade, enquanto os que não podem custeá-lo não tem condições sequer de concorrer a tais vagas no mesmo nível que os alunos abastados, o que contribui para o agravamento da desigualdade social que assola o país.

Ademais, apesar da vinculação de receitas do orçamento para a educação, o ambiente existente em muitas universidades públicas é de falta de verbas para o financiamento de pesquisas, ausência de livros atualizados nas bibliotecas e baixos salários de professores e servidores técnicos. Por conseguinte, a pouca diversidade de fontes de financiamento do ensino superior, que, no Brasil, é custeado essencialmente com recursos públicos, acaba por impactar na sua sustentabilidade, contribuindo para o seu sucateamento.

Apesar da mencionada decisão do STF no RE n.º 597.854 ter mitigado o princípio da gratuidade no âmbito do ensino tão somente para os cursos de pós-graduação profissionalizantes, não parece ser medida suficiente para modificar o cenário de escassez de investimentos na educação superior brasileira.

Entende-se que o sistema educacional português, ao considerar a gratuidade do ensino público em consonância com a capacidade econômica do usuário, é mais adequado para assegurar a justiça social, a sustentabilidade e a própria qualidade do ensino superior.

Embora no Brasil a gratuidade seja considerada como direito fundamental, isso não impede, como ocorre com os demais direitos também marcados com o traço da fundamentalidade, que específicas prestações jurídicas deles derivadas sejam restringidas, pois não são absolutos.

Logo, em determinadas circunstâncias, notadamente no conflito com outros direitos da mesma hierarquia normativa, podem sofrer limitação, desde que proporcional, fundamentada e com o escopo de assegurar outros bens jurídicos igualmente prioritários e tutelados pela ordem constitucional.



Nessa ótica, os alunos que não podem arcar com o custeio do ensino devem ser isentos do pagamento de quaisquer taxas, tanto da componente educativa quanto da não educativa. Por outro lado, os que possuem condições financeiras para arcar com essas despesas, sem prejuízo do seu sustento e o da sua família, deveriam contribuir, ainda que parcialmente e com modicidade de tarifas, para o financiamento do ensino superior, como ocorre em Portugal.

O artigo 212.º da CRFB, utilizado como fundamento para aplicar a ampla e quase irrestrita gratuidade para todos, no âmbito do ensino superior, independentemente da capacidade financeira familiar do aluno, não parece sustentar a conclusão de que o ensino superior, mesmo o acadêmico, não possa ter outras fontes de custeio além dos recursos orçamentários.

Isso porque o referido dispositivo, em que pese vincule parcela do orçamento público às ações de manutenção e desenvolvimento do ensino, não estabelece que esta é a sua única e exclusiva fonte de custeio. Tanto que, no âmbito da educação básica, o §5º do artigo 212.º da CRFB prevê expressamente que terá como receita adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei.

Note que, inclusive, o salário-educação é destinado à manutenção da educação básica que é o grau obrigatório de ensino, de responsabilidade precípua do Estado. Nessa toada, não soa razoável defender, no Brasil, que no âmbito do ensino superior não possa haver a cobrança de taxa para os cursos de graduação e pós-graduação acadêmicos, mas somente para os de natureza profissionalizantes, aos alunos que possam arcar com tais despesas, sem prejuízo do seu próprio sustento e o de sua família.

Essa diversidade de receitas do ensino superior, além de contribuir para o aumento do desempenho e da própria qualidade do ensino prestado nas universidades públicas, pois poderia ser direcionada para a aquisição de livros para a biblioteca e financiamento de pesquisas, asseguraria, ainda, a sustentabilidade do sistema educacional público.

Porquanto, parte da arrecadação poderia ser, assim como ocorre em Portugal, destinado ao financiamento das bolsas de estudo do PROUNI que, atualmente, são custeadas integralmente com a perda da arrecadação dos impostos e contribuições sociais, nos termos do artigo 8.º, Lei n.º 11.096/2005, concretizando, desse modo, a justiça social.

O que se deve ter em mente é que a cobrança pela prestação do ensino superior público não pode configurar-se em obstáculo de acesso aos estudantes hipossuficientes ao grau mais elevado de ensino. Diversamente, a aplicação desta condicionante de ordem financeira encontra



respaldo constitucional quando seu escopo é promover e realização da justiça social, solidária e inclusiva, valores essenciais da democracia, conforme destacado no Cap. I, distribuindo-se de forma equânime os recursos disponíveis por meio de concretas ações sociais escolares.

Ademais, tais recursos propiciam a construção de um sistema de ensino superior público sustentável, no qual as instituições de ensino são legitimamente titulares de receitas próprias diversas das dotações orçamentárias repassadas pelo Estado, o que garante a qualidade da prestação do serviço educacional, mesmo em tempos de crise econômica.

Isso também fortalece a própria autonomia universitária que, de forma similar à ordem constitucional portuguesa (artigo 76.º, n.º 2, CRP), o artigo 207.º da CRFB declara que 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.

1.3 Políticas Públicas de Desenvolvimento da Educação Superior: A Concessão de Empréstimos como Despesa Pública Justa e Otimizador da Capacidade

Embora os critérios de admissão no ensino superior, seja o número determinado de vagas disponíveis a cada semestre letivo (*numerus clausus*), a exigência de capacidade de aprendizagem (mediante a conclusão dos ciclos sequencias de ensino e a aprovação na seleção) e a própria cobrança de mensalidades (como ocorre em Portugal), indubitavelmente diminuem o seu aspecto universal, o Estado deve agir para concretizar a igualdade material de oportunidades a todos, em qualquer grau de ensino, inclusive no âmbito superior (universitário e politécnico).

Isso demanda contínuas ações de planejamento voltadas para o incremento, ainda que gradual, das vagas ofertadas a cada semestre, a fim de que não ocorra a sua estagnação. Tanto que, em Portugal, o artigo 12.º, n.º 4, Lei n.º 46/86 expressamente prevê que o Estado deve:

progressivamente assegurar a eliminação de restrições quantitativas de carácter global no acesso ao ensino superior (*numerus clausus*) e criar as condições para que os cursos existentes e a criar correspondam globalmente às necessidades em quadros qualificados, às aspirações individuais e à elevação do nível educativo, cultural e científico do País e para que seja garantida a qualidade do ensino ministrado⁹⁷³.

⁹⁷³ PORTUGAL. Lei n.º 46, de 14 de outubro de 1986. Diário da República Eletrónico, Lisboa, 1986. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/222418/details/normal?q=Lei+n%2046%2F86>. Acesso em: 10 maio 2017.



Constata-se, então, que o regime de *numerus clausus* deve ser alvo de constante aperfeiçoamento tendo por objetivo a democratização da educação superior. Esse dever progressivo de expansão do grau mais elevado de ensino implica, na doutrina de Canotilho e Vital Moreira, que o ingresso à educação superior comporta uma dupla dimensão, englobando o acesso “às vagas existentes e a pretensão a um alargamento da oferta de lugares disponíveis”⁹⁷⁴.

O alcance dessa finalidade constitucional de desenvolvimento contínuo do ensino superior demanda a elaboração de uma série de políticas públicas que busquem a implantação de medidas direcionadas para a sua expansão.

O objeto dessas políticas estatais podem resultar em diferentes ações estatais, quais sejam: *a*) aumento progressivo das vagas ofertadas pelas instituições de ensino superior públicas (artigo 12.º, n.º 4, Lei portuguesa n.º 46/86 e artigo 53.º, §1.º, II, Lei brasileira n.º 9.394/96); *b*) criação de universidades públicas ou incentivos ao investimento para estimular o surgimento de instituições de ensino superior privadas em localidades desprovidas ou que possuem quantidade reduzida para atender à população interessada (artigo 32.º, n.º 1, alínea *d*, Lei portuguesa n.º 37/2003 e artigo 77.º, §1º, Lei brasileira n.º 9.394/96)⁹⁷⁵; *c*) incremento gradual dos recursos públicos destinados às medidas de ação social, mediante a concessão de bolsas de estudo no âmbito do ensino superior para os alunos carentes (artigos 20.º e 128.º, ambos da Lei portuguesa n.º 62/2007 e artigo 77.º, §§1º e 2º, Lei brasileira n.º 11.096/2005 sobre o PROUNI); *d*) inserção de cursos de ensino superior nas comunidades com base nas específicas necessidades regionais de ordem econômica e social (artigo 32.º, n.º 1, alínea *b*, Lei portuguesa n.º 37/2003 e artigo 42.º da Lei brasileira n.º 9.394/96); *e*) concessão de empréstimos para o financiamento dos cursos do ensino superior (artigo 1.º, Decreto-Lei português n.º 309-A/2007 e artigo 1.º, Lei brasileira n.º 10.260/2001 sobre o FIES)⁹⁷⁶.

Constata-se, assim, que o dever de progressiva expansão da educação superior pode ser realizado por inúmeras formas, seja com a concessão de bolsas de estudo, como ocorre no Brasil

⁹⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição...op.cit., p. 913.

⁹⁷⁵ PORTUGAL. Lei n.º 37, de 22 de agosto de 2003. *Diário da República Eletrónico*, Lisboa, 2003. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107972040/view?q=Lei+37%2F2003>. Acesso em: 15 maio 2020. O dispositivo legal permite que no âmbito das atribuições que lhe cabem relativamente aos estabelecimentos do ensino superior não público, o Estado poderá conceder, por contrato, incentivos ao investimento.

⁹⁷⁶ O dispositivo legal prevê que no âmbito das atribuições que lhe cabem relativamente aos estabelecimentos do ensino superior não público, o Estado poderá conceder, por contrato, apoio na ação social aos estudantes.



com a política pública do PROUNI⁹⁷⁷, ou o aumento gradual de vagas nas instituições de ensino público existentes, ou a criação de novas instituições de ensino ou mediante a concessão de empréstimos aos estudantes para o custeio dos cursos em instituições privadas de ensino superior, como se verifica com o FIES.

Dentre essa gama de alternativas disponíveis para ser concretizadas pelo legislador ordinário, entende-se que o estímulo à concessão de empréstimos subsidiados aos estudantes do ensino superior mostra-se adequado para, simultaneamente, elevar o nível cultural e tecnológico do país e assegurar medidas que gerem a sustentabilidade orçamentária para o seu custeio.

Em outras palavras, sustenta-se que a concessão de empréstimos bonificados aos estudantes para o acesso ao ensino superior enquadra-se no conceito, delineado por Maria d'Oliveira Martins, de *despesa pública justa*⁹⁷⁸. Esta, na doutrina da referida autora, refere-se ao gasto estatal que se preocupa com a *solidariedade intergeracional*, a fim de que as presentes e futuras gerações possam desfrutar de padrões de bem-estar social e de capacidades semelhantes, sem se descuidar da obtenção da *sustentabilidade orçamentária*, isto é, que as presentes gerações não deixem despesas públicas demasiadas para as próximas gerações, que possam comprometer o seu pleno desenvolvimento⁹⁷⁹.

Despesa pública, conforme Ricardo Lobo Torres, é “*a soma dos gastos realizados pelo Estado para a realização de obras e para a prestação de serviços públicos*”⁹⁸⁰. Eduardo Bastos de Mendonça, sobre o tema, adverte que o conceito de despesa pública, nessa acepção ampla, guarda “*relação com a consecução de uma finalidade pública*”⁹⁸¹.

Nessa ótica, o termo despesa pública justa, delineado por Maria d'Oliveira Martins, reforça essa noção de atendimento ao interesse público, na medida em que engloba em seu conceito a necessidade do gasto realizado pelo Estado ser sustentável e não onerar excessivamente as futuras gerações⁹⁸².

⁹⁷⁷ A respeito da política pública do PROUNI, vide o nosso LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. *Direito à Educação: Judicialização, Políticas Públicas e Efetividade do Direito Fundamental*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2016, pp. 95-101.

⁹⁷⁸ MARTINS, Maria d'Oliveira. *A despesa pública justa...op.cit.*, p. 172.

⁹⁷⁹ MARTINS, Maria d'Oliveira. *A despesa pública justa...op.cit.*, p. 172.

⁹⁸⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 172.

⁹⁸¹ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil: Devido Processo Orçamentário e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 13.

⁹⁸² MARTINS, Maria d'Oliveira. *A despesa pública justa...op.cit.*, p. 172.



Nesses termos, a política de financiamento do ensino superior enquadra-se nessa concepção, pois consagra, concomitantemente, a sustentabilidade orçamentária e a solidariedade intergeracional, na medida em que, por se tratar de um empréstimo, será pago por quem o contraiu, ou seja, haverá a restituição do capital investido, ainda que não integralmente, tendo em vista que concedido com taxas subsidiadas e menores que as do mercado.

Esse ingresso futuro de receitas decorrentes da quitação do saldo devedor dos empréstimos é reinvestido no próprio programa de financiamento, contribuindo para a sua sustentabilidade.

Logo, a possibilidade de retorno dos investimentos alocados, mesmo que parcialmente, reduz o impacto orçamentário gerado pelas escolhas atuais do legislador a serem suportadas pelas futuras gerações, assegurando, assim, a solidariedade intergeracional.

Com isto se quer dizer que, embora, por exemplo, a concessão de bolsas de estudo e o aumento de vagas nas instituições de ensino públicas e, inclusive, a criação de novas universidades públicas sejam medidas também aptas a atingir o fim de expansão do ensino superior, nos casos de concessão de empréstimo aos estudantes, haverá, ainda que parcialmente, em termos contábeis, o ingresso de receitas em contraprestação à quitação da dívida contraída, o que contribui para diminuir o impacto orçamentário para as futuras gerações e aumentar a sustentabilidade do programa de financiamento estudantil.

Não se está a afirmar que a escolha pela concessão de empréstimos aos estudantes do ensino superior deva substituir as outras legítimas opções de políticas públicas de desenvolvimento do ensino superior, mas que a sua adoção traz benefícios à comunidade e deve ser levada a sério pelo legislador, implementando-a de forma adequada.

Desse modo, o progressivo acesso aos níveis superiores de educação passa pela necessária ponderação entre o aumento de vagas nas universidades públicas ou até a criação de novas instituições e a garantia subsidiada de financiamento dos cursos ofertados pelas instituições de ensino superior não gratuitas, seja mediante empréstimos subsidiados, seja por bolsas de estudo integrais.

Isso se mostra necessário pelo reconhecimento de que é mais custoso – e hoje inexecutável – a criação de universidades públicas ou de vagas suficientes para atender a toda a população. Cita-se, nesse viés econômico, estudo realizado pelo Banco Mundial em 2017, a respeito da eficiência e equidade dos gastos públicos no Brasil, por meio do qual se constatou que os



valores investidos pelo Governo Federal, por aluno, nas universidades públicas são de duas a cinco vezes maiores que o gasto por aluno em universidade privada⁹⁸³.

Essa lógica econômica, à toda evidência, não pode resultar em mitigação dos investimentos nas instituições públicas de ensino, mas, sim, na racionalização dos gastos, mediante a alocação adequada de recursos orçamentários às universidades públicas e institutos tecnológicos, a fim de melhorar a qualidade do ensino prestado. Por outro lado, tal critério é uma das condicionantes a serem ponderadas na escolha feita pelo legislador dentre a gama de políticas públicas existentes para a expansão do ensino superior.

Nessa toada, a concessão de empréstimos aos estudantes para que possam escolher qual instituição privada de ensino superior irão ingressar, além de inserir-se no já ressaltado conceito de despesa pública justa, posto que a amortização dos empréstimos contribui para a sustentabilidade do programa e a redução dos impactos orçamentários para as futuras gerações, assegura, ainda, outro valor importante à democracia, que é a pluralidade de pensamento.

Isso porque os cursos das instituições de ensino superior privados podem, tanto no Brasil quanto em Portugal, conforme destacado no tópico 2.3 (Cap. II e Cap. III), adotar múltiplas opções metodológicas e, inclusive, aspectos ideológicos, filosóficos e religiosos que não podem ser implementados nas instituições públicas, em face do caráter laico e não confessional do ensino público. Essa maior autonomia pedagógica das instituições privadas de ensino superior aumenta a diversidade de planos educacionais disponíveis ao aluno a fim de buscar a linha de formação que entenda ser a mais apropriada de acordo com seu projeto de vida.

Nessa ótica, por incentivar o aluno o matricular-se em um curso superior numa instituição de ensino que tenha efetivo interesse em frequentar, a política pública de concessão de empréstimos para o financiamento dos cursos de graduação em instituições privadas desenvolve, em maior plenitude, conforme a doutrina de Amartya Sen, a *capacidade* de liberdade científica e cultural do educando⁹⁸⁴.

⁹⁸³ WORLD BANK GROUP. *A fair adjustment: efficiency and equity of public spending in Brazil: Volume I: síntese* (Portuguese). Washington, D., pp.13-14. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/Volume-I-sintese>. Acesso em: 10 jan. 2020.

⁹⁸⁴ SEN, Amartya. *A ideia de Justiça...op.cit.*, pp. 252-257, para o autor o foco da capacidade é “a liberdade que uma pessoa realmente tem para fazer isso ou ser aquilo – coisas que ela pode valorizar fazer ou ser”, ressaltando a relevância de podermos ser capazes para realizar o que mais valorizamos, cuja noção de capacidade também diz respeito a sermos livres “para determinar o que queremos, o que valorizamos e, em última instância, o que decidimos escolher”. Nessa perspectiva, o conceito de capacidade está intrinsecamente conectado “com o aspecto de oportunidades da liberdade, visto com relação a oportunidades abrangentes, e não apenas se concentrando no que acontece na culminação”.



Essa pluralidade de opções metodológicas de acesso ao ensino superior capacita os estudantes para que sejam, conforme a doutrina do referido autor, efetivamente livres para fazerem coisas ou serem algo que tenham razão para valorizar⁹⁸⁵.

A capacidade, conforme Amartya Sen, refere-se ao “*nosso potencial de realizar várias combinações de funcionamentos que possamos comparar e julgar entre si com relação àquilo que temos razão para valorizar*”⁹⁸⁶. Por meio dessa abordagem, busca-se deslocar a liberdade humana da concentração dos meios de vida para as *oportunidades reais* de vida, isto é, “*transferir esse foco sobre os meios para a oportunidade de satisfazer os fins e a liberdade substantiva para realizar esses fins arrazoados*”⁹⁸⁷.

Nessa perspectiva, a concessão de empréstimos para que os próprios alunos escolham o curso de ensino superior em instituições privadas que tenha metodologia pedagógica e diretriz filosófica, dogmática e, inclusive, religiosa, que mais se alinham aos seus interesses *otimiza* a capacidade, desenvolvendo-a no mais alto nível de rendimento, na medida em que agrega à qualificação profissional a liberdade do educando para a escolha do seu projeto espiritual.

Desse modo, permite-se o desenvolvimento máximo das suas potencialidades e aptidões para que possa efetivamente ter liberdade e oportunidade para escolher o que quer realmente ser e fazer.

Por conseguinte, a política pública de financiamento dos cursos de ensino superior em instituições privadas de ensino tem ainda relevante influência no incremento do exercício da *razão pública*. Esta, ainda consoante Amartya Sen, representa o debate e deliberação pública,

⁹⁸⁵ Utiliza-se o conceito de capacidade da teoria da justiça de Amartya Sen in *A ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, pp. 252-257, que, em contraste com as linhas de pensamento baseadas na utilidade ou nos recursos, considera que a vantagem individual é “*ulgada pela capacidade de uma pessoa para fazer coisas que ela tem razão para valorizar*”. O foco, então, é “*a liberdade que uma pessoa realmente tem para fazer isso ou ser aquilo – coisas que ela pode valorizar fazer ou ser*”. O referido autor destaca que, por óbvio, é relevante que possamos ser capazes para realizar o que mais valorizamos, entretanto, a sua ideia de capacidade também diz respeito a sermos livres “*para determinar o que queremos, o que valorizamos e, em última instância, o que decidimos escolher*”. Nessa perspectiva, o conceito de capacidade está intrinsecamente conectado “*com o aspecto de oportunidades da liberdade, visto com relação a oportunidades abrangentes, e não apenas se concentrando no que acontece na culminação*”.

⁹⁸⁶ SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p.254, ressaltando que a perspectiva da capacidade aponta para “*a relevância central da desigualdade de capacidades na avaliação das disparidades sociais, mas não propõe, por si própria, uma fórmula específica para as decisões sobre políticas*”.

⁹⁸⁷ SEN, Amartya. *A ideia...op.cit.*, pp. 255-256.



de forma interativa e refletida, direcionadas para se alcançar uma melhor compreensão do papel, do alcance e do significado de funcionamentos específicos e suas combinações na sociedade⁹⁸⁸.

Ao se capacitar o aluno para que busque a formação acadêmica que verdadeiramente tenha motivos para cursar, incrementa-se a razão pública, de modo que o ensino ultrapassa o interesse individual e alcança o caráter supraindividual, contribuindo para a integração em sociedade e a elevação do nível cultural e tecnológico do país.

2 O DEVER DE PROTEÇÃO DO ENSINO À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Investiga-se, nos tópicos seguintes, a eficácia do artigo 74.º, n.º 2, alínea *d*, da CRP e artigo 208.º, V, da CRFB que garantem o acesso ao ensino superior segundo as capacidades de cada um, à luz da teoria dos direitos fundamentais, com o escopo de definir o alcance da sua força normativa em decorrência da aplicação originária da Constituição, considerando a relevância da educação, enquanto direito fundamental social, na estrutura constitucional brasileira e portuguesa.

Nessa ótica, embora os referidos dispositivos possuam baixa determinabilidade constitucional, na medida em que não delimitam o seu conteúdo nem especificam os seus titulares, o que demanda a legítima conformação da norma pelo legislador ordinário, busca-se definir os efeitos jurídicos desses preceitos, com base na dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

2.1 Direitos Fundamentais: Conceito, Indivisibilidade e Heterogeneidade

A educação, conforme destacado no tópico 6.1 (Cap. I), trata-se de um direito humano fundamental, pois é tutelada tanto a nível internacional, seja no âmbito da ONU, do direito

⁹⁸⁸ SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p.234, destaca que a importância do exercício da razão pública é o de estender o alcance e a confiabilidade das valorações e de torná-las mais robustas, pois as “avaliações sociais podem carecer de informações úteis e bons argumentos se forem inteiramente baseadas em reflexões solitárias”. Exemplifica que o debate público sobre as desigualdades de gênero na Índia ajudou a verificar certas liberdades que antes não recebiam conhecimento adequado, como a de se afastar dos papéis familiares fixos e antigos que limitam as oportunidades sociais e econômicas das mulheres.



comunitário da União Europeia e dos regimes de proteção dos direitos humanos americano e africano, quanto no âmbito constitucional de cada país⁹⁸⁹.

A diferença entre direitos fundamentais e humanos, conforme já abordado, reside no aspecto meramente formal, pois enquanto aqueles têm previsão a nível constitucional, estes são reconhecidos no ordenamento nacional e nos tratados e convenções internacionais⁹⁹⁰. Portanto, no plano material, tanto os direitos humanos quanto os fundamentais possuem conteúdo normativo que versam sobre direitos de liberdade (civis e políticos) e de igualdade (sociais, econômicos e culturais)⁹⁹¹.

Perez Luño, sob esse viés, conceitua os direitos humanos como o conjunto de faculdades e instituições que materializam, em diversos momentos históricos, as exigências de dignidade, liberdade e igualdade do ser humano⁹⁹².

Por sua vez, Bodo Peiroth e Bernhard Schlink definem os direitos fundamentais como “direitos do indivíduo anteriores ao Estado; a liberdade e a igualdade dos indivíduos são as condições legitimadoras da origem do Estado cujos direitos vinculam e limitam o exercício do poder do Estado”⁹⁹³.

Os referidos autores, por outro lado, ressaltam que na evolução alemã também se entendem como fundamentais os direitos relacionados à pessoa não na acepção de ser humano, mas como membro integrante do Estado e, nesse sentido, tais direitos não seriam anteriores ao Estado, mas outorgados por ele⁹⁹⁴.

Sobre o tema, Hannah Arendt critica a alegada anterioridade dos direitos fundamentais ao afirmar que “a igualdade, em contraste com tudo o que se relaciona com a mera existência, não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto é orientada pelo princípio da

⁹⁸⁹ HOMEM, António Pedro Barbas. Fontes do Direito à Educação na União Europeia. In: HOMEM, António Pedro Barbas (coord.). *Temas...op.cit.*, pp.29-30; MIRANDA, Jorge. *Introdução ao Direito à Educação...op.cit.*, p.09; LIMA, Carolina Alves de Souza. *Cidadania, Direitos Humanos e Educação...op.cit.*, pp. 19-23. CABRAL, Guilherme Perez; PERUZZO, Pedro Pulzatto; LIMA, Rafaela Almeida. Direito à Educação na Perspectiva dos Direitos Humanos: Uma análise das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: NOZU, Washington Cesar Shoiti; PREUSSLER, Gustavo de Souza. *Educação, Direitos Humanos e Inclusão*. Curitiba: Íthala, 2021, pp. 11-25. Retratando os contornos jurídicos do direito à educação na Índia, vide JALISATGI, Anita M. Right to Education in India – Issues and Concerns. In: SANTANO, Ana Claudia; GABARDO, Emerson; NAGARATHNA, Annappa (orgs.). *Direitos Fundamentais, Tecnologia e Educação*. Curitiba. Íthala, 2019, pp. 171-178.

⁹⁹⁰ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos...op.cit.*, p. 48.

⁹⁹¹ LIMA, Carolina Alves de Souza. *Cidadania...op.cit.*, p. 28, inclui também a solidariedade dentro do conteúdo normativo dos direitos humanos e fundamentais.

⁹⁹² PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los Derechos...op.cit.*, p. 48.

⁹⁹³ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 50.

⁹⁹⁴ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 50.



justiça”⁹⁹⁵. A referida autora conclui, então, que a igualdade decorre de uma convenção social, sustentando que “*não nascemos iguais, tornamo-nos iguais como membros de um grupo por força da nossa decisão de nos garantirmos direitos reciprocamente iguais*”⁹⁹⁶.

Nessa toada, Bobbio defende que a melhor forma de fundamentar os direitos humanos não seria nem pela natureza humana tampouco como verdades evidentes em si mesmas, mas pelo *argumento do consenso*, isto é, de que eles são geralmente aceitos pela comunidade⁹⁹⁷. Afirma, nessa perspectiva, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 é até hoje a maior prova histórica do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores⁹⁹⁸.

De toda sorte, o que se deve entender com a afirmação da anterioridade dos direitos fundamentais é a necessidade de *fundamentação jurídica de sua limitação pelo Estado*⁹⁹⁹. Desse modo, enquanto o indivíduo pode exercê-lo sem necessitar de justificação em face do Estado, diversamente, o Estado deve motivar eventual restrição dos direitos fundamentais¹⁰⁰⁰.

A DUDH, ao consagrar tanto direitos liberais quanto direitos sociais, como o direito à instrução, adotou a indivisibilidade dos direitos humanos, consistente no reconhecimento de que todos merecem idêntica proteção normativa¹⁰⁰¹. Sob essa perspectiva, os direitos humanos não podem ser categorizados, porquanto constituem um todo indivisível. É dizer, não há como garantir direitos de liberdade sem também efetivar direitos sociais¹⁰⁰².

Trata-se da concepção contemporânea, que conjuga o valor liberdade ao da igualdade, confirmada na Primeira Conferência Mundial de Direitos Humanos em 1968 no Teerã, na qual se perfilhou a tese da impossibilidade da plena realização dos direitos civis e políticos sem a concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais¹⁰⁰³.

⁹⁹⁵ ARENDT, Hannah. *Origens...op.cit.*, p. 386.

⁹⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁹⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era...op.cit.*, pp. 26-27, destacando, entretanto, na p. 23 que “*o problema fundamental em relação aos direitos do homem de hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político*”

⁹⁹⁸ *Ibid.*, p.27.

⁹⁹⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 50.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰⁰¹ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 230; ROCA, Guillermo Escobar. Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución. In: Becerra; Manuel Terol; QUESADA, Luis Jimena (dir.). *Tratado Sobre Protección de Derechos Sociales*. Valença: Tirant to Blanch, 2014, pp. 75-88, p. 77; SCOTT, Craig. The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants of Human Rights, *Osgoode Hall Law Journal*, 27, 1989, pp. 769-878 p. 779.

¹⁰⁰² ALCALÁ, Humberto Nogueira. El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales, *Estudios Constitucionales*, 1, 2003, pp. 135-177, p. 149.

¹⁰⁰³ ALCALÁ, Humberto Nogueira. *El constitucionalismo contemporáneo...op.cit.*, p. 149.



A indivisibilidade entre os direitos de liberdade e os sociais também é adotado pelo Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (COMDESC), órgão de controle não jurisdicional que busca monitorar a atuação dos Estados e a sua conformidade com o PIDESC¹⁰⁰⁴. A partir de 5 de maio de 2013, com a entrada em vigor do Protocolo Facultativo do PIDESC, passaram-se a ser admissíveis queixas individuais perante o COMDESC por violações dos direitos estabelecidos no PIDESC¹⁰⁰⁵.

Essa característica essencial do regime normativo dos direitos humanos foi reiterada na Segunda Conferência Mundial em 1993 em Viena, tanto que na Declaração e Programa de Ação de Viena, em seu ponto I.5, consta expressamente que todos os direitos humanos são *universais, indivisíveis e interdependentes* e estão relacionados entre si, devendo a “*comunidade internacional tratar os direitos humanos de forma global, e de maneira justa e equitativa, em pé de igualdade e dando-lhes a todos o mesmo peso*”¹⁰⁰⁶.

Na ocasião, como registra Cançado Trindade, a delegação de Portugal manifestou-se favorável à indivisibilidade¹⁰⁰⁷. Esta, em linhas gerais, possui duas facetas bem delineadas por André Ramos: *a)* a constatação de que o direito humano tutelado se reveste de uma unidade incindível em si; *b)* a impossibilidade de proteção apenas dos direitos civis e políticos em detrimento dos sociais, econômicos e culturais¹⁰⁰⁸.

Portanto, a indivisibilidade implica no reconhecimento pelos Estados constitucionais de uma verdadeira *simbiose* entre os direitos sociais, econômicos e culturais e os direitos civis e políticos. Essa noção está presente na dimensão substancial da democracia constitucional,

¹⁰⁰⁴ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 223.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, destacando a autora que a primeira decisão do COMDESC, de 1999, foi contra Portugal, tratando-se de uma reclamação apresentada pela Comissão Internacional de Juristas que sustentavam que Portugal não aplicava de maneira satisfatória o artigo 7.º, I, da Carta Social Europeia, o qual fixa em quinze anos a idade mínima de trabalho infantil.

¹⁰⁰⁶ CARBONELL, Miguel. Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: Esbozo de Algunos Problemas. *Estudios Constitucionales*, 6 (2), 2008, pp. 43-71, p. 59; ALCALÁ, Humberto Nogueira. *El constitucionalismo...op.cit.* p. 149. Contra, entendendo que há aspectos retóricos na posição adotada pela ONU de defesa da interdependência e indivisibilidade de todos os direitos, vide ROSSETTI, Andrés. ¿Los Derechos Sociales como derechos «de segunda»? Sobre las generaciones de derechos y las diferencias con los derechos «de primera». In: ESPINOZA DE LOS MONTEROS; Javier; ORDÓÑEZ, Jorge (coords). *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional*. Valença: Tirant to blanch, 2013, pp. 309-328, p. 312.

¹⁰⁰⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, v.1, p. 227.

¹⁰⁰⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral...op.cit.*, pp. 230-231, exemplificando o autor, quando à primeira faceta, que o direito à ampla defesa no processo criminal implica, em face do seu caráter incindível, em se assegurar também o direito ao recurso de apelação ao acusado. Por sua vez, na segunda faceta, sustenta a impossibilidade de cindir a proteção do direito humano por espécie de direito, destacando que o direito de recurso nos Tribunais, relacionado ao direito individual à ampla defesa, somente se concretiza em sua plenitude quando se assegura também a garantia de assistência judiciária gratuita, que orbita no campo do direito social.



abordada no tópico 2 (Cap. I), ao se reconhecer que ninguém é verdadeiramente livre sem condições materiais mínimas de educação, saúde, trabalho, moradia e seguridade social. Nessa acepção, o âmbito do *ser* (liberdade) está invariavelmente relacionado com o da esfera do *ter* (igualdade) como duas faces da mesma moeda, isto é, partes integrantes do mesmo todo.

A teoria do Estado na visão liberal considerava que o cidadão com posses e com cultura era, na condição de membro da sociedade civil, autônomo e autossuficiente, de modo que a sua *liberdade era em face do Estado*¹⁰⁰⁹. Essa concepção pressupunha que a sociedade podia por si só, sem a interferência estatal, cuidar dos seus próprios interesses econômicos e culturais e a participação do Estado somente era necessária para a defesa contra perigos externos e internos, isto é, nas suas funções de exército, de polícia e de justiça¹⁰¹⁰.

Bodo Peiroth e Bernhard Schlink, sobre o tema, destacam que essa noção de liberdade caiu em descrédito no período durante e posterior tanto da Primeira quanto da Segunda Guerra Mundial e afirmam que “*o particular está fundamentalmente dependente de medidas, instituições, distribuições e redistribuições do Estado; que a sua liberdade tem condições sociais e estatais que ele próprio não consegue assegurar*”¹⁰¹¹.

Concluem os professores alemães que a noção de que o Estado de Direito Liberal deveria intervir o mínimo possível na liberdade do particular “*foi complementada com a ideia de que, como Estado Social, tinha em primeiro lugar de criar e assegurar as condições de liberdade*”¹⁰¹², o que está em consonância com a ideia da indivisibilidade.

No entanto, o fato de os direitos humanos serem indivisíveis não afasta o reconhecimento da *heterogeneidade* dos seus preceitos.

A heterogeneidade dos direitos fundamentais implica, em uma primeira concepção, que as normas constitucionais que os consagram podem resultar em direitos originários e derivados da sua acepção global (*lato sensu*), gerando naturezas jurídicas diversas e múltiplos efeitos no ordenamento distintos entre si.

¹⁰⁰⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 72.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*

¹⁰¹¹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais...op.cit.*, pp. 72-73. Sobre o tema, MELO, RÚRION. *Marx e Habermas: Teoria crítica e os sentidos da emancipação*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 195, ressalta que esse compromisso reformista do Estado Social estava ancorado em uma realidade capitalista diversa da existente no século XIX, que buscava a realização das promessas não cumpridas pelo liberalismo clássico, fazendo convergir capitalismo e democracia, bem como crescimento e eficiência com justiça social.

¹⁰¹² PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 73.



Nesse sentido, Jorge Reis Novais adverte que “*na vida prática, o direito raramente surge como um todo, antes surgindo em afloramentos particulares dos direitos e faculdades que o integram*”¹⁰¹³.

O mencionado constitucionalista português explica que cada um dos específicos direitos, faculdades e garantias, integrantes do direito *como um todo* podem, em si mesmos, serem considerados como direitos fundamentais¹⁰¹⁴. Em razão dessa autonomia da prestação decomposta do direito em sua acepção global, podem constituir, entre si, naturezas jurídicas diferenciadas e particularidades relevantes que devem ser consideradas na resolução do caso concreto¹⁰¹⁵.

Em suma – e isso é imprescindível para a adequada compreensão da tutela dos direitos fundamentais – o direito fundamental, como um todo, isto é, considerado na sua globalidade (*lato sensu*), pode ser decomposto em específicas faculdades, direitos ou garantias (*stricto sensu*), que podem revestir-se de natureza jurídica, estrutura normativas e eficácia diversas.

Desse modo, quando se analisa um direito fundamental, tanto o de liberdade, quanto o social, econômico ou cultural, não se pode buscar entendê-lo como uma pretensão jurídica unidimensional ou unidirecional, pois sua representação mais adequada é de uma teia de faculdades ou poderes de tipos diferentes e alcance diversos, apontando em direções distintas¹⁰¹⁶.

Nessa perspectiva, as normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais sociais têm a aptidão de gerar *deveres estatais de proteção*, como o *dever de legislar* (obrigações legiferantes) ou materializam-se como *garantias institucionais* ou, em determinados casos, podem, inclusive, gerar *direitos subjetivos* por aplicação direta e originária da constituição (como as prestações decorrentes do mínimo existencial)¹⁰¹⁷.

Destarte, por exemplo, a norma que garante o sistema público de ensino básico gratuito, universal e obrigatório, analisada nos tópicos 2.5 (Cap. II) e 3.1 (Cap. III), assegura tanto o direito subjetivo do aluno a uma vaga em uma instituição de ensino fundamental, quanto impõe o dever do Estado de legislar para criar a rede de ensino público e implementar as condições materiais necessárias ao seu regular funcionamento.

¹⁰¹³ NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, Dois Sistemas...op.cit.*, p. 100.

¹⁰¹⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, Dois Sistemas...op.cit.*, p. 100.

¹⁰¹⁵ *Ibid.*

¹⁰¹⁶ ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 159.

¹⁰¹⁷ Nesse sentido vide BOTELHO, Catarina Santos. *Direitos Sociais...op.cit.*, p. 204; ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 357; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...op.cit.*, p. 825; MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado...op.cit.*, pp. 406-407; SILVA, Jorge Pereira da. *A eficácia dos direitos fundamentais...op.cit.*, p. 117.



Noutro pórtico, os direitos fundamentais de liberdade, embora manifestem-se prioritariamente impondo *deveres de abstenção* do Estado voltados para a não interferência na autonomia do indivíduo, podem também resultar na obrigação de *prestações positivas* voltadas à realização de requisitos substanciais imprescindíveis ao seu exercício.

Cita-se, por exemplo, o já comentado direito de liberdade do ensino, examinado nos tópicos 2.2 (Cap. II) e 2.2 (Cap. III), que não obstante imponha o dever de não intromissão estatal na legítima escolha dos pais sobre o tipo de ensino ministrado aos seus filhos, demanda a concretização de prestações materiais, ainda que de cunho jurídico-normativo, voltadas para permitir a criação de escolas particulares, indispensáveis para o pleno exercício do poder diretivo dos pais sobre a educação ofertada a seus filhos.

Essas múltiplas dimensões derivadas do direito fundamental podem ter, como bem leciona Vieira de Andrade, “*objeto e conteúdo distintos, que são oponíveis a destinatários diferentes, determinam deveres de variado tipo e que podem até ter titulares diversos*”¹⁰¹⁸, o que identifica a sua heterogeneidade¹⁰¹⁹.

Constata-se, assim, que essa primeira acepção da heterogeneidade dos direitos fundamentais é resultado da sua complexidade estrutural e caracteriza-se em face da multiplicidade de naturezas jurídicas dele decorrentes e da possibilidade dos seus preceitos gerarem diversos graus de eficácia no ordenamento.

Por outro lado, a segunda acepção da heterogeneidade dos direitos fundamentais é analisada sob o prisma da relação entre os direitos fundamentais sociais e os direitos fundamentais de liberdade, especificamente no sentido de que a proteção dos direitos sociais pode resultar, em certa medida, na restrição dos direitos de liberdade.

É essa a conclusão do filósofo italiano Norberto Bobbio que, a despeito de defender a indivisibilidade dos direitos humanos, reconhece esse caráter heterogêneo e o paradoxo inerente à sua aplicação:

Quando digo que os direitos do homem constituem uma categoria **heterogênea**, refiro-me ao fato de que – desde quando passaram a ser considerados como direitos do homem, além dos direitos de liberdade, também os direitos sociais – **a categoria em**

¹⁰¹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 158.

¹⁰¹⁹ Vide, ainda, SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, pp. 87 ss. e 388, bem como, do mesmo autor, in *A eficácia dos direitos fundamentais...op.cit.*, p. 121, que sustenta a existência de um quadro complexo de eficácia dos direitos fundamentais, onde podem surgir diferentes efeitos, tanto em relação aos destinatários, quanto ao próprio conteúdo principal e respectiva intensidade, a exigir uma análise sob a perspectiva analítica, procedente à desagregação das diferentes faculdades compreendidas em seu conteúdo.



seu conjunto passou a conter direitos entre si incompatíveis, ou seja, direitos cuja proteção não pode ser concedida sem que seja restringida ou suspensa a restrição de outros. Pode-se fantasiar sobre uma sociedade ao mesmo tempo livre e justa, na qual são global e simultaneamente realizados os direitos de liberdade e os direitos sociais; *as sociedades reais, que temos diante de nós, são mais livres na medida que menos justas e mais justas na medida em que são menos livres*¹⁰²⁰. (negrito e sublinhado nossos).

Essa conclusão é exemplificada por Bobbio com base na concretização do direito à educação ao afirmar que “*a extensão do direito social de ir à escola até os catorze anos suprimiu, na Itália, a liberdade de escolher um tipo de escola e não outro*”¹⁰²¹. Disso resulta, ainda nas precisas lições de Bobbio que “*através da proclamação dos direitos do homem, fizemos emergir os valores fundamentais da civilização humana até o presente. Isso é verdade. Mas os valores últimos são antinômicos: e esse é o problema*”¹⁰²².

Há, portanto, como adverte Bobbio, um *traço de contradição* ao se considerar uma sociedade ao mesmo tempo livre e justa, na qual são global e simultaneamente realizados os direitos de liberdade e os sociais¹⁰²³, nisso reside essa segunda acepção da heterogeneidade dos direitos fundamentais. O mencionado filósofo salienta que essa incompatibilidade é consagrada também no plano teórico no qual se opõem duas concepções diversas dos direitos do homem, a liberal e a socialista¹⁰²⁴.

Constata-se, assim, que a indivisibilidade, embora necessária para assegurar o exercício pleno dos direitos de liberdade, causa *tensões* em razão do natural caráter heterogêneo existente entre estes e os direitos sociais, pois quanto maior a expansão da igualdade (justiça) em uma sociedade, menor o espectro de liberdade dos seus cidadãos e vice-versa.

Tome-se como exemplo uma sociedade na qual o Estado confere ensino público e gratuito a todos, mas apenas o de caráter não confessional e laico e não admite instituições

¹⁰²⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10 reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 42. Note que a heterogeneidade a que se refere Bobbio representa uma certa incompatibilidade existente entre a proteção simultânea dos direitos de defesa, pautados na liberdade e dos direitos sociais ou prestacionais, baseados na igualdade. Essa acepção do filósofo italiano não se confunde com a noção de heterogeneidade do conteúdo dos direitos fundamentais defendida por ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 161, que representa a diversidade de posições jurídicas derivadas do direito fundamental, decorrentes da sua complexidade estrutural, tendo em vista que emana um conteúdo principal (nuclear) e um conteúdo instrumental.

¹⁰²¹ BOBBIO, Norberto. *A Era...op.cit.*, p. 42.

¹⁰²² *Ibid.*, p. 43.

¹⁰²³ BOBBIO, Norberto. *A Era...op.cit.*, p. 42.

¹⁰²⁴ *Ibid.*, pp. 42-43. A respeito dos fundamentos do Estado Social, ressaltando a justiça social e a humanização do trabalho como o lado substancial do programa social-democrata, vide MELO, Rúrion. *Marx e Habermas: Teoria crítica...op.cit.*, pp. 196-213.



privadas. Consagra-se, assim, a igualdade, mas mitiga a liberdade, na medida em que os cidadãos não podem escolher um projeto educacional diverso daquele ofertado pela rede pública de ensino e que entendam ser mais adequado aos seus filhos.

No outro extremo, pense em uma sociedade na qual o Estado garante a criação de instituições particulares de ensino e a ampla e irrestrita liberdade dos cidadãos de escolherem o projeto educacional que querem conferir aos seus filhos. Por outro lado, não implementa o sistema público de ensino, por considerar não ser obrigação estatal. Nesse caso, assegurou-se a liberdade e restringiu-se a igualdade, pois considerando que o ensino privado não é gratuito, muitos alunos, notadamente os carentes, não terão as mesmas oportunidades de acesso à escola se comparado aos estudantes com capacidade econômica.

Em suma, por constituírem uma categoria indivisível, a aplicação dos direitos de liberdade e dos direitos sociais necessariamente deverá ser garantida de forma concomitante¹⁰²⁵. Essa concomitância, no entanto, acaba por relativizar a aplicabilidade de cada um, posto que para implementar um direito social prestacional, invariavelmente será necessária uma redução da liberdade, ao passo que para não se anular a liberdade, a implementação do direito social deverá observar alguns limites.

Essa conclusão, todavia, não deve ser utilizada para justificar a ausência da implementação de medidas para a superação das desigualdades sociais, econômicas e culturais. Diversamente, deve ser tomada como um aviso: o de que *igualdade não é sinônimo de padronização* e o Estado Democrático de Direito deve *conciliar* as máximas da liberdade e da isonomia, conduzindo-as a uma relação de *complementariedade* e não de aniquilação ou supressão.

É necessário, ao lidar com objetos heterogêneos, como bem pontua Amartya Sen, que haja a *acomodação de pluralidades* de valores envolvidos a fim de se fazer escolhas sensatas, ainda que as alternativas possuam aspectos incomensuráveis¹⁰²⁶.

¹⁰²⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, Dois Sistemas?...op.cit.*, pp. 85 e 119-145, sustenta a existência de afinidade, paralelismo e intercomunicabilidade entre os direitos, liberdades e garantias e os direitos sociais, econômicos e culturais, concluindo que “*para um mesmo bem protegido ou fim de protecção de um direito fundamental se pode invocar indiferenciadamente a garantia jurídica de protecção fornecida por um direito, liberdade e garantia ou por um direito social*”.

¹⁰²⁶ SEN, Amartya. *A ideia...*, pp. 259-262, em crítica à tradição utilitarista – a qual, em sua visão, trabalha no sentido de reduzir todas as coisas valiosas a algum tipo de magnitude supostamente homogênea de “utilidade” – sustenta que não se pode reduzir tudo o que temos razão para valorizar a uma magnitude homogênea, pois há muita diversidade dentro da própria utilidade. Na doutrina do referido autor, as capacidades são claramente não comensuráveis, pois são irredutivelmente diversas. A incomensurabilidade, portanto, está presente quando várias dimensões de valor são irredutíveis umas às outras. Ressalta, entretanto, que embora a ponderação possa ser difícil, não há nenhuma impossibilidade geral de se fazer escolhas arrazoadas baseadas na combinação de objetos diversos com aspectos incomensuráveis.



Com efeito, a sociedade multicultural da atualidade demanda do Estado democrático a aplicação proporcional e equilibrada do postulado da igualdade, dado que a sua utilização desenfreada, desconsiderando as especificidades concretas de gênero, raça, etnia, religião ou filosofia, pode resultar por, na contramão, reduzir a legítima liberdade de escolha dos cidadãos.

O que se deve ter em mente, como ressaltado no tópico 3.1 (Cap. I), é que a lógica da igualdade democrática, para além da sua dimensão material, por meio da implementação de ações afirmativas, tutela também o direito à diferença enquanto parte essencial da identidade¹⁰²⁷. Respeitam-se as opções de todos os cidadãos que integram essa pluralidade, inclusive, em relação à educação, no tocante ao tipo de ensino que os pais legitimamente escolheram para seus filhos, promove-se a sua inserção social e incentiva-se o sadio convívio.

Por outro lado, a ausência de atuação estatal para a promoção da educação pode conduzir à violação das garantias institucionais do ensino, por meio das quais superam-se as desigualdades sociais, econômicas e culturais, constituindo-se em *imposições legiferantes (dever de legislar)*¹⁰²⁸.

Logo, a valorização permanente e contínua da educação, em todos os graus e níveis de ensino, reveste-a de bem jurídico de incumbência prioritária e tarefa fundamental dos Estados constitucionais e democráticos contemporâneos, tal como se verifica na ordem constitucional portuguesa e brasileira (artigos 9.º, alínea *f*, e 81.º, alínea *b*, ambos da CRP e 214.º da CRFB).

Nessa perspectiva, se de um lado o Estado deve garantir o direito de liberdade dos pais de escolherem o projeto educacional para seus filhos, por outro, não pode ser apenas um espectador. Pelo contrário, tem o dever de atuar para promover a igualdade de oportunidades de acesso ao ensino, em todos os seus graus, ainda que isso reduza o âmbito de liberdade do indivíduo.

Nesse ambiente complexo e plural, o desafio institucional dos Estados constitucionais é implementar meios para promover ao *máximo* a igualdade de oportunidades de acesso à

¹⁰²⁷ ROLLA, Giancarlo. *El valor normativo...op. cit.*, p. 466. Na doutrina lusitana, vide SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar...op.cit.*, p. 56.

¹⁰²⁸ Expressão usada por ANDRADE. José Carlos Vieira de. In *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 357, ao afirmar que “os preceitos relativos aos direitos sociais a prestações não são meramente declaratórios, constituem normas constitucionais preceptivas, que, enquanto tais, concedem aos indivíduos posições jurídicas subjetivas (direitos a que chamamos pretensões) e estabelecem garantias institucionais impondo ao legislador a obrigação de agir para lhes dar cumprimento efetivo – constituem, assim, imposições legiferantes”.



educação, reduzindo, *minimamente*, a liberdade de escolha dos pais sobre o tipo de ensino conferido a seus filhos.

Deve-se, ainda, assegurar que o ensino ministrado, tanto no âmbito público quanto privado, esteja em conformidade com os valores inerentes ao regime democrático, notadamente o pluralismo multiétnico e multicultural, a solidariedade e a tolerância recíproca. Desse modo, a educação é reconduzida, ao fim e ao cabo, para a promoção da dignidade da pessoa humana, a capacitação para o exercício profissional, o pleno acesso à cidadania inclusiva e a elevação do nível cultural e tecnológico do país.

Nesse trilhar, a constatação de Bobbio – de que as sociedades são mais livres na medida que menos justas e mais justas na medida em que são menos livres¹⁰²⁹ – não deve ser utilizada como subterfúgio para se deixar de promover a igualdade em uma comunidade, pois é imprescindível para a realização efetiva dos direitos de liberdade. Serve, entretanto, como um alerta para que os Estados pautem seus atos de forma a compatibilizar esses valores fundamentais direcionados à consagração da dignidade humana.

Isso implica no reconhecimento estatal dos valores igualdade e liberdade na condição de princípios jurídicos e, portanto, com base na estrutura normativa proposta por Robert Alexy, em *mandamentos de otimização*, isto é, comandam que algo seja realizado na maior e melhor medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas, mas que estão sujeitos à ponderação¹⁰³⁰.

Em outras palavras, os Estados democráticos devem tomar todas as medidas necessárias para promover, no maior grau possível, a liberdade e a igualdade da sociedade. Entretanto, isso não impede que haja, em determinadas situações, a sua proporcional limitação decorrentes não apenas da estrutura principiológica que ostentam, mas também pelo fato da natural heterogeneidade existente entre os direitos sociais e os de liberdade.

Nota-se, assim, que a implementação de um direito social traz ao Estado desafios que vão muito além de sua materialização no plano fático, porquanto faz-se indispensável acomodar o interesse social a ser promovido com os direitos individuais que lhe são subjacentes e, ainda, com os direitos de liberdade que, invariavelmente, lhe são contrapostos.

¹⁰²⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era...op.cit.*, p. 42.

¹⁰³⁰ ALEXY, Robert in *Teoria Discursiva...op.cit.*, pp. 148-167.



Desse modo, a implementação de ações prestacionais do Estado para a promoção do direito à educação deve buscar tutelar os diversos *interesses individuais coincidentes*, seja das famílias que não tem condições de arcar com os custos das escolas privadas, sejam daquelas que, embora tenham, consideram que o ensino público não confessional e laico é o mais adequado ao projeto educacional a ser ministrado a seus filhos.

Por outro lado, em face da diversidade da sociedade atual, a implementação do direito social à educação, a depender da forma como realizada, pode encontrar resistência nos *interesses individuais contrapostos*. Estes se manifestam tanto no caso dos pais que almejam ter a liberdade de escolher aos seus filhos projeto educacional diverso do ofertado pelo Estado quanto dos interesses privados (empresariais) que tem a educação como um serviço a ser fornecido no âmbito das relações de consumo e, portanto, um ramo de atuação profissional e fonte de sobrevivência.

Nesse ambiente complexo, ao formular sua política básica de ensino e fomentar diferentes meios de acesso à educação, o desafio do Estado Democrático é compatibilizar não só as diferenças culturais, sociais e econômicas no âmbito do ensino, mas, nas economias capitalistas, considerar igualmente os interesses privados e corporativos que consideram a educação um serviço a ser prestado no mercado.

A *natural tensão* entre os direitos fundamentais causada pela heterogeneidade, inerente à democracia, tem, portanto, reflexos na atividade estatal voltada para a sua concretização. Isso porque, ao mesmo tempo em que os direitos sociais são indispensáveis ao pleno exercício dos direitos civis e políticos, por outro lado, a preponderância indiscriminada de um deles pode conduzir à supressão do outro, o que é inadmissível em um regime democrático marcado pela pluralidade.

2.2 Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais e a Baixa Determinabilidade Constitucional

A CRP, conforme destacado no tópico 1.3 (Cap. II), realiza a sistematização entre o regime de direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, CRP) de forma distinta dos sociais, econômicos e culturais. Essa separação, como ressaltado, todavia, não é absoluta, porquanto o



artigo 17.º da CRP estabelece que o regime dos direitos, liberdades e garantias são aplicados aos enunciados no título II, mas também *aos direitos fundamentais de natureza análoga*¹⁰³¹.

Por conseguinte, ao se permitir que direitos sociais, económicos e culturais, ainda que previstos noutros títulos e partes da CRP (diversos do Título II da Parte I), sejam reconduzidos ao regime material reforçado dos direitos, liberdades e garantias, atesta-se o carácter *relativo e fluído* dos regimes normativos dos direitos fundamentais previstos na Constituição portuguesa¹⁰³².

Cumpr, ainda, registrar que essa dualidade de regimes normativos existente em Portugal não se fundamenta em diferenças axiológicas (valorativas) entre os direitos de liberdade e os individuais, mas por serem consagrados por normas que ostentam, em regra, quanto ao critério estrutural, menor densidade normativa a nível constitucional se comparado aos direitos de liberdade.

Essa indeterminabilidade das normas constitucionais que veiculam direitos sociais não se refere apenas a conceitos indeterminados, que também estão presentes na maioria das normas consagradoras de direitos de liberdade, mas, de forma complexa, à pendência de opções económicas, sociais, culturais e políticas a serem colmatadas pelo legislador que ultrapassam a possibilidade hermenêutica do juiz no momento da aplicação da norma¹⁰³³.

Portanto, o critério utilizado pela ordem constitucional portuguesa para realizar tal sistematização entre os regimes incidentes sobre os direitos fundamentais leva em consideração aspectos *estruturais e semânticos* da norma e não axiológicos. Isso conduz à conclusão de que a dualidade de regimes adotada em Portugal não implica em superioridade valorativa dos direitos de liberdade em relação aos sociais, mas, sob essa ótica, no reconhecimento de distinções no tocante à forma como tais direitos são positivados na Constituição e a natureza das condições necessárias para sua exequibilidade¹⁰³⁴.

¹⁰³¹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Artigo 17.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 304. Comentamos sobre o tema no tópico 1.3 (Cap. II).

¹⁰³² MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Artigo 17.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, pp. 303-306, citam, como exemplo de direitos fundamentais de natureza análoga, relacionada à educação, a política de ensino (artigo 77.º, 2.º, CRP).

¹⁰³³ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 300.

¹⁰³⁴ Nesse sentido, considerando que os direitos sociais não representam propriamente uma categoria jurídica, mas, sim, numa noção tipológica, que assenta em traços distintivos para os caracterizar, em especial em razão da diferença *estrutural e semântica* das normas constitucionais que os consagram e não em uma diferença valorativa, vide BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 294; ALEXANDRINO, José Melo, *A estruturação... op.cit.*, II, p. 216 e CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional... op. cit.*, p. 400; LOUREIRO, João Carlos. Adeus ao Estado Social? O insustentável peso do não-ter”. In: LOUREIRO, João Carlos.



Nesse sentido, Jorge Novais considera ser plena a justiciabilidade nos direitos de liberdade, posto que qualquer juiz, recorrendo à simples verificação dos fatos, basta-se com critérios jurídicos para determinar eventual ofensa ao direito e apurar a sua reparação¹⁰³⁵. Diversamente, no caso dos direitos sociais, sustenta o referido doutrinador que, quando se requer que o Estado faça algo, só se poderia determinar objetivamente uma violação se o ato devido for indiscutivelmente configurado como preciso, concreto, único e de realização exigível num tempo delimitado, o que não é assim na maioria das situações envolvendo os direitos sociais¹⁰³⁶.

Esse também é o magistério de Jorge Miranda e Rui Medeiros ao assentarem que para a aplicação do regime de direitos, liberdades e garantias “*importa verificar se o direito tem o seu conteúdo essencialmente determinado ao nível das opções constitucionais, não dependendo da lei ordinária para se tornar líquido e certo*”¹⁰³⁷. Isso implica, na doutrina dos mencionados autores, em verificar “*se a sua efectivação, por ser factiva e juridicamente realizável, depende apenas da vontade política do Estado e não de factores que o Estado em grande medida não domina*”¹⁰³⁸.

Em outras palavras, a indeterminabilidade de certas normas consagradoras de direitos sociais não é apenas semântica, a ponto de ser juridicamente colmatada por critérios hermenêuticos, mas necessita da atuação do legislador por meio do seu poder de conformação da norma para lhe conferir concretude e exequibilidade.

Por conseguinte, em Portugal, considera-se que a ausência de determinabilidade constitucional das normas que veiculam os direitos sociais não foi um descuido do legislador, mas uma opção consciente, tendo em vista que as condicionantes económicas, políticas e sociais não estão na esfera de disponibilidade e da boa vontade do Estado¹⁰³⁹. Reconhece-se, assim, ser fundamental que não se definam taxativamente os *meios* para se alcançar os *fins* almejados pela

Adeus ao Estado Social? – A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 44-138, p. 107; ANDRADE, José Carlos Vieira. Algumas Reflexões sobre os Direitos Fundamentais, Três Décadas Depois, *Anuário Português de Direito Constitucional*, V, 2006, pp. 121-141, p. 140; NIETO Alejandro. Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional, *Revista de Administración Pública*, 100-102, 1983, pp. 371-415, p. 407.

¹⁰³⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 168.

¹⁰³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica...op.cit.*, p. 168.

¹⁰³⁷ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Artigo 17.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 304.

¹⁰³⁸ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Artigo 17.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 304.

¹⁰³⁹ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 299.



Constituição, sob pena de se ferir as diferentes manifestações de vontade presentes em uma ordem democrática pluralista¹⁰⁴⁰.

No Brasil, diversamente, consoante abordado no tópico 1.3 (Cap. III), não se adota essa dualidade de regimes normativos entre os direitos fundamentais, mas a unidade, pois tanto os direitos individuais de liberdade quanto os sociais são tratados no mesmo Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais).

A conclusão a que se chega é que, diferentemente do sistema constitucional português, os direitos e garantias fundamentais previstos no aludido título da CRFB, sejam de liberdade ou sociais, submetem-se ao mesmo regime jurídico reforçado, notadamente a eficácia dos seus preceitos decorrente da aplicabilidade direta da Constituição (artigo 5.º, §1º, CRFB).

Para além de uma mera formalidade classificatória, os direitos sociais, na concepção adotada pela ordem constitucional brasileira, são igualmente fundamentais, no sentido formal e material, inexistindo divergências intrínsecas entre ambos¹⁰⁴¹.

Em verdade, parece acertada a concepção unitária brasileira, posto que se não há diferença ontológica entre os direitos de liberdade e os sociais, tampouco superioridade valorativa daqueles em relação a estes – o que, como visto, é reconhecido pela doutrina portuguesa – critérios estruturais e semânticos referentes à norma que os consagram seriam, nessa ótica, inadequados para estabelecer regimes jurídicos diversos¹⁰⁴².

Com efeito, direitos fundamentais são obrigações dirigidas ao Estado e aos particulares, ora preponderando o conteúdo de defesa (liberdade), ora sobressaindo o conteúdo prestacional (igualdade), ambos, todavia, direcionados à consagração da dignidade humana.

Entretanto, consoante destacado no tópico anterior, os direitos fundamentais são heterogêneos na medida em que, por conta da sua complexidade, podem ser exteriorizados no ordenamento por múltiplas estruturas normativas que ostentam diversos graus de eficácia.

Em outras palavras, as normas constitucionais que consagram direitos fundamentais não se resumem na delimitação de direitos subjetivos a prestações específicas para titulares determinados, pois seus preceitos podem gerar outros tipos de eficácia, tais como: a) *parâmetro para*

¹⁰⁴⁰ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 300.

¹⁰⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas...op.cit.*, p. 94.

¹⁰⁴² Defendendo um sistema unitário dos regimes fundamentais, tanto os de liberdade quanto os sociais, vide, na doutrina portuguesa, NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, Dois Sistemas?...op.cit.*, p. 107; MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, pp. 399-417. Na doutrina brasileira, vide SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, pp. 81-107.



o controle de constitucionalidade das normas, pois os atos normativos que lhe são hierarquicamente inferiores não podem contrariar suas disposições¹⁰⁴³; b) *deveres especiais de proteção*, relacionados à salvaguarda dos bens jurídicos considerados essenciais e prioritários pela Constituição; c) *critério interpretativo* das demais normas, conduzindo o interprete a adotar o sentido que esteja em consonância com seus preceitos; d) *moldar certa capacidade de resistência* do direito social contra restrições supervenientes à sua concretização, embora variável em intensidade¹⁰⁴⁴.

Nesse trilhar, a eficácia da norma que veicula os direitos fundamentais não define a sua fundamentalidade, por se tratar de uma característica *exógena* e não uma distinção substancial entre os direitos sociais e os de liberdade¹⁰⁴⁵.

Portanto, a diversidade da estrutura da norma que consagra no texto constitucional os direitos fundamentais pode resultar em graus diversos quanto à sua eficácia, que estão além do direito (plano externo), não afetando as suas características identitárias, mas, sim, a forma como produzirão seus efeitos no ordenamento.

A eficácia jurídica da norma, na clássica lição de José Afonso da Silva, “*designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados*”¹⁰⁴⁶. Noutro giro, o referido autor também ressalta a existência da eficácia social (efetividade) que representa a concretização dos efeitos da norma no plano dos fatos¹⁰⁴⁷, isto é, a aproximação entre o programa normativo e a realidade social¹⁰⁴⁸.

Destarte, enquanto a eficácia jurídica refere-se à aptidão da norma de produzir os seus regulares efeitos jurídicos, a eficácia social (efetividade) diz respeito à concretização da finalidade da norma no mundo do ser¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴³ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 133. HÄUBLING, Eva M. K. *Soziale Grundrechte in der portugiesischen Verfassung von 1976 – Verfassung und soziale Wirklichkeit, Beiträge zum ausländischen und vergleichenden öffentlichen Recht*, vol. 10. Baden-Baden:Nomos Verlagsgesellschaft, 1997, pp. 59-60.

¹⁰⁴⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, pp. 357-358.

¹⁰⁴⁵ Reconhecendo essa “*mera diferença exógena e não uma diferença substantiva*” entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, vide BOTELHO, Catarina Santos. *Direitos Sociais...op.cit.*, p. 317.

¹⁰⁴⁶ Silva, José Afonso da. *Aplicabilidade...op.cit.*, pp. 55-56.

¹⁰⁴⁷ *Ibid.*

¹⁰⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 83.

¹⁰⁴⁹ Sobre a relação entre eficácia jurídica e social (efetividade), Ingo Sarlet in SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, p.126, defende se tratar de *duas faces de uma mesma moeda*, por consider haver uma natural conexão entre os conceitos, na medida em que não é possível falar



Verifica-se, então, que o plano da eficácia da norma não se confunde com o da *existência*. Este, na precisa lição de Luís Roberto Barroso, refere-se aos elementos constitutivos do ato normativo, isto é, agente, forma e objeto, os quais configuram seus pressupostos materiais de incidência¹⁰⁵⁰. Por sua vez, a eficácia também não se confunde com a *validade*, entendida como a conformação da norma aos requisitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, quais sejam: competência, adequação da forma, licitude e possibilidade do seu objeto¹⁰⁵¹.

Elival da Silva Ramos também ressalta que o plano da eficácia das normas constitucionais é *externo* ao direito nelas consagrado, ao lecionar que “*os fatores de eficácia, que suspendem, cessam ou estendem os efeitos dos atos normativos são, em geral, externos às normas jurídicas neles contidas*”¹⁰⁵².

Tanto que para ser fundamental o valor não precisa estar sequer formalmente consagrado na Constituição, bastando estar implícito na norma constitucional¹⁰⁵³. É dizer: ser fundamental ou não decorre de um juízo de valor e não da consagração constitucional expressa do direito ou de específica eficácia da norma direcionada a gerar direitos subjetivos imediatamente exigíveis por força originária dos seus preceitos.

A bem da verdade, não é sequer preciso que os direitos sociais sejam especificados formalmente na Constituição para que tenham eficácia¹⁰⁵⁴. Na precisa lição de Carlos Blanco de Moraes, a força normativa dos direitos sociais e a consequente “*concretização efetiva das prestações que lhe correspondem*” não dependem exclusivamente da sua veiculação constitucional¹⁰⁵⁵.

Nesse sentido, a estrutura constitucional alemã não prevê direitos sociais, mas apenas a cláusula aberta do Estado federal, democrático e social (artigo 20.º, n.º 1, Lei Fundamental) e do Estado republicano, democrático e de direito social (artigo 28.º, n.º 1, frase 1, Lei

em norma eficaz e destituída de aplicabilidade. No entanto, o referido doutrinador ressalta que isso não implica em dizer que, sendo a norma aplicável, venha a ser efetivamente aplicada no mundo fático ou mesmo que, em sendo aplicável, esteja resolvida a forma como ocorrerá essa aplicação, se direta (pela incidência originária da Constituição) ou indireta (pela atuação do legislador ordinário).

¹⁰⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade...op.cit.*, pp. 79-81.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*

¹⁰⁵² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos...op.cit.*, p. 191.

¹⁰⁵³ MORAIS, Carlos Blanco de. *Direitos sociais e controle...op.cit.*, p. 589.

¹⁰⁵⁴ RAWLS, John. *Political Liberalism*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1993, p. 227, entende que o componente social do Estado e, por conseguinte, a proteção do bem estar social não integra aquilo que chama de núcleo essencial da Constituição (*the idea of constitutional essentials*), motivo pelo qual não necessariamente precisa estar expresso no texto constitucional.

¹⁰⁵⁵ MORAIS, Carlos Blanco de. *Direitos sociais e controle... cit.*, p. 589.



Fundamental), assegurando a sua existência no plano teórico na dimensão material e, portanto, a aptidão para produzir efeitos e a sua concretização no plano fático¹⁰⁵⁶.

Almejou-se, desse modo, como destacam Bodo Peiroth e Bernhard Schlink, estabelecer um regime de proteção dos direitos sociais diverso do instituído pela anterior Constituição de Weimar de 1919¹⁰⁵⁷, considerado insuficiente, porquanto as “*numerosas garantias sociais por-menorizadas prometiam mais do que podiam cumprir e permaneceram como simples princípios programáticos*”¹⁰⁵⁸.

Desse modo, embora a indiscutível relevância da Constituição de Weimar de 1919 em positivar no seu texto diversos direitos sociais que implicaram na própria redefinição da atuação do Estado direcionado para a efetivação da social-democracia, não foi adequada para a sua plena proteção. Isso porque culminou com o declínio do Estado de Direito e o surgimento de governos totalitários, como o nazismo, razão pela qual a doutrina alemã lida, atualmente, com uma Constituição sem direitos sociais (*Verfassung ohne soziale Grundrechte*)¹⁰⁵⁹.

No entanto, apesar da Lei Fundamental alemã não ter estipulado um catálogo de direitos sociais, não deixa de concretizar políticas públicas de direitos sociais, inclusive com maior efetividade do que em comparação com outras ordens constitucionais que o consagram expressamente¹⁰⁶⁰.

Outro exemplo é a Constituição Norte Americana, que embora imponha limites à intervenção do Estado e não a sua completa abstenção¹⁰⁶¹, pois o seu preâmbulo reconhece, no artigo

¹⁰⁵⁶ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 73.

¹⁰⁵⁷ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 73.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*

¹⁰⁵⁹ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 402.

¹⁰⁶⁰ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, pp. 163-211, a qual ressalta os seguintes países que consagram catálogos de direitos sociais em suas Constituições: a) Portugal; b) Itália; c) França; d) África do Sul; e) Argentina; f) Brasil; g) Chile; h) Colômbia; i) Paraguai; j) Uruguai. A autora ainda destaca que a Constituição da Suíça de 1874, embora preveja expressamente *objetivos sociais*, a própria Constituição afasta taxativamente a sua justiciabilidade, bem como na Holanda, apesar da Constituição ser datada de 1815, os direitos sociais foram introduzidos apenas em 1983, por meio de revisão constitucional e não são consagrados como normas programáticas nem direitos subjetivos, mas sim como *mandados ao Estado* e o próprio texto constitucional proíbe os tribunais holandeses de verificarem o cumprimento dos direitos sociais. Destaca que na Grécia todos os textos constitucionais, desde 1822, consagravam, com maior ou menor dimensão, catálogos de direitos fundamentais. Por fim, a autora elenca os seguintes Estados cujas Constituições não contemplam proteção expressa dos direitos sociais ou o fazem em termos limitados: a) Estados Unidos da América; b) Nova Zelândia (apesar de, no âmbito da educação, haver o *Education Act* de 1989); c) Reino Unido (com destaque para a publicação do *Human Rights Act* de 1998, que incorporou as disposições da CEDH e aceitou a jurisdição do Tribunal de Estrasburgo); d) Canadá; e) Austrália; f) Índia; g) Espanha; h) Alemanha, ressaltando, entretanto, que os direitos sociais resultam consagrados em algumas Constituições dos Estados federados alemães.

¹⁰⁶¹ SUNSTEIN Cass R. Why does the American Constitution lack social and economic guarantees? *Syracuse Law Review*, 56, 2006, pp. 1-20, p. 6. Classificando a Constituição Norte Americana como uma carta de direitos



I, §8, o objetivo de proteção social, silencia sobre específicas prestações jurídicas de cunho social, o que permite concluir que seu texto não consagra um catálogo de direitos sociais, deixado à apreciação e concretização do legislador infraconstitucional¹⁰⁶².

Não obstante essa cultura jurídica individualista americana, alheia à consagração de direitos sociais expressos em seu texto constitucional, a pandemia da COVID-19 demonstrou que os EUA foram um dos países que mais prestaram auxílio financeiro através de benefícios assistenciais, o que se trata de clara prestação da seguridade social.

Com isso se quer chamar a atenção para duas questões. Primeiro, a de que a especificação dos direitos sociais na Constituição não é sequer requisito para a sua efetivação, desde que se consagre o Estado Social ou a abertura material dos direitos fundamentais. Essas disposições indeterminadas presentes nas constituições de muitos países se propõem a redirecionar os múltiplos direitos individuais, reorientando-os ao princípio da personalidade¹⁰⁶³.

Segundo, ainda que as normas constitucionais veiculadoras de direitos sociais sejam, quanto à sua estrutura, de menor determinabilidade constitucional, possuem, invocando a doutrina de Konrad Hesse, força normativa e vinculante e, portanto, não se tratam de meras promessas constitucionais despidas de juridicidade¹⁰⁶⁴.

Portanto, ainda que as normas constitucionais consagradoras de direitos sociais, por conta da baixa determinabilidade dos seus preceitos, não atribuam direitos subjetivos para titulares específicos, possuem juridicidade que se manifesta nos múltiplos efeitos normativos gerados no ordenamento, ainda que no âmbito objetivo, mediato e progressivo¹⁰⁶⁵, como, por

negativos ao invés de direitos positivos, vide IGNATIEFF, Michael. Introduction: American Exceptionalism and Human Rights. In: IGNATIEFF, Michael (ed.). *American Exceptionalism and Human Rights*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2005, pp. 1-26, p. 10, e ROSENFELD, Michel. Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts. In: NOLTE, George (ed.). *European and US Constitutionalism*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005, pp. 197-238, p. 212.

¹⁰⁶² BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 194.

¹⁰⁶³ ROLLA, Giancarlo. *El valor normativo...op. cit.*, p. 468.

¹⁰⁶⁴ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Fabris, 1991, pp. 17-23.

¹⁰⁶⁵ CUENCA, Encarnación Carmona. Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica, *Revista de Estudios Políticos*, 76, 1992, pp. 103-125, p. 107; STANGOS, Petros. Les rapports entre la Charte Sociale Européenne et le Droit de l'Union Européenne – Le rôle singulier du Comité Européen des Droits Sociaux et de sa jurisprudence, *Cahiers de Droit Européen*, 49, 2013, pp. 319-393, p. 331; MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais: Especialmente com base na teoria estruturante do Direito, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 7, 2003, pp. 315-327, pp. 323-324; BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 134.; MORAIS, Carlos Blanco de. *Direitos sociais e controlo...op. cit.*, p. 601. Contra, sustentando que os direitos sociais não são direito autênticos, mas, sim, standards de orientação da ação do Estado, notadamente do legislador ordinário, vide HERRERA, Carlos Miguel. Sur le statut des droits sociaux – La constitutionnalisation du social, *Revue Universelle des Droits de L'Homme*, 2004, pp. 32-39, p. 32; GERARDS, Janneke. Fundamental Rights and Other Interests – Should it Really Make a



exemplo, deveres especiais de proteção a bens jurídicos considerados essenciais e prioritários¹⁰⁶⁶, tal como educação.

Nessa ótica, soa razoável sustentar que a evolução da teoria dos direitos fundamentais impõe a rejeição – e até mesmo o abandono – da denominação rotulada e pejorativa conferida a certas normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais sociais conferida pela doutrina alemã (programáticas), à época da Constituição de Weimar de 1919. Porquanto, em completa discrepância com seu significado atual, traduzia a ausência de normatividade e de aplicabilidade direta dos seus preceitos, reduzindo, assim, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais¹⁰⁶⁷.

Passou-se, desde então, a tentar diferenciar normas jurídicas de normas programáticas, sustentando que estas se tratavam de meras declarações retóricas desprovidas de efeitos jurídicos¹⁰⁶⁸, o que, como frisado, não encontra respaldo na atual concepção dos direitos fundamentais, direcionados para sua máxima eficácia.

Portanto, embora as normas que consagram direitos sociais, em regra, possuam menor determinabilidade constitucional quando comparada com as que veiculam direitos de liberdade, o que legitimou, em Portugal, a instituição pelo legislador constituinte originário de dois regimes jurídicos normativos a incidir sobre os direitos fundamentais, isso não significa ausência de juridicidade dos seus preceitos, mas graus diversos de eficácia.

Com isso se quer dizer que as normas constitucionais veiculadoras de direitos sociais, ainda que sujeitas em Portugal ao regime dos direitos sociais, econômicos e culturais, não se tratam de simples declarações institucionais de vontade ou meras promessas vazias, mas autênticas normas vinculativas, embora, em determinados casos, com efeitos ou consequências jurídicas diferentes daqueles emanados pelas normas que retratam direitos de liberdade.

Difference?”. In: BREMS, Eva. (ed.). *Conflicts Between Fundamental Rights*. Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2008, pp. 655-690, p. 657, que entende ser os direitos sociais um dever social (social duty) relacionado a uma ideia social (social idea), ao invés de propriamente um direito, bem como BRUNNER, Georg. *Die Problematik der sozialen Grundrechte...op.cit.*, p.9, para quem as normas de direitos sociais assumem, essencialmente, uma natureza política, atuando como um mecanismo de pressão político-moral (ein politisch-moralischer Druck).

¹⁰⁶⁶ MORAIS, Carlos Blanco de. *Direitos sociais e controlo...op.cit.*, p. 603, leciona que as normas de baixa densidade constitucional “*impõem primariamente deveres não especificados de atuação dos poderes públicos que não tem como correlação um direito subjetivo individual*”.

¹⁰⁶⁷ Vide NEUMANN Franz. *Il diritto del lavoro fra democrazia e ditadura*. Bolonha: Il Mulino, 1983, p. 121, bem como DREYER, Michael. *Entstehung der Weimarer Reichs-verfassung*. In: MITTELSDORF, Harald (org.). *80 Jahre Weimarer Reichsverfassung (1919-1999)*. Weimar: Thüringer Landtag, 1998, pp. 31-66, pp. 55-57; RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos...op.cit.*, p. 194.

¹⁰⁶⁸ NIETO, Alejandro. Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional, *Revista de Administración Pública*, 1983, pp. 371-415, p. 395.



Além do reconhecimento da multiplicidade de efeitos jurídicos gerados no ordenamento, a maximização da proteção dos direitos fundamentais é também verificada pela presença de cláusulas abertas na Constituição responsável por, materialmente, caracterizá-los.

Essa textura porosa e atípica dos direitos fundamentais é prevista no ordenamento constitucional português (artigo 16.º, CRP), ao expressamente assegurar que os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Trata-se, desse modo, de cláusula geral que permite o desenvolvimento da interpretação evolutiva pela jurisdição constitucional portuguesa¹⁰⁶⁹.

Dispositivo semelhante é previsto no artigo 5.º, §2.º, da CRFB ao realçar que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Garante-se, destarte, outros direitos além daqueles taxativamente enumerados no texto constitucional, apontando para uma abertura material do catálogo dos direitos fundamentais, o que alastra a hermenêutica dinâmica também na jurisdição constitucional brasileira.

Por óbvio, a estrutura constitucional de cada país reflete as especificidades sociais, históricas, econômicas e políticas de cada povo, razão pela qual não cabe simplesmente transportá-la para outras realidades distintas.

A Lei Fundamental de Bonn optou por não trazer, no plano formal, a delimitação dos direitos sociais, embora, como ressaltado, os reconheça na dimensão material em razão da cláusula aberta dos direitos fundamentais e do Estado Social. A realidade alemã, consoante destacado, considerou que a experiência normativa anterior da Constituição de Weimar, que previa uma grande quantidade de direitos sociais, não foi adequada para a sua salvaguarda, pois culminou com o declínio do Estado de Direito e o surgimento de governos totalitários, como o nazismo¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁹ Sobre o tema, Catarina Santos Botelho in *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 511, ressalta que a jurisdição constitucional, exercida de forma adequada e nos limites traçados pela Constituição, longe de se configurar em um governo de juízes possui o seu mérito de dar vida à Constituição, permitindo a sua adaptação às mudanças da realidade constitucional, sem admitir, por outro lado, o seu distanciamento do pacto fundamental de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito democrático.

¹⁰⁷⁰ Durante a República de Weimar (1918-1933), houve o clássico debate ocorrido entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre a quem deveria recair o papel de “guardião da constituição” (*Der Hüter der Verfassung*). Kelsen defendeu que essa atribuição deveria ser feita por um tribunal constitucional com competência para o controle de constitucionalidade das leis, vinculado ao Estado de Direito e ao princípio da legalidade. Diversamente, Schmitt sustentou que a guarda da constituição não deveria ser imputada nem ao judiciário nem ao Parlamento, mas, sim, ao Presidente do Reich, por considerar ser um poder neutro, com independência política e pautado do princípio



Por outro lado, a realidade constitucional brasileira e portuguesa são diversas da alemã. Após enfrentarem longos períodos ditatoriais, optaram por promulgar Constituições complexas que contém em seu texto uma grande quantidade de direitos sociais expressamente enumerados.

Em Portugal, diferente do Brasil, optou-se, consoante também abordado, por estabelecer regimes normativos diferentes aos direitos de liberdade e aos sociais, pautado na estrutura da norma que os consagram.

Vieira de Andrade sustenta que esse sistema jurídico-constitucional, ao reconhecer que certas prestações sociais não têm a mesma eficácia de direitos de liberdade visa evitar o que considera ser uma insustentável situação de *inconstitucionalidade permanente* do legislador em matéria de efetivação de direitos sociais¹⁰⁷¹. Isso porque, na visão do referido constitucionalista português, caso contrário, a Constituição, ao invés de se firmar como norma ordenadora e pacificadora, passaria a provocar tensões e instabilidade social, aptas a causar rupturas no próprio Estado de Direito¹⁰⁷².

Diversamente, no Brasil, talvez em razão da justiça social ainda ser um projeto inacabado e agravado pela grande desigualdade socioeconômica que assola o país, instituiu-se, consoante ressaltado, a unidade de tratamento normativo entre os direitos de liberdade e os sociais, assegurando a ambos a aplicabilidade direta da Constituição.

De todo modo, apesar das especificidades do ordenamento constitucional de cada país, conforme a realidade política, econômica e social vivenciada e o momento histórico de sua promulgação, é a valoração que recai sobre determinado bem que o torna fundamental, não havendo diferenças consideráveis ao se valorar um direito de liberdade ou um direito social, uma vez que todos são objetos de um mesmo juízo de valor: o *consenso* a respeito da sua proteção.

A fundamentalidade, portanto, não deriva, tão somente, da opção do legislador em consagrar, de forma expressa, determinado direito através de uma norma constitucional. Depende,

democrático, já que foi eleito diretamente pelo povo alemão. Essa posição de Schmitt, ao reforçar o poder presidencial em detrimento do Parlamento, ajudou a gerar a crise política final do regime democrático na Alemanha, que desembocaria no nazismo. Sobre o tema, vide BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v.1, pp.195-201, 2003, p. 198, disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/30/31>. Acesso em: 05 out. 2015.

¹⁰⁷¹ ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, pp. 373-374. Esse posicionamento também se verifica com a modificação da doutrina de Gomes Canotilho in Metodologia Fuzzy y Camaleones Normativos en la Problemática Actual de los Derechos Economicos, Sociales y Culturales. *Derechos y Libertades*, 1998, pp-6-42, ao defender que os direitos sociais se enquadram como pretensões legalmente reguladas e que o legislador não está vinculado aos direitos sociais.

¹⁰⁷² ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, pp. 373-374.



na realidade, da existência de um prévio consenso social em determinado tempo e espaço, que pode vir – não necessariamente – a se materializar, formalmente, na Constituição por obra do legislador constitucional.

Veja-se, nessa perspectiva, que o rol de direitos fundamentais jamais será um projeto acabado, posto não compreender um grupo de bens rígidos e imutáveis. Pelo contrário, transforma-se e adequa-se à sociedade que está inserido, já resultado da valoração por ela própria feita. Daí concluir-se, na esteira da doutrina de Norberto Bobbio, que a valoração social – consenso – é o critério que melhor define o que vem a elevar o status de um direito qualquer à fundamentalidade, na medida em que “*é o único que pode ser factualmente comprovado*”, como, por exemplo, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Nesse sentido, são as lições do referido doutrinador italiano:

o terceiro modo de justificar os valores consiste em mostrar que são apoiados no consenso, o que significa que um valor é tanto mais fundado quanto mais é aceito. Com o argumento do consenso, substitui-se pela prova da intersubjetividade a prova da objetividade, considerada impossível ou extremamente incerta. Trata-se certamente, de um fundamento histórico e, como tal, não absoluto: mas esse fundamento histórico do consenso é o único que pode ser factualmente comprovado. A Declaração Universal dos Direitos do Homem pode ser acolhida como a maior prova histórica até hoje dada do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores¹⁰⁷³.

Esse parâmetro do consenso também tem eco na doutrina de Vieira de Andrade, ao sustentar que a Constituição portuguesa, quanto aos direitos de defesa, estabelece uma espécie de *presunção de consenso*, por reconhecer que seus preceitos são os que mais diretamente se ligam ao princípio da dignidade humana, como indivíduo, cidadão ou trabalhador, o que habilitaria os Tribunais a exprimi-lo em nome da comunidade¹⁰⁷⁴.

A constatação de que o consenso social é decisivo para o surgimento de determinados direitos é facilmente verificável na história recente da humanidade, quando se percebe ao longo dos séculos uma via de mão dupla no que se entende por fundamental: não só se elevaram novos direitos à fundamentalidade (direito ao meio ambiente), como remodelou-se o conteúdo de outros tantos (direito a propriedade, que deixou de ser absoluto e passou a ter uma função socioambiental) e excluíram-se do rol valores antes considerados caros (necessidade de prévia separação judicial para se obter o divórcio).

¹⁰⁷³ BOBBIO, Norberto. *A Era...op.cit.*, p. 27.

¹⁰⁷⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 173.



Não obstante, o fato de inexistir diferenças ontológicas entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, constituindo ambos o grupo de direitos fundamentais, “*não impede que tal fundamentalidade venha a manifestar-se de modo heterogêneo no concernente à sua eficácia e efetividade*”¹⁰⁷⁵, como explica Ingo Sarlet. Isso decorre em face do já apontado caráter heterogêneo dos direitos fundamentais, por conta das múltiplas relações jurídicas dele derivadas, que, como destacado, podem assumir naturezas jurídicas e graus de eficácia diversos.

Nesse ponto parece residir, como ressaltado no tópico 1.3 (Cap. III), a diferença substancial em relação à estrutura constitucional adotada em Portugal em comparação à do Brasil. Parcela da doutrina lusitana, tal como Manuel Vaz, considera que a determinabilidade constitucional é pressuposto para a sua aplicabilidade direta, isto é, só incide esta quando aquela o permitir, em outras palavras, não haveria aplicabilidade direta quando a estrutura e a natureza da norma revelar conteúdo não determinável constitucionalmente¹⁰⁷⁶.

Esse posicionamento, referente ao aspecto estrutural e semântico da norma constitucional que veicula o direito fundamental social, serve de fundamentação para a adoção, em Portugal, do regime dos direitos sociais diverso do aplicado aos direitos de liberdade. Isso porque os direitos sociais são, em regra, consagrados na Constituição através de preceitos gerais e indeterminados, de modo que, por conta disso, não teriam aplicabilidade direta, pois necessitam da conformação do legislador para concretizá-los, isto é, para terem a aptidão de gerar direitos subjetivos imediatamente exigíveis a titulares determinados.

Diversamente, no Brasil, ao se estabelecer o mesmo regime normativo reforçado incidente tanto sobre os direitos de liberdade quanto os sociais, assegura-se, assim, a aplicabilidade direta a ambos, ainda que a norma que os prevejam seja de baixa determinabilidade, ou seja, mesmo que não identifique de forma precisa seu conteúdo, requisitos nem os seus beneficiários.

Contudo, o reconhecimento, na ordem constitucional brasileira, da aplicabilidade direta às normas constitucionais de baixa determinabilidade que dispõe sobre direitos sociais não impede o legítimo – e necessário – poder de conformação da norma pelo legislador ordinário, a

¹⁰⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 449, bem como, do mesmo autor, vide *Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas...op.cit.*, p. 94, ao afirmar “*que tais diferenças não permitem que se sustente uma dicotomia entre os direitos negativos e positivos, não afasta, em princípio, a possibilidade de se admitir um tratamento em parte diferenciado no que diz com a eficácia e efetividade dos direitos que integram o segundo grupo*”.

¹⁰⁷⁶ VAZ, Manuel Afonso, *Lei e Reserva da Lei...op.cit.*, p. 367. Nesse sentido, também é o entendimento de MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Artigo 17.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 304.



quem compete ponderar as condicionantes fáticas, jurídicas, sociais, políticas e orçamentárias e definir os *meios* adequados para a concretização dos *fins* previstos na Constituição, concretizando o direito subjetivo e tornando-o exigível.

Significa, entretanto, que as normas constitucionais consagradoras de direitos sociais, ainda que de baixa determinabilidade, possuem juridicidade, apesar de com graus de eficácia diversos, a depender do bem jurídico positivado, da sua relevância, prioridade e função que exerce no sistema constitucional¹⁰⁷⁷.

Dito de outro modo, o fato de todas as normas constitucionais que versem sobre direitos fundamentais terem aplicabilidade direta não resulta na conclusão de que os preceitos de menor densidade normativa que consagram direitos sociais passam a gerar direitos subjetivos imediatamente exigíveis sem a conformação do legislador. Representa, por outro lado, a possibilidade de aplicação originária da Constituição com base na exata eficácia gerada pela norma, sem que isso signifique, necessariamente, a atribuição de direitos subjetivos a titulares determinados, o que demanda a delimitação do seu conteúdo pelo legislador.

Assegura-se, desse modo, a imprescindível atuação legislativa infraconstitucional para concretizar o direito social previsto na Constituição, especificando o seu conteúdo, estabelecendo os seus requisitos, as condições de exigibilidade e definindo os seus titulares. Por outro lado, garante-se a juridicidade das normas constitucionais que veiculam direitos sociais, ainda que de baixa determinabilidade, por força originária da Constituição, isto é, independentemente da atividade do legislador, embora com graus de eficácia diversos, conduzindo, assim, à maximização da proteção dos direitos fundamentais.

É de se observar, nas precisas lições de Vieira de Andrade, que mesmo em Portugal, cuja ordem constitucional adota a dualidade de regimes jurídicos normativos incidentes sobre os direitos fundamentais, não se pode simplesmente atribuir ao regime dos direitos sociais, econômicos e culturais uma argumentação a *contrario sensu* a fim de conferir-lhes uma espécie de regime *negativo* do previsto no artigo 18.º da CRP aplicável aos direitos, liberdades e garantias¹⁰⁷⁸.

Essa conclusão é fundamentada na própria concepção contemporânea dos direitos fundamentais, no sentido de que as normas que consagram direitos fundamentais, sejam de

¹⁰⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 272.

¹⁰⁷⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 377.



liberdade ou sociais, não são meramente declaratórios, pois, *frise-se*, seus preceitos podem gerar diversos graus eficácia, tais como: *a) parâmetro para o controle de constitucionalidade* das normas, que não podem contrariar suas disposições; *b) deveres especiais de proteção*, relacionados à salvaguarda dos bens jurídicos considerados essenciais e prioritários pela Constituição; *c) critério interpretativo* das demais normas, conduzindo o interprete a adotar o sentido que esteja em consonância com seus preceitos; *d) moldar certa capacidade de resistência* do direito social contra restrições supervenientes à sua concretização, embora variável em intensidade¹⁰⁷⁹.

Por conseguinte, é possível concluir que mesmo em Portugal, que, diversamente do Brasil, adota a dualidade de regimes normativos incidentes sobre os direitos fundamentais, reconhece-se que essa sistematização não resulta em ausência de juridicidade das normas que se submetem ao regime de direitos sociais, econômicos e culturais.

Simboliza, entretanto, a produção de efeitos jurídicos diversos das normas que sujeitam-se ao regime de direitos, liberdades e garantias, tendo em vista que, em regra, por conta da baixa determinabilidade, os preceitos consagradores de direitos sociais não geram direitos subjetivos imediatamente exigíveis por aplicação direta e originária da Constituição.

Isso, cumpre registrar, não implica na impossibilidade de que certas normas que veiculem direitos sociais, notadamente aquelas que possuem alta determinabilidade constitucional, possam gerar, inclusive, direitos subjetivos imediatamente exigíveis por força originária da Constituição. Cita-se, nesse sentido, o artigo 74.º, n.º 2, alínea *a* da CRP que, ao consagrar ser o ensino básico obrigatório, universal e gratuito, resulta em direito subjetivo do aluno a uma vaga em instituição pública nesse nível de ensino, sendo, conforme a classificação adotada em Portugal, autêntico *direito fundamental análogo*, submetendo-se, portanto, ao regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias, nos termos do artigo 18.º da CRP.

No entanto, o que se quer enfatizar é que as normas constitucionais que versam sobre direitos fundamentais sociais ainda que, em regra, sejam de baixa determinabilidade constitucional, não esgotam os seus efeitos jurídicos apenas na atribuição de direitos subjetivos imediatamente exigíveis a titulares determinados.

Nessa ótica, soa razoável concluir que, ao fim e ao cabo, não há óbice para que haja a aplicabilidade direta de uma norma constitucional, ainda que, em Portugal, sujeita ao regime de direitos sociais, econômicos e culturais estabelecido pela CRP, desde que direcionada, em certos casos, não para a atribuição de direitos subjetivos a titulares determinados, mas para a

¹⁰⁷⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, pp. 357-358.



produção de efeitos jurídicos diversos, tal como a instituição, para o legislador, de deveres especiais de proteção.

Nesse sentido, por exemplo, como ressaltado no tópico 3.3 (Cap. II), o artigo 74.º, n.º 2, alínea *j* da CRP, ao dispor que se garante aos filhos de imigrantes apoio adequado para efetivação do direito ao ensino, traduz, não obstante a indeterminabilidade dos seus preceitos, na precisa lição de Luísa Neto, *deveres estatais de cooperação, hospitalidade e acolhimento* voltados para a implementação de uma educação intercultural, plural e fraterna¹⁰⁸⁰.

Portanto, há certas normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais sociais que, apesar da sua estrutura normativa ostentar indeterminabilidade e generalidade, possuem aplicabilidade direta, mas na exata medida do seu grau de eficácia, que não se resume a gerar direitos subjetivos imediatamente exigíveis por força direta e originária da Constituição.

Enfim, não se deve limitar a aplicabilidade direta da Constituição à possibilidade única de gerar direitos subjetivos imediatamente exigíveis, pois a eficácia das normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais sociais, mesmo as de baixa determinabilidade, não se resumem a esse efeito jurídico, podendo gerar múltiplas consequências no ordenamento decorrentes da força originária da Constituição, em especial em razão da dimensão objetiva, analisada no tópico seguinte.

2.3 A Dupla Dimensão dos Direitos Fundamentais: Subjetiva e Objetiva

Ainda que certas normas constitucionais não gerem direitos subjetivos individualmente tutelados por força da aplicação direta da Constituição, as posições jurídicas dela derivadas integram, no magistério de Bodo Peiroth e Bernhard Schlink, a *função jurídica-objetiva* dos direitos fundamentais, que representa padrões de valor normativo-axiológicos que limitam a margem de atuação e de decisão do Estado¹⁰⁸¹.

Essa dimensão foi consagrada pelo Tribunal Constitucional alemão no caso Lüth (*BverfGE 7m 198*)¹⁰⁸² em 1958, no qual reconheceu-se que, além da dimensão subjetiva direcionada

¹⁰⁸⁰ NETO, Luísa. *Constituição e Educação...op.cit.*, p. 282.

¹⁰⁸¹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais...op.cit.*, pp. 71-72.

¹⁰⁸² O referido caso versa sobre a conduta de Lüth, que instigou o público alemão a boicotar os filmes de Veit Harlan, conhecido produtor de cinema nazista, mesmo aqueles produzidos depois de 1945. O Tribunal Constitucional alemão considerou que a atuação de Lüth estava salvaguardada pela liberdade de expressão, a qual no caso



a conferir posições jurídicas a titulares determinados, as normas de direitos fundamentais irradiam sobre o ordenamento também um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos do Estado¹⁰⁸³.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na lição de Rui Medeiros e Jorge Pereira da Silva, está relacionada com a ideia da *dupla natureza dos direitos fundamentais*, isto é, de que as normas que os consagram não se esgotam na sua dimensão subjetiva, mas “*comportam igualmente uma dimensão objectiva, enquanto princípios axiológicos de ordenação da vida social no quadro de um Estado de Direito*”¹⁰⁸⁴.

A respeito dessa *dupla natureza (duplo carácter ou dupla função)* dos direitos fundamentais, Vieira de Andrade assim leciona:

Já tem sentido fazer a distinção para mostrar que os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, para dele se defenderem ou para dele exigirem proteção, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da ação estadual¹⁰⁸⁵.

Em suma, como leciona Ingo Sarlet, essa perspectiva ou dimensão objetiva implica que as normas que consagram direitos fundamentais devem ser consideradas não apenas sob um viés individualista, compreendida na posição assumida pelo indivíduo perante o Estado, “*mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que cuida de valores e fins que esta deva respeitar e concretizar*”¹⁰⁸⁶.

Partindo de uma concepção de direito subjetivo que não o reduz a um reflexo do direito objetivo, Vieira de Andrade ressalta que houve a *autonomização* dos efeitos característicos da dimensão subjetiva, tomada em *sentido estrito*, isto é, apenas aqueles efeitos que “*complementam ou transcendam o âmbito específico da categoria direitos subjetivos*”¹⁰⁸⁷.

concreto, deveria preponderar, em um juízo de ponderação, em face de outros bens jurídicos igualmente tutelados, como a manutenção da ordem pública e o próprio soerguimento social do diretor, após passar pelo processo de desnazificação. Nesse sentido, vide MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, pp. 1.354-1.355.

¹⁰⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, pp. 349-350.

¹⁰⁸⁴ MEDEIROS, Rui; SILVA, Jorge Pereira da. Artigo 24.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 507.

¹⁰⁸⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 107.

¹⁰⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 234.

¹⁰⁸⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 108.



Nessa ótica, o referido constitucionalista português leciona que, apesar da posição jurídica subjetiva assumir, na estruturação dos direitos fundamentais, posição central e nuclear, não explica todas as consequências jurídicas, ou seja, o leque de possíveis eficácias decorrentes da consagração dos direitos fundamentais, de modo que não engloba toda a *relevância jurídica* dos preceitos constitucionais atinentes à matéria¹⁰⁸⁸.

Conclui-se, então, que é especificamente esses outros possíveis efeitos das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais, para além da configuração de direitos subjetivos a titulares determinados, os quais Vieira de Andrade atribui ser uma *mais-valia jurídica*¹⁰⁸⁹, que se pode denominar de dimensão objetiva e se manifesta tanto em sentido valorativo ou funcional quanto estrutural.

Portanto, essa dimensão objetiva visa, ao fim e ao cabo, maximizar a proteção conferida aos direitos fundamentais, gerando, por um lado, *garantias institucionais* e por outro *deveres estatais de proteção* e, inclusive, *deveres fundamentais*.

As garantias institucionais correspondem a um conjunto jurídico-normativo regulamentador de determinado setor econômico, social ou administrativo direcionado a reconhecer e assegurar especial proteção às instituições, salvaguardando sua essência e traços característicos, colocando-as à salvo do poder dispositivo do legislador¹⁰⁹⁰. Desse modo, não poderia, por exemplo, o legislador extinguir a escola privada, a família, a propriedade ou a filiação¹⁰⁹¹.

Noutro pórtico, Vieira de Andrade ressalta que as garantias institucionais podem, ainda, resultar em *imposições de legislação* associada aos direitos fundamentais, consagrando, assim, complexos normativos em regra abertos à conformação do legislador ordinário, cuja concretização, entretanto, é imprescindível para a realização de direitos fundamentais¹⁰⁹². Cita-se, como exemplo, a obrigação de legislar a respeito da garantia do ensino particular a fim de promover a liberdade de aprender e de ensinar¹⁰⁹³.

Pode, ainda, resultar na imposição ao legislador ao estabelecimento de regras *organizatórias e procedimentais*, consideradas *liberdades institucionais*¹⁰⁹⁴, posto que são necessárias

¹⁰⁸⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 130.

¹⁰⁸⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 130.

¹⁰⁹⁰ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 70 e ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 131.

¹⁰⁹¹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 70 e ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 131.

¹⁰⁹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 132.

¹⁰⁹³ *Ibid.*

¹⁰⁹⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 139.



ao exercício de certos direitos fundamentais, tal como a implementação do sistema público de ensino, imprescindível para a concretização do direito à educação.

Por sua vez, os deveres estatais de proteção dos direitos fundamentais direcionam a atividade do legislador, na medida em que lhe impõe “*deveres específicos de actuação e protecção*”¹⁰⁹⁵ e, como ressalta Catarina Santos Botelho, remontam da jurisprudência alemã, que tem retirado do artigo 1.º, n.º 1, da Lei Fundamental, o dever estatal de garantir condições mínimas para a sobrevivência dos cidadãos, adquirindo uma dimensão de conformação social e materializando-se em prestações exigíveis em face do Estado¹⁰⁹⁶.

Esses deveres de proteção, como bem destacado por Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, marcam a passagem do Estado da condição de “inimigo” para a de “amigo” dos cidadãos, na medida em que alguns dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais, “*passaram a ser exercidos não mais contra o Estado e sim promovidos através da atuação estatal*”¹⁰⁹⁷.

Nesse sentido, Vieira de Andrade pontua que “*a concepção do Estado-prestador, associada aos direitos sociais, abriu caminho para a concepção do Estado-amigo dos direitos fundamentais, ou, pelo menos, do Estado responsável pela sua garantia efectiva*”¹⁰⁹⁸.

Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva conceituam os deveres de proteção de direitos fundamentais como um dever positivo do Estado de salvaguardar os direitos fundamentais em face de terceiros e de os promover de forma ativa, impondo a atuação estatal também nas relações jurídicas entre particulares, o que marca a *multifuncionalidade* ou *pluridimensionalidade* dos direitos fundamentais¹⁰⁹⁹.

Percebe-se, assim, que o Estado, além de implementar prestações direcionadas para a concretização dos direitos sociais, deve, ainda, proteger a sua incolumidade contra abusos praticados por terceiros, a demonstrar a eficácia externa (ou horizontal) dos direitos sociais¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁵ MEDEIROS, Rui; SILVA, Jorge Pereira da. Artigo 24.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 507. Destaque-se que conforme SILVA, Jorge Pereira. Breve ensaio sobre a proteção constitucional dos direitos das gerações futuras. In: ATHAYDE, Augusto; CAUPERS, João.; GARCIA, Maria Glória F.P.D. (org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*. Coimbra: Almedina, 2010, pp.459-503, p. 462, esse dever de proteção aplicação tanto para as presentes quanto para as futuras gerações.

¹⁰⁹⁶ BOTELHO, Catarina Santos. *Direitos Sociais*, *op.cit.*, p. 215.

¹⁰⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental*. 5. ed.rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, pp. 241-242.

¹⁰⁹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 135.

¹⁰⁹⁹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Artigo 18.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, pp. 342-343.

¹¹⁰⁰ A respeito da eficácia externa (ou horizontal) dos direitos fundamentais, ou seja, a aplicabilidade das normas consagradas de direitos fundamentais também nas relações entre particulares e não somente nas relações jurídicas travadas entre o particular e o Estado (eficácia interna, vertical, ou subjetiva) vide Neuner, Jörg. *Privatrecht*



Nesse âmbito de salvaguarda dos direitos fundamentais em face de condutas ou omissões de agentes privados, Jorge Miranda e Jorge Pereira da Silva sustentam que esse dever de proteção desenvolve-se segundo uma *estrutura triangular*: num dos vértices da base do triângulo situa-se o *titular* do direito fundamental que se encontra ameaçado por um perigo de origem não estatal, efetivo e suficientemente caracterizado, no outro vértice da base do triângulo situa-se a *fonte desse perigo*, seja os sujeitos privados identificáveis ou uma pluralidade indeterminada ou difusa e, por fim, no vértice superior está o *Estado*, que no exercício das diferentes funções, a iniciar pela legislativa, onde goza de liberdade de avaliação e conformação, está obrigado a prevenir (ou a reprimir) a consumação da ameaça jusfundamental em causa¹¹⁰¹.

Ainda decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais ora tratada é possível referir-se aos *deveres fundamentais*, entendidos, em linhas gerais, na precisa definição de Vieira de Andrade, aqueles voltados para a moderação, correção ou a superação das teses emancipatórias do liberalismo individualista, seja para a defesa da democracia, a promoção da participação ativa dos cidadãos na vida pública ou em prol de um empenho solidário da comunidade na transformação das estruturas sociais¹¹⁰².

Nessa perspectiva, o reconhecimento dos deveres fundamentais está, na lição de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer, relacionado à dimensão comunitária ou social da dignidade da pessoa humana, incrementando os laços de solidariedade no seio da comunidade, “*o que implica na releitura do conteúdo normativo da liberdade, amarrando-o à ideia de igualdade e vinculação social do indivíduo*”¹¹⁰³.

und Sozialstaat, p. 153 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana...op.cit.*, p.100; ANDRADE, J. C. Vieira, *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 293; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107; SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização de Direitos: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹¹⁰¹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Artigo 18.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 343. Sobre os direitos de proteção, decorrentes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, vide, também, ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 357; MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 402.; MÜLLER, Friedrich. *Teoria moderna...op.cit.*, p. 318.

¹¹⁰² ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 146.

¹¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional...op.cit.*, p. 245.



Cita-se, como exemplo dos deveres fundamentais, o dever dos pais de matricular os filhos menores no ensino básico obrigatório, o dever de pagar impostos e o dever de respeito pelos direitos dos outros¹¹⁰⁴.

Por fim, decorrem ainda da dimensão objetiva dos direitos fundamentais o *efeito de inconstitucionalidade*, que resulta na ilegitimidade e invalidade de outras normas e atos do poder público que são contrárias aos valores comunitários consagrados nas normas que veiculam direitos fundamentais, bem como o *efeito de interpretação*, que implica na realização de hermenêutica voltada à conformidade com os direitos fundamentais, resultando na exclusão de resultados interpretativos que lhe são colidentes¹¹⁰⁵.

Visto a multiplicidade de efeitos que os direitos fundamentais podem irradiar no ordenamento, passa-se, no tópico seguinte, a tratar a respeito das teorias geracional e dualista que buscam categorizar os direitos fundamentais e as críticas realizadas pela teoria unitária.

2.4 As Teorias Geracional e Dualista dos Direitos Fundamentais e as Críticas da Teoria Unitária

A teoria geracional ou dimensional¹¹⁰⁶ considera, como metodologia para a sistematização dos direitos fundamentais, o momento histórico em que foram reconhecidos, ou seja, utiliza o critério cronológico referente à evolução das fases do Estado de Direito¹¹⁰⁷.

Assim, os direitos de *primeira geração*, pautados na liberdade, são aqueles assegurados pelo Estado Liberal, inicialmente de cunho civil, como o direito à vida e à propriedade e, em seguida, os de participação política, como o direito ao voto, de feição individual¹¹⁰⁸. Por sua

¹¹⁰⁴ A respeito dos deveres fundamentais, vide MIRANDA, Jorge. *Sobre Deveres Fundamentais...op.cit.*, p. 141; DIAZ, Santiago Varela. La idea de deber constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, a. 2, n. 4, 1982, pp. 69-96; PACE, Alessandro. *Problematica delle libertà costituzionali: lezioni*. Pádua: Cedam, 1985, p. 11; NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 35; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...op.cit.*, p. 531; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 226; QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais...op.cit.*, p. 82; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 149.

¹¹⁰⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 145.

¹¹⁰⁶ O termo dimensão é preferível à geração, na medida em que aquele melhor representa a relação de complementariedade e acumulação entre os direitos de uma e outra geração, ao passo em que este pode transmitir a falsa noção de caducidade de direitos das gerações antecedentes. Nesse sentido, é a observação feita por BONAVIDES, Paulo. *Curso...op.cit.*, pp. 571-572.

¹¹⁰⁷ A respeito do tema, vide BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...op.cit.*, pp. 535-536; SCHÄFER, Jairo. *Classificação...op.cit.*, pp. 31-64, bem como LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. *Direito Federal: Revista da Ajufe*, Brasília, ano 27, n. 94, 2014, pp. 225-245.

¹¹⁰⁸ CALVÃO, Filipa; CAMPOS, Manuel Fontaine; BOTELHO, Catarina Santos. *Introdução...op.cit.*, pp. 26 e 32.



vez, os direitos de *segunda geração* referem-se aos previstos pelo Estado Social, baseados na igualdade, de natureza social, econômica e cultural, como o direito à saúde, ao trabalho e à educação, de aceção coletiva¹¹⁰⁹. Por fim, os direitos de *terceira geração*, conforme Karel Vasak, dizem respeito aqueles assegurados pelo Estado Democrático de Direito, pautados na solidariedade (fraternidade), de natureza difusa, como o direito ao meio ambiente¹¹¹⁰.

Registre-se que há, inclusive, quem defenda a existência de outras gerações de direito, como Paulo Bonavides, ao sustentar que o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo integram a quarta geração¹¹¹¹, bem como Andrés Rossetti, que advoga ser possível classificar até a sétima geração de direitos¹¹¹².

Ainda que haja uma natural evolução normativa na tutela dos direitos fundamentais a cada novo estágio do constitucionalismo, não soa adequado pretender identificá-los com base em um parâmetro essencialmente cronológico. É dizer, o critério de fundamentalidade não se distingue a cada geração de direitos.

Ademais, essa categorização traz consigo a equivocada noção, ao menos sugestiva, de que os direitos das gerações posteriores são inferiores ou de menor relevância que os das gerações antecedentes¹¹¹³, bem como na eventual existência de uma separação estanque entre as várias gerações¹¹¹⁴.

¹¹⁰⁹ KATROUGALOS, George S. Human Rights in the Welfare State, *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, 44, 1996, pp. 137-154, p. 140, sobre o tema, defende que os direitos sociais de segunda geração almejam nivelar os riscos de desigualdade das sociedades.

¹¹¹⁰ Karel Vasak in Pour une troisième génération des droits de l'homme. *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, pp. 837-846, então Diretor da Divisão de Direitos do Homem e da Paz da UNESCO, proferiu conferência em 1979 no Instituto Internacional de Direitos Humanos em Estrasburgo, sustentando as três gerações de direitos fundamentais, relacionando os direitos de terceira geração com a proteção do gênero humano, em termos da própria existência da humanidade, e não especificamente de um indivíduo ou de um grupo, como o direito à paz.

¹¹¹¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 571.

¹¹¹² ROSSETTI, Andrés. *¿Los Derechos Sociales...op.cit.*, p. 310, entende ser os direitos culturais da quarta geração, os direitos ecológicos, dos consumidores e dos usuários na quinta, o direito à paz e ao desenvolvimento na sexta e, enfim, os direitos dos animais, das gerações futuras e da robótica integrantes da sétima geração.

¹¹¹³ Vide SCHWARZ, Rodrigo García. *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*, Navarra: Thomson Reuters, 2011, pp. 47-48, e pp. 55-56; MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, pp. 399-401; MARZO, Claire. Controverses doctrinales quant à la protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme, *Cahiers de Droit Européen*, 1-2, 2010, pp. 95-119, p. 103 e TRILSCH, Mirja A. *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht*. Heidelberg: Springer, 2012, p. 8.

¹¹¹⁴ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 85; MEYER-BISCH, Patrice. D'une succession de générations à un système des droits humains. *Les droits de l'homme à l'aube du XXI siècle* – Karel Vasak Liber Amicorum. Bruxelas: Bruylant, 1999, pp. 335-354, e GLAZEBROOK, Susan, "Keeping it Clean and Green: The Case for Constitutional Environmental Protection Rights. In: MORRIS, Caroline; BOSTON, Jonathan e BUTLER, Petra (eds.). *Reconstituting the Constitution*. Heidelberg: Springer, 2011, pp. 425-458, p. 439.



Não se trata, portanto, de uma classificação que leva em conta supostas diferenças intrínsecas entre os direitos de liberdade, igualdade e de fraternidade. O critério adotado é cronológico e como já consignado, o próprio andar da história faz com que o catálogo de direitos fundamentais se altere, de vez que, sendo fruto de um consenso, depende da sociedade e do tempo em que é concebido.

De mais a mais, é plenamente possível o surgimento de um direito social à época do Estado Liberal¹¹¹⁵ e, desse modo, integrará os considerados direitos de primeira geração. Nota-se que esta constatação faz cair por terra qualquer pretensão de fazer com que as três gerações de direitos tragam, cada qual, valores eminentemente diversos¹¹¹⁶. Esta implicação torna óbvio que o critério adotado é puramente cronológico.

Cita-se, como exemplo, o direito à previdência social, que tem um nítido viés coletivo, tanto que é expressamente reconhecido no artigo 6.º da CRFB como direito social, mas foi assegurado inicialmente durante o Estado Liberal, na Inglaterra em 1883 por meio da Lei de Otto Von Bismarck, antes mesmo do surgimento do Estado Social¹¹¹⁷. Outro exemplo é o direito à educação que, conforme destacado no tópico 1.1 (tanto do Cap. II quanto do Cap. III), foi previsto nas Constituições portuguesa de 1822 (artigos 237.º e 239.º)¹¹¹⁸ e na Constituição brasileira de 1824 (artigo 179.º, XXXII)¹¹¹⁹.

Portanto, muitos direitos sociais surgiram na fase do constitucionalismo liberal, embora possam ter se expandido durante o Estado Social a partir dos ideais propagados pela Revolução Russa de 1917, razão pela qual identificar os direitos fundamentais com base em um critério puramente cronológico não é suficientemente rigoroso¹¹²⁰.

¹¹¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, Coimbra, 2010; p. 21, bem como ROSSETTI, Andrés. *¿Los Derechos Sociales...op.cit.*, p. 311.

¹¹¹⁶ A ponto de RABOSI, Eduardo. *Las generaciones de derechos humanos – la teoría y le cliché*, *Lecciones y ensayo*, 69-71, 1997-1998, pp. 41-51, afirmar que esta divisão é um mero clichê.

¹¹¹⁷ Sobre tema, vide nossa obra a respeito da seguridade social (segurança social em Portugal) in LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. *Curso Prático de Direito e Processo Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2021, pp. 12-13.

¹¹¹⁸ A Constituição portuguesa de 1822 estabelecia, em seus artigos 237.º e 239.º, a existência de escolas “em todos os lugares, onde convier” e anunciava que todo cidadão era livre para “abrir aulas para o ensino público”.

¹¹¹⁹ A primeira Constituição do Brasil foi a de 1824, da época do Império, e trouxe duas referências à educação, afirmando, em seu art. 179, XXXII, que “a instrução primária é gratuita a todos os cidadãos” e que haveria Colégios e Universidades para o ensino de Ciências, Letras e Artes.

¹¹²⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p.163. Também é o entendimento de PIZZORUSSO, Alessandro. *Las generaciones de derechos. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n.º 5, 2001, pp. 291-307, p. 306; MIRANDA, Jorge. *Manual...op.cit.*, IV, p.24; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...op.cit.*, pp. 386-38; André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p.401; SCHÄFER, Jairo. *Classificação...op.cit.*, p.66.



Por conta disso, a relevância da teoria geracional está mais adequadamente relacionada não com a classificação propriamente dita dos direitos fundamentais, mas com a demonstração da sua evolução e mutação histórica¹¹²¹.

Ainda na tentativa de encontrar um fator intrínseco que divida os direitos de liberdade dos direitos sociais, a *teoria dualista* emerge, baseando-se no conteúdo principal (nuclear) das prescrições dos direitos fundamentais e o correlaciona com o seu modo de proteção estatal¹¹²².

A referida teoria sustenta que no conteúdo principal ainda é possível distinguir o *núcleo essencial*¹¹²³ e as *camadas envolventes*¹¹²⁴ dos direitos fundamentais. Nesse sentido, caracterizam-se os direitos fundamentais como *direitos de defesa* por *nuclearmente* gerarem um dever de abstenção estatal (não intervenção, omissão), resguardando o espaço de autodeterminação individual, tais como a vida, honra, nome, intimidade¹¹²⁵.

¹¹²¹ Sobre o tema, PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos humanos. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, v.2, n.1, jan./jun/2013, pp. 163-196, p. 167, afirma que a mutação histórica dos direitos humanos foi o que determinou a aparição das sucessivas “gerações” de direitos. Ingo Sarlet in SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, p. 226, afirma que se trata de um modo de apresentação da trajetória evolutiva dos direitos fundamentais. Vide, também, ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier. La semántica de los derechos sociales y su inserción en la constitución democrática. In: ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier; ORDÓÑEZ, Jorge (coords). *Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional...op.cit.*, pp. 91-108, pp. 97-98. Há, entretanto, defensores do entendimento geracional dos direitos fundamentais, desde que tomada na acepção de que uma geração não substitui, mas complementa a anterior e que possui interesse propedêutico e de simplificação, nesse sentido, na doutrina portuguesa, vide BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, pp. 87-88 e, no Brasil, BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, pp. 571-572, que prefere utilizar o termo *dimensão à geração*, por aquela expressão melhor traduzir a ausência de sucessão cronológica e suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes.

¹¹²² ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, pp.161-163. O autor destaca que, além da complexidade estrutural, a textura normativa dos direitos fundamentais não é homogênea. Essa heterogeneidade implica a existência de um *conteúdo principal*, que abrange as faculdades ou as garantias específicas de cada hipótese normativa e de um *conteúdo instrumental* que, embora não representem o programa normativo do direito em si, decorre diretamente da necessidade de sua efetivação, a fim de assegurar o seu respeito, proteção e promoção, materializando-se, em grande medida, nos deveres estatais, não correspondendo, assim, necessariamente, a posições jurídicas subjetivas ao seu titular.

¹¹²³ O núcleo essencial, na doutrina de ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 161, corresponde “às faculdades típicas que integram o direito, tal como é definido na hipótese normativa, e que corresponde à projecção da ideia de dignidade humana individual na respectiva esfera da realidade – abrangem aquelas dimensões dos valores pessoais que a Constituição visa em primeira linha proteger e que caracterizam e justificam a existência autónoma daquele direito fundamental”. Vide, ainda, MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 406; HÄUBLING, Eva M. K. *Soziale Grundrechte in der portugiesischen Verfassung von 1976...op.cit.*, p. 85; BOTELHO, Catarina Santos in *Direitos Sociais...op.cit.*, p. 321, destaca que, no plano internacional, o Comitê das Nações Unidas para os Direitos Económicos, Sociais e Culturais define-o como uma “obrigação de conteúdo mínimo (*minimum core obligation*) de assegurar a satisfação de, pelo menos, um nível mínimo essencial de cada um dos direitos (*minimum essential levels of each of the rights*)”.

¹¹²⁴ As camadas envolventes, conforme a doutrina de ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 161, “incluem outros valores (*bens, comportamentos, garantias*) que aquele direito também visa assegurar, mas que correspondem a aspectos em que, por serem menos típicos, mais relativos ou menos importantes, a protecção constitucional deve ser considerada de menor intensidade”.

¹¹²⁵ ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, pp. 163-164.



Não se traduzem, entretanto, apenas em faculdades de impedir, na medida em que implicam, no caso de violação, no *dever de suspensão* das intromissões ilegítimas e no *dever de reposição* da situação anterior ou de *eliminação* das consequências já causadas pela ofensa¹¹²⁶.

Por sua vez, os *direitos a prestações*, tais como a saúde, educação, trabalho, moradia, previdência social e segurança pública, ao contrário dos de defesa, imporiam *nuclearmente* ao Estado o *dever de agir*, seja para a proteção dos bens jurídicos tutelados contra a atividade de terceiros seja para a promoção ou a garantia das condições materiais ou jurídicas necessárias para o exercício dos direitos fundamentais¹¹²⁷.

Em qualquer dessas situações, a dimensão prestacional do direito pode se materializar tanto no aspecto material (oferta do ensino público) quanto jurídico (emissão de norma regulamentando as relações de trabalho)¹¹²⁸.

Vieira de Andrade ainda estabelece uma terceira categoria, qual seja, os *direitos de participação* que seriam um misto de direitos de defesa e de direitos a prestações, mas que são erigidos à classificação autônoma em razão da sua função de garantia da participação individual na vida política¹¹²⁹.

Em que pese a metodologia da teoria dualista, pautada no conteúdo principal e nuclear do direito fundamental e no seu modo de proteção pelo Estado, ser mais científica do que a geracional, que, como visto, utiliza essencialmente o critério cronológico com base na sua evolução no constitucionalismo, ainda assim não estabelece parâmetros que se relacionem exclusivamente com os direitos que busca classificar.

Isso porque, parte da doutrina demonstra reservas em adotar essa bipartição entre direitos de defesa e a prestações, sob a alegação de que todos os direitos fundamentais são

¹¹²⁶ ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, pp. 164-165.

¹¹²⁷ *Ibid.*, p.164. Nessa acepção, LANGE, Friederike Valerie. *Grundrechtsbindung des Gesetzgebers – Eine rechtsvergleichende Studie zu Deutschland, Frankreich und den USA*, Grundlagen der Rechtswis-Senschaft. vol. 16, Tubinga: Mohr Siebeck, 2010, p. 444, sustenta que a dimensão de prestação é a função primária (*primäre Funktion*) dos direitos sociais. Os *direitos a prestações* também são chamados de *direitos positivos*, por exigirem uma atuação estatal para a sua promoção, sendo também designados de direitos constitucionais (*constitutional entitlements*), conforme GARDBAUM, Stephen. The Structure and scope of constitutional rights. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (eds.). *Comparative Constitutional Law: Research Handbooks in Comparative Law*. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2011, pp. 387-405, p. 397.

¹¹²⁸ ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p.164. Sobre o tema, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...op.cit.*, pp. 283-284, utiliza-se da proposta do publicista germânico Dieter Murswiek que dividiu as prestações estatais em quatro grupos: a) prestações sociais em sentido estrito, como previdência e assistência social e desenvolvimento da educação e da saúde; b) subvenções materiais não prevista no item anterior; c) prestações de cunho existencial, tais como a utilização de bens públicos e o fornecimento de água, luz e gás; d) participação em bens comunitários que não se enquadram no item anterior, como em recursos naturais de domínio público.

¹¹²⁹ ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 163.



simultaneamente individuais ou negativos, impondo uma abstenção estatal e a inviolabilidade da autonomia do ser humano, e sociais ou positivos, por regularem a vida coletiva e demandarem ações estatais para sua concretização¹¹³⁰, o que revela o caráter *transversal* das funções dos direitos fundamentais¹¹³¹.

Tome-se, como exemplo, o direito de liberdade de ensino dos pais sobre a educação dos seus filhos, considerado um direito de defesa (liberdade negativa), por conter um conteúdo negativo, o que impõe ao Estado, para sua proteção, o dever de não intervenção nessa esfera intangível da autonomia de vontade.

No entanto, engloba também uma dimensão prestacional, na medida em que o Estado deve atuar a fim de fornecer condições jurídicas para que sejam criadas instituições privadas de ensino com pluralidade de projetos educacionais, diversos do adotado no sistema público de ensino (que em regra, nos países democráticos, é laico e não confessional), a fim de que os pais possam livremente exercer a sua escolha.

Essa atuação estatal se manifesta, portanto, no âmbito de uma prestação normativa, isto é, a publicação de uma lei permitindo que o ensino seja ofertado também por instituições privadas. Logo, embora a dimensão negativa, nesse caso, possa ser mais aparente, há também uma esfera prestacional, ainda que em grau de intensidade diverso entre si.

Além de prestações jurídicas, nesse caso, também pode haver necessidade de prestações materiais, implicando no dever de atuação do Estado. Estas podem se referir, por exemplo, à contratação de mais servidores públicos para atuarem no órgão responsável por emitir a autorização de funcionamento das escolas particulares, bem como na alocação anual de verbas orçamentárias adequadas para o regular desenvolvimento de suas atribuições.

Notadamente, o sucateamento da estrutura administrativa estatal, com a redução dos agentes públicos e a diminuição das verbas orçamentárias para a sua manutenção, pode ter impactos diretos na mitigação da liberdade de ensino. Isso porque as instituições privadas podem ter os seus alvarás de funcionamento indevidamente indeferidos (seja o inicial ou de renovação) ou a excessiva demora para sua análise, o que tem o condão de diminuir a oferta de ensino particular a cada semestre letivo, afetando a liberdade de escolha dos pais.

¹¹³⁰ Vide ROSSETTI, Andrés. *¿Los Derechos Sociales...op.cit.*, pp. 319-321; MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Reflections on economic, social and cultural rights. *Human Rights Law Journal*, 2, 1981, pp. 281-294, p. 285; CELSO, Manlio Mazzotti di. Diritti sociali. In: *Enciclopedia del diritto*. vol. XII. Milão: Giuffrè, 1988, pp. 802-810, pp. 804-805; NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, Dois Sistemas?...op.cit.*, pp. 101-105.

¹¹³¹ JARASS, Hans D. Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 3, 1995, pp. 345-381, p. 353.



Portanto, a plena efetivação dos direitos de liberdade não é obtida apenas com a abstenção do Estado, pelo contrário, demanda uma série de prestações estatais, tanto jurídicas quanto materiais, relativas à organização, ao procedimento do exercício desses direitos e ao cumprimento dos deveres de proteção¹¹³².

Noutro giro, o direito de acesso ao ensino superior para todos, com base na capacidade de cada um, trata-se de um direito social a prestações, pois exige do Estado que atue, implementando medidas voltadas à democratização do ingresso no ensino superior, como, por exemplo, aumentando a oferta de vagas nas universidades públicas.

Entretanto, alberga também uma dimensão negativa, que se manifesta no dever do Estado de abster-se de violar esse direito, como, por exemplo, em não poder cancelar a matrícula de um aluno que foi regularmente aprovado no processo seletivo e preencheu todos os requisitos para a obtenção de uma vaga em uma universidade pública¹¹³³.

Nessa situação, a consagração do direito social demanda do Estado uma atuação negativa, no sentido de não interferir no seu legítimo exercício e não necessariamente na realização de determinadas prestações.

Verifica-se, desse modo, que tanto os direitos de defesa (de natureza civil) quanto os prestacionais (de viés social, econômico e cultural) e, por consequência, também os direitos de participação (de conteúdo político), caracterizam-se como *pretensões híbridas*¹¹³⁴, isto é, possuem tanto conteúdo negativo (que demandam abstenção do Estado) quanto positivo (que exigem prestações materiais ou jurídicas do Estado)¹¹³⁵.

¹¹³² BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 120, e MÜLLER, Friedrich. *Teoria moderna...op.cit.*, p. 318.

¹¹³³ Sustentando que o direito à educação, além do nítido aspecto prestacional, possui também uma dimensão negativa, corresponde ao dever estatal de não o anular, vide TRINDADE, Antônio A. Caçado. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. Santiago: Editorial Jurídica do Chile, 2001, p. 153, e SAET-TONE, Mariella. El estado de derecho y los derechos económicos sociales y culturales de la persona humana, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 40, 2004, pp. 133-154, pp.148-149. Exemplificando essa dimensão negativa em outros direitos sociais, como a moradia, vide CARBONELL, Miguel. *Eficacia de la Constitución...op.cit.*, p. 58.

¹¹³⁴ PISARELLO, Gerardo. *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción*. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible. Barcelona: Icaria, 2003, pp. 29-30.

¹¹³⁵ Vide PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 117; AÑÓN, Carlos Lema. Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”, *Derechos y Libertades (Revista del Instituto Bartolomé de las Casas)*, II (22), 2010, pp. 179-203, p. 193; PÉREZ, José Luís Rey. La naturaleza de los derechos sociales, *Derechos y Libertades (Revista del Instituto Bartolomé de las Casas)*, 11 (16), 2007, pp. 137-156, pp. 145-147; KING, Jeff. *Judging Social Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 4; ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 25. Isso, inclusive, é reconhecido por ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, pp. 165 e 179, ao destacar que “*numa perspectiva dogmática, poderá perguntar-se ainda se será correto restringir os direitos a prestações a direitos a ações positivas, pois que a obrigação de prestação*”



O caráter preponderante de uma dessas acepções, ou seja, a variação a respeito da intensidade da função de defesa ou da prestacional não pode, com rigor, ser apurado *prima facie*, mas, sim, com base nas circunstâncias do caso concreto, salvo em se tratando de dados estatísticos envolvendo a sua aplicação¹¹³⁶.

Tanto que no exemplo do aluno que teve a matrícula na universidade pública indevidamente cancelada, sobressai o dever estatal de abstenção e de não intromissão no legítimo direito de acesso ao ensino superior e o correspondente dever de reposição da situação anterior (realização da matrícula inadvertidamente invalidada) sobre o seu aspecto prestacional (implementação de medidas para aumentar o número de vagas no ensino superior).

No caso da escola particular cujo alvará de funcionamento foi protocolado, por exemplo, há mais de um ano e não foi ainda analisado, em razão da pouca quantidade de servidores públicos no órgão competente e da não alocação de verbas orçamentárias para o custeio eficaz da sua estrutura, sobressai o caráter prestacional do Estado (agir para analisar o requerimento administrativo) sobre o aspecto de defesa (não intervenção da autonomia de vontade dos pais) inerente à liberdade de ensino.

Portanto, a tarefa de melhoria, distribuição e redistribuição de recursos de forma adequada pelo Estado não é uma exigência somente dos direitos sociais a prestações, sendo também uma decorrência da regular tutela dos direitos de defesa. Tais prestações materiais, ainda que de natureza diversa das dos direitos sociais, pois relacionadas com a manutenção das estruturas administrativas do Estado, também se encontram presentes nos direitos de defesa, especialmente os relacionados àqueles cujo exercício dependa de organização, procedimento e ao cumprimento de deveres de proteção¹¹³⁷.

Ademais, a criação de bens essenciais não disponíveis a todos não é algo que caracteriza exclusivamente os direitos sociais. Isso porque, determinados direitos de defesa, como, por exemplo, a inviolabilidade de domicílio, ainda é considerado por muitos um bem essencial não

tanto pode ser de facto positivo (de facere ou de dare) como de facto negativo (non facere) e até de suportação (pati)". No entanto, o referido autor sustenta que, ainda que todos os direitos fundamentais possam ter dimensões positivas e negativas, há diferenças qualitativas entre eles.

¹¹³⁶ Nesse sentido, MIRANDA, Jorge; SILVA, Jorge Pereira da. Artigo 18.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 342, ainda que direcionado para as relações entre os particulares, sustentam que o efetivo respeito dos direitos fundamentais "*nunca será assegurado a priori, carecendo sempre da assumpção por parte do Estado de uma posição de coordenador de liberdades e de garante dos bens jurídicos fundamentais*".

¹¹³⁷ BOTELHO, Catarina Santos *in Os Direitos Sociais...op.cit.*, pp. 118-120, destacando a capital importância dos deveres estatais de proteção ou de organização e procedimento, concluindo que a proteção efetiva dos direitos negativos impõe deveres ativos às autoridades estatais; e MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 402.



assegurado pelo Estado, principalmente em países com aparato policial violento, como o Brasil, que, em plena pandemia do COVID-19, realizou operação em uma das favelas do Rio de Janeiro e gerou a morte de suspeitos dentro das residências dos moradores das comunidades¹¹³⁸.

Constata-se, destarte, que atualmente, as fronteiras entre os direitos de liberdade como direitos nucleares de abstenção estatal e os direitos sociais como direitos nucleares prestacionais estão cada vez mais *diluídas*¹¹³⁹. Isso, sem dúvidas, fortalece a concepção da visão unitária dos direitos fundamentais.

Portanto, não soa preciso, na condição de parâmetro metodológico para a classificação dos direitos fundamentais, considerar a existência de uma dimensão principal (ou nuclear) aos direitos de defesa quando, em verdade, está presente, em maior ou menor grau, em todos os direitos fundamentais¹¹⁴⁰.

O custo dos direitos também não é critério adequado para sistematizar de um lado os direitos de liberdade e do outro os direitos sociais, pois todos são onerosos¹¹⁴¹. No caso da

¹¹³⁸ Operação policial contra o tráfico de drogas realizada no Jacarezinho, na Zona Norte do Rio de Janeiro, no dia 06 de maio de 2021, deixou 28 mortos, sendo um deles de um policial civil, sendo considerada a operação mais letal da história da cidade, na qual fotos e relatos demonstram que alguns acusados foram mortos dentro da sala da casa dos moradores das comunidades, sem que houvesse justificativa plausível para tais condutas. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2021/05/favela-do-jacarezinho-pede-justica-a-policia-acende-velas-e-chora-por-mortos-em-operacao.shtml>. Acesso em: 10 maio 2021.

¹¹³⁹ BOTELHO, Catarina Santos in *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 117.

¹¹⁴⁰ Contra, vide ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p.166., para quem os direitos de defesa “*visam conferir ao seu titular a disponibilidade ou o domínio (por isso também poderiam ser designados por direitos dominiais), sobre determinados bens (imateriais) ou sobre um espaço de autonomia de comportamento, em termos de excluir intromissões alheias, o que lhes confere uma dimensão específica que justifica a autonomização em face dos direitos a prestações*”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...op.cit.*, p.284, também considera que, quanto ao objeto, há diferenças essenciais entre os direitos de defesa e os direitos sociais (a prestações), pois estes reclamam uma atuação positiva do Estado a fim de implementar a prestação que constitui o objeto do direito fundamental, isto é, não se dirigem à proteção da liberdade e igualdade em abstrato, mas estão intimamente relacionados à tarefa de melhoria, distribuição e redistribuição e recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis àqueles que necessitem. A favor, vide, na doutrina portuguesa, MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, pp.399-417 e, na doutrina brasileira, vide SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, pp. 81-107.

¹¹⁴¹ A favor vide NABAIS, José Casalta. Por uma liberdade com responsabilidade. *Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 175, ressalta a existência de custos em todos os direitos fundamentais, sejam os em sentido amplo, que se ligam à existência e sobrevivência do Estado ou ao funcionamento democrático do dever de votar, como os em sentido estrito, relacionados aos direitos sociais. Também a favor, BOTELHO, Catarina Santos in *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 120, sustenta a transversalidade dos custos, na medida em que todos os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos têm implicações orçamentárias, bem como HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999, pp. 43-48; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...op.cit.*, p. 534; PLANT, Raymond. Social Rights and the Reconstruction of Welfare. In: ANDREWS, Geoff (ed.). *Citizenship*. Londres: Lawrence & Wishart, 1991, p. 56; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 553, e SÁNCHEZ, Isabel M. Gímenez. Límites económicos de los derechos sociales. In: CASTRO, José Luis Cascajo; BECERRA, Manuel Terol; VILA, António



liberdade de ensino dos pais sobre a educação dos filhos, a sua dimensão prestacional demanda do Estado, além da prestação jurídica, também a atuação material para a regulamentação das atividades realizadas pelas instituições particulares de ensino, por meio da realização de um serviço público.

Isso engloba não somente a avaliação da qualidade do ensino prestado nas escolas particulares, mas também atos administrativos de fiscalização contínua para a verificação da implementação das finalidades constitucionais do ensino.

Essa estrutura estatal voltada para assegurar o referido direito de liberdade demanda gastos para a sua manutenção, que, como destacado, vão desde a contratação de servidores públicos até as despesas de custeio do órgão responsável por essa atribuição fiscalizatória e regulamentadora, o que se trata das chamadas *garantias institucionais da liberdade*¹¹⁴².

Portanto, não somente a implementação do direito social de acesso ao ensino superior é oneroso, mediante a necessidade de progressiva criação de novas vagas em universidades públicas, mas também a própria manutenção da estrutura estatal direcionada a assegurar a liberdade de ensino.

Domínguez e MARCHANTE, Vicente Navarro (coords.). *Derechos Sociales y Principios Rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valença: Tirant to Blanch, 2012, p. 304. Contra, embora concorde com o pressuposto de que todos os direitos são custosos, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 285, sustenta que o fator custo de todos os direitos fundamentais nunca constituiu um elemento impeditivo à sua efetivação pela via jurisdicional (ao menos no sentido da negativa da prestação jurisdicional) quando envolve direitos de defesa. É, assim, nesse sentido que o referido autor considera a “neutralidade” econômico-financeira dos direitos de defesa, posto que a sua eficácia jurídica e a efetividade, naquilo que depende da possibilidade de implementação jurisdicional, não tem, na sua visão, sido colocada na dependência de sua possível relevância econômica, diferentemente do que ocorre com os direitos sociais a prestações, para os quais o custo assume especial importância para sua eficácia e efetivação. Também contra, entendendo haver diferenças entre os direitos de defesa e os prestacionais no tocante ao custo dos direitos, vide AFONSO, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 593, para quem há que se distinguir os gastos institucionais, referentes à manutenção das instituições políticas e judiciais, os quais seriam comuns a todos os direitos, daquelas despesas diretamente referentes à realização das prestações dos direitos sociais. Vide, ainda, MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*, Tomo II. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, pp. 570-572, para quem o custo dos direitos revela uma diferença qualitativa entre os direitos de liberdade e os direitos sociais.

¹¹⁴² Expressão usada por TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Wolfgang Ingo; TIMM, Luciano Benetti (orgs). *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 82.



A própria inafastabilidade da jurisdição, enquanto direito individual que visa assegurar a segurança jurídica, é extremamente oneroso, posto que demanda vultosos gastos anuais do orçamento público para a manutenção da estrutura administrativa dos Tribunais¹¹⁴³.

Novamente, o que se verifica é que a onerosidade do direito social é mais facilmente perceptível do que no direito de liberdade. Todavia, por estar presente também nos direitos de defesa¹¹⁴⁴, não pode ser utilizado como critério legítimo, seja para separar os direitos sociais como uma espécie de categoria diversa dos direitos de liberdade, seja para negar qualquer efetividade aos seus preceitos.

Nessa perspectiva, a tese da reserva do possível, analisada no tópico 2.5 (Cap. V), também não pode ser utilizada como fator específico da estrutura dos direitos sociais. Isso porque, tendo em vista que os direitos de liberdade também geram gastos, submetem-se, assim como os direitos sociais, às condicionantes fáticas de natureza orçamentária e econômica decorrente da escassez dos recursos públicos.

Desse modo, tome-se novamente o direito à liberdade de ensino. Considere que em razão de grave crise financeira enfrentada por determinado Estado, a Administração Pública decidiu reduzir a estrutura administrativa do órgão responsável pela fiscalização e regulamentação das instituições privadas de ensino. Alocou os servidores em outras atribuições e diminuiu a destinação das suas verbas orçamentárias, o que invariavelmente causará restrição no direito de liberdade de ensino.

Isso porque, em razão dessa reformulação administrativa e orçamentária, as novas escolas privadas que queiram iniciar o seu funcionamento levarão mais tempo para obterem a autorização estatal, por conta da menor quantidade de agentes estatais para analisar os alvarás protocolados.

Haverá, nesse caso, limitação na efetividade do direito de liberdade de ensino, na medida em que os pais, no início de cada semestre letivo, terão menos opções de projetos

¹¹⁴³ SUNSTEIN, Cass R., *Designing Democracy: What Constitutions Do*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 234, ressalta que a liberdade de expressão demanda vultosos custos dos contribuintes referentes à manutenção do sistema judicial que a torna efetiva no caso concreto.

¹¹⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 553, NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 175; BOTELHO, Catarina Santos *in Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 120; HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999, pp. 43-48; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...op.cit.*, p. 534; PLANT, Raymond. Social Rights and the Reconstruction of Welfare. In: ANDREWS, Geoff (ed.). *Citizenship...op.cit.*, p. 56, e SÁNCHEZ, Isabel M. Gímenez. Limites económicos de los derechos sociales. In: CASTRO, José Luis Cascajo; BECERRA, Manuel Terol; VILA, António Domínguez e MARCHANTE, Vicente Navarro (coords.). *Derechos Sociales...op.cit.*, p. 304.



educacionais, diversos do ofertado pelo sistema público de ensino, disponibilizados pelas escolas particulares a fim de escolher aos seus filhos.

À vista disso, não nos parece que a reserva do possível seja um critério limitador da eficácia apenas dos direitos sociais, mas de todos os direitos fundamentais, incluindo os de liberdade, embora, mais uma vez, seja mais aparente naqueles¹¹⁴⁵.

Ademais, quanto ao objeto, ainda que se identifique que os direitos de defesa protegem a liberdade, de âmbito pessoal e político, enquanto os direitos sociais tutelam a igualdade e incidem sobre bens econômicos, sociais e culturais, ambos se correlacionam a fim de proteger a dignidade humana, enquanto valor supremo do ordenamento.

Desse modo, tendo em vista a finalidade comum (consagração da dignidade humana), o objeto pode não se verificar como um fator infalível de classificação dos direitos fundamentais, pois, tanto os direitos sociais podem proteger a liberdade individual, constituindo-se em direito pessoal (direito a vaga em instituição básica de ensino público – artigo 208, §1º, da CRFB e artigo 74.º, n.º 2, alínea *a*, da CRP), quanto os direitos de defesa podem ter como principal projeção a esfera institucional ou coletiva (liberdade de imprensa – artigo 5.º, IX, da CRFB e artigo 38.º, da CRF, bem como a liberdade de ensino – artigo 206.º, II, da CRFB e artigo 43.º, n.º 1, da CRP).

Por conseguinte, ainda que em menor intensidade, os direitos de liberdade também podem incidir sobre bens econômicos, culturais e sociais, bem como os direitos sociais terem repercussão na tutela da esfera da liberdade do indivíduo¹¹⁴⁶.

Desse modo, por não haver critérios seguros que os identifiquem, seja quanto à evolução histórica, ao conteúdo nuclear predominante dos seus preceitos, ao modo de proteção estatal, ao custo da sua efetivação, à aplicação da reserva do possível e ao objeto tutelado, entende-se que não há diferenças ontológicas entre os direitos de liberdade e sociais, o que aponta para uma teoria unitária dos direitos fundamentais, fundada na sua indivisibilidade¹¹⁴⁷.

¹¹⁴⁵ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, pp. 403-404, afirma que as restrições a certos direitos de liberdade podem legitimamente atingir maior intensidade em determinadas conjunturas políticas, econômicas e sociais.

¹¹⁴⁶ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 401.

¹¹⁴⁷ Essa noção busca conferir unidade dogmática ao conjunto de direitos fundamentais, sustentando, no contexto do sistema constitucional português, em linhas gerais, a idêntica relevância material dos direitos liberdades e garantias e dos direitos sociais, econômicos e culturais, o que gera críticas à opção do legislador constituinte português de 1976 de sistematizar dois regimes jurídicos diversos que sobre eles incidem. Nesse sentido, vide NOVAIS, Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 145 e ss., defendendo, em síntese, que a partir da concretização do direito social pelo legislador, e, portanto, da sua determinação, passa a sobre ele incidir um regime constitucional comum, aplicável tanto



Os direitos fundamentais, nessa ótica global, representam uma gama de obrigações, exigíveis em face do Estado, mas também dos particulares, tanto baseadas na liberdade quanto na igualdade e na solidariedade, incidente sobre bens econômicos, culturais e sociais, ora impondo deveres de abstenção ora de prestação, direcionadas para a consagração da dignidade da pessoa humana, para a qual deve se reconduzir toda atividade estatal¹¹⁴⁸.

Isso implica na conclusão de que deveriam se submeter ao mesmo regime normativo reforçado, não cabendo uma separação estanque e intransponível entre o regime jurídico material aplicado aos direitos de liberdade e aos direitos sociais.

Conquanto reconhecida internacionalmente a incidibilidade dos direitos fundamentais no plano normativo, sem qualquer esforço argumentativo é possível constatar o elevado deficit de efetividade dos direitos sociais quando comparados com os direitos de liberdade. Seria então a efetividade um critério a diferenciá-los em categorias?

Mais uma vez é preciso repisar que os graus de eficácia e efetividade não se confundem com a fundamentalidade do direito, tratando-se de modelos de positivação de direitos valorados como fundamentais. Disso ressaí que tanto a eficácia, como a efetividade não são qualidades que tornam um direito fundamental. Tratam-se, em verdade, de diferentes estruturas normativas que exteriorizam estes valores.

A resposta para explicar o elevado deficit de efetividade dos direitos sociais, ao que tudo indica, é mais política do que propriamente jurídica, pois demanda, como bem observado por Hannah Arendt, uma convenção social fruto do consenso da comunidade a respeito da necessidade de promovê-los, o que direciona as ações estatais para sua tutela¹¹⁴⁹.

aos direitos, liberdades e garantias, quanto aos sociais, econômicos e culturais. SILVA, Vasco Pereira da. *A Cultura a Que Tenho Direito. Direitos Fundamentais e Cultura*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 27 e ss., ressalta que os direitos fundamentais possuem uma natureza jurídica unitária, tendo em vista que todos podem ser materializados como direitos subjetivos, princípios jurídicos ou deveres objetivos. Nesse viés, ainda que não negue a diferença entre os regimes, ressalta a fluidez entre eles na medida em que se aplica o regime dos direitos de liberdade quando se revestirem de direitos subjetivos e o dos direitos sociais quando materializarem-se em princípios jurídicos ou em dimensões objetivas. Contra, vide ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, pp. 157-187, sustentando a natureza dualista dos direitos fundamentais, categorizando-os em direitos de defesa, direitos a prestações e direitos de participação, o que legitima a existência de regime jurídico diverso entre eles pautado no seu conteúdo nuclear, embora reconheça a sua heterogeneidade do qual surge um feixe de faculdades o que, portanto, possibilita que sobre uma mesmo direito fundamental incida mais de um tipo de regime normativo a depender da posição jurídica dele derivada.

¹¹⁴⁸ A respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, vide o tópico 4 do Cap. I.

¹¹⁴⁹ ARENDT, Hannah *in Origens...op.cit.*, p. 386, destaca que a igualdade, diferente do que se relaciona com a mera existência, não nos é dada, mas resulta da organização humana, porquanto é orientada pelo princípio da justiça. Conclui a autora, destarte, que não nascemos iguais, mas, sim, nos tornamos iguais como membros de uma comunidade por conta da decisão coletiva de garantir, a cada um, direitos reciprocamente iguais.



Veja-se, nessa senda, que o consenso social tanto configura a valoração da fundamentalidade do direito – o que é caro àquele contexto social – como dita o grau de eficácia com que este direito será reproduzido no ordenamento constitucional – a estrutura normativa do direito positivado.

A respeito da primeira situação, ou seja, a definição dos valores fundamentais, esse reconhecimento institucional e comunitário, em relação aos direitos sociais ocorreu de forma tardia, comparado aos direitos de liberdade.

No tocante aos direitos sociais, como destaca Norberto Bobbio, o consenso da imprescindibilidade de sua proteção se verificou no período posterior à Segunda Guerra Mundial, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948¹¹⁵⁰.

Diversamente, constatou-se a necessidade de tutela dos direitos de liberdade centenas de anos antes com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a instituição dos Estados de Direito e o constitucionalismo liberal que limitaram a tirania dos governantes.

Esse recurso histórico demonstra que o consenso da sociedade a respeito da essencialidade da efetivação dos direitos de liberdade está mais enraizado que os direitos sociais, a ponto de se sustentar que em relação aos direitos de defesa há uma espécie de *presunção de consenso*¹¹⁵¹.

No tocante ao segundo aspecto, isto é, a variação do grau de eficácia dos valores fundamentais, a situação da pandemia provocada pela COVID-19 permite verificar tal situação com clareza.

Atualmente, se multiplicam informações falsas (*fake news*), desde supostas fraudes em eleições até a respeito da existência de remédios preventivos, que não tem comprovação científica, enquanto ainda não se atingiu níveis adequados de vacinação em massa da população global.

Nesse cenário, mesmo em países como os EUA de forte tradição jurídica liberal¹¹⁵², tem-se verificado, em certas situações, uma tendência à diminuição do âmbito de incidência da

¹¹⁵⁰ BOBBIO, Norberto. *A Era...op.cit.*, p. 27.

¹¹⁵¹ Expressão usada por ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 173, afirmando que a Constituição portuguesa, quanto aos direitos de defesa, estabelece uma espécie de *presunção de consenso*, por reconhecer que seus preceitos são os que mais diretamente se ligam ao princípio da dignidade humana, como indivíduo, cidadão ou trabalhador, o que habilitaria os Tribunais a exprimi-lo em nome da comunidade.

¹¹⁵² SANDEL, Michael J. *A Tirania do Mérito...op.cit.*, p. 87, destaca que essa visão individualista presente nos EUA, no qual o Estado de bem-estar social é menos generoso do que a social-democracia da Europa, pode ser explicada pela fé vigorosa na ideia de que os americanos são os mestres do seu próprio destino, enquanto os europeus são mais inclinados a atribuir as circunstâncias da vida a forças que estão fora do seu próprio controle.



liberdade de expressão, como, por exemplo, a exclusão de contas em redes sociais que disseminam *fake news*, com o fundamento de evitar a violência e preservar a saúde pública¹¹⁵³.

Por outro lado, em outros países que não realizaram boa gestão durante a crise da pandemia, como no Paraguai, verificou-se o aumento das reivindicações sociais pela aquisição de mais vacinas¹¹⁵⁴.

Esse cenário estimula tanto a atuação do legislador ordinário para editar leis implementando prestações de saúde, quanto a do judiciário para atuar a fim de conter os abusos provocados pela liberdade de expressão na disseminação de informações falsas sobre pleitos eleitorais e remédios ineficazes e seus danosos efeitos no direito à vida, à integridade física e à saúde coletiva.

Destarte, apesar do direito de liberdade de expressão e da saúde serem ambos direitos fundamentais, que já foram valorados e alçados a esse patamar, o consenso social tem sido determinante também para definição do seu grau de eficácia e, por conseguinte, de efetividade.

De todo modo, a diferente estrutura da norma constitucional que consagra os direitos fundamentais, embora, como demonstrado, possa ter repercussão na sua eficácia, por necessitar da conformação do legislador ordinário, não tem o condão de alterar a natureza deontológica desses direitos, que possuem a mesma estrutura semântica de conteúdo obrigacional e direcionam-se, ao fim e ao cabo, à promoção da dignidade da pessoa humana¹¹⁵⁵.

O que se quer destacar, frise-se, é que os direitos sociais não configuram propriamente uma categoria jurídica distinta dos direitos de liberdade¹¹⁵⁶, pois todos são direitos fundamentais, na medida em que já há um consenso social, inclusive a nível internacional, a respeito da

¹¹⁵³ Como exemplo, o Twitter excluiu permanentemente a conta de Donald Trump, devido ao risco de incitação da violência, após o ex-presidente norte-americano insuflar seus apoiadores a invadir o Capitólio divulgando *fake news* a respeito de suposta fraude nas eleições americanas de 2020 que culminaram com sua derrota para o democrata Joe Biden. Notícia disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/01/08/twitter-tira-conta-de-trump-do-ar.ghml>. Acesso em 10.01.2021.

¹¹⁵⁴ Com leitos de UTI lotados e falta de remédios e, à época, com a estimativa de que apenas 0,1% da população estava vacinada, o sistema de saúde paraguaio foi à beira do colapso, o que gerou protestos nas ruas e confrontos com a polícia, resultando na queda do então Ministro da Saúde Julio Mazzoleni. Notícia disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/paraguaios-levam-às-ruas-indignação-com-gestão-da-pandemia/a-56792476>. Acesso em 10.03.2021.

¹¹⁵⁵ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 405, reconhece a existência de diversos graus de concretização constitucional dos direitos fundamentais, mas ressalta, entretanto, que essa diversidade é, contudo, uma característica das normas de direitos fundamentais e não necessariamente dos direitos que delas decorrem, chamando, desse modo, a atenção para a “confusão de planos”.

¹¹⁵⁶ Sobre o tema, BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, pp. 293-294, destaca que os direitos sociais não assentam uma categoria jurídica distinta, mas sim uma noção tipológica, que assenta em traços distintivos para os caracterizar, portanto, a diferença se dá no nível de estrutura e projeção dessas normas no ordenamento.



necessidade da sua tutela, ainda que variável em intensidade, a depender de determinada sociedade, momento histórico e aspectos políticos e econômicos. A diferença entre eles encontra-se na estrutura da norma constitucional que os veicula¹¹⁵⁷ e não no fato de serem ou não fundamentais.

No entanto, a falta, ainda, de um consenso a respeito da necessidade de se proteger igualmente os direitos de liberdade e os sociais, aliado à diferente estrutura da norma constitucional que os consagram, embora não possam modificar a essência dos direitos fundamentais, podem alterar a sua eficácia, ou seja, o grau de aptidão da norma produzir os seus regulares efeitos.

Ainda que a estrutura constitucional delimitada por cada país varie conforme os aspectos históricos, sociais, políticos e econômicos que lhe são peculiares, a eficácia dos direitos fundamentais somente será plena quando, frise-se, atingir o mencionado grau de consenso de toda sociedade e das três funções do poder constituído (e não apenas do judiciário, notadamente nos países que possuem elevado ativismo judicial, como no Brasil), a respeito da imprescindibilidade de se reconhecer a tutela constitucional reforçada para todos os direitos fundamentais, independentemente se forem direitos de liberdade ou sociais.

E, novamente retomando o recurso histórico, talvez isso somente se alcance daqui a outras centenas de anos, após uma lenta, gradual – e não necessariamente progressiva, pois sujeita a movimentos cíclicos de avanços e retrocessos – evolução das relações sociais. Quem sabe o caos pandêmico provocado pelo coronavírus possa acelerar esse processo, na medida em que as milhões de mortes causados no mundo pelo COVID-19 possam despertar na sociedade global e no legislador a consciência de que os direitos sociais, como a saúde e a vacinação em massa, precisam receber a mesma proteção constitucional reconhecida aos direitos de liberdade.

De todo o modo, considerando que a Constituição é, simultaneamente, uma decisão jurídica e política, o legislador constituinte, em maior ou menor intensidade, deve indicar as finalidades institucionais do Estado voltadas para a concretização dos direitos fundamentais, embora não necessariamente definam os meios para o seu alcance. Estes, muitas vezes, como destacado, ficam a cargo do legítimo e democrático poder do legislador ordinário de conformação

¹¹⁵⁷ Vide ALEXANDRINO, José Melo, *A estruturação... op.cit.*, II, p. 216 e CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional... op. cit.*, p. 400; LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social?...op.cit.*, p. 107; ANDRADE, José Carlos Vieira. *Algumas Reflexões sobre os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 140; NIETO Alejandro. *Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional...op.cit.*, p. 407.



da norma constitucional a fim de escolher, dentre as alternativas possíveis, a melhor forma, medida e momento de concretizá-los.

2.5 Mínimo Existencial, Reserva do Possível e Poder de Conformação da Norma

A dignidade da pessoa humana transcende os direitos individuais, uma vez que, como já aludido, concluiu-se, com o andar da história, que garantir direitos de liberdade sem condições sociais mínimas, além de ser providência inócua do ponto de vista do desenvolvimento do Estado, é zombar das condições de boa parte da população de países subdesenvolvidos. Como se preocupar com a participação política e com a efetivação da liberdade de expressão se condições básicas de saúde, alimentação e educação não são garantidas?

Sob esta perspectiva, os direitos sociais ganharam um relevante papel no acalorado debate sobre a delimitação do conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, consagrando-se a pontuada mutualidade entre direitos individuais e sociais.

Acontece, porém, que, como visto, quanto à estrutura normativa que os consagra, enquanto as normas que veiculam direitos de liberdade (de defesa) traduzem posições jurídicas determinadas ou, ao menos, determináveis, o conteúdo dos preceitos constitucionais consagradores de direitos sociais é, amiúde, indeterminado. A atuação legislativa, nesse último caso, é imprescindível para delimitar os contornos normativos e lhe conferir concretização, e, sobretudo, plena eficácia.

Essa indeterminabilidade das normas constitucionais que veiculam direitos sociais, como já ressaltado, não se refere apenas a conceitos indeterminados, que também estão presentes na maioria das normas consagradoras de direitos de liberdade, mas, de forma complexa, à pendência de opções econômicas, sociais, culturais e políticas a serem colmatadas pelo legislador¹¹⁵⁸.

Em outras palavras, essa indeterminabilidade não é apenas semântica, a ponto de ser juridicamente determinada por critérios hermenêuticos, mas necessita da atuação do legislador por meio do seu poder de conformação da norma para lhe conferir concretude e exequibilidade.

Isso, inclusive, é necessário para conferir maleabilidade e adaptabilidade ao ordenamento, o que está intrinsecamente associado ao pluralismo do Estado democrático de direito¹¹⁵⁹. Com efeito, é indispensável que as normas que veiculam direitos sociais sejam indeterminadas

¹¹⁵⁸ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 300.

¹¹⁵⁹ MIRANDA, Jorge. In *Teoria do Estado...op.cit.*, p. 405.



para permitir, na precisa lição de Vieira de Andrade, que o legislador possa realizar as escolhas democráticas entre alternativas¹¹⁶⁰.

Nessa toada, é reconhecido, nas democracias contemporâneas, o legítimo poder de conformação da norma constitucional veiculadora de direito social por parte do legislador infraconstitucional, disciplinando os *meios* pelos quais se atingirão os *fins* constitucionais.

Nesse sentido, Vieira de Andrade sustenta tratar-se de um *espaço próprio para conformação* do conteúdo das prestações que constituem o direito, realizando o legislador as “*opções políticas num quadro de prioridades a que obrigam a escassez dos recursos*”¹¹⁶¹.

Em outras palavras, utilizando o magistério de Gilmar Mendes, a ordem constitucional assegura ao legislador “*margens de ação para definir a forma mais adequada de proteção a bens jurídicos fundamentais*”¹¹⁶².

Esse poder de conformação da norma constitucional pelo legislador engloba não somente a definição do momento adequado para a sua concretização, como também a possibilidade de *revisibilidade* de escolhas políticas anteriormente realizadas.

Nesse sentido, Fernando Scaff, definindo tratarem-se de *escolhas políticas difíceis ou trágicas*, em face da escassez de recursos orçamentários, pontua que “*deve-se considerar que é uma medida de bom governo (boa gestão) a revisão periódica das metas a serem alcançadas pelas políticas públicas em execução*”¹¹⁶³, concluindo o referido autor que, embora isso possa resultar em eventual retrocesso social, “*não se deve congelar uma política pública de modo a impedir que ajustes sejam efetuados*”¹¹⁶⁴.

Por outro lado, nos casos em que o legislador ordinário não atua para concretizar os direitos sociais tutelados no texto constitucional haveria, nesse contexto, um conteúdo mínimo de direitos sociais a serem assegurados de forma incondicionada, isto é, por meio da aplicação originária da Constituição e ainda que sem a publicação da lei conferindo-lhe exequibilidade?

¹¹⁶⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, pp. 373-374.

¹¹⁶¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 354.

¹¹⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 399.

¹¹⁶³ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. 1 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 331.

¹¹⁶⁴ *Ibid.*



Não é possível responder este questionamento sem esbarrar na teoria do mínimo existencial (*Existenzminimum*), também chamada de mínimo para uma existência condigna¹¹⁶⁵.

A elaboração dogmática da teoria do mínimo existencial ocorreu na Alemanha no período posterior à Segunda Guerra Mundial, por Otto Bachof, ao sustentar que o princípio da dignidade da pessoa humana reclamaria, para além da garantia da liberdade, recursos materiais mínimos de segurança social para uma existência digna, sob pena de sacrifício da própria dignidade¹¹⁶⁶. Decorre, destarte, na doutrina alemã, da cláusula do Estado social (*Sozialstaatsklausel*) e do princípio da dignidade da pessoa humana (*Menschenwürde*), previstas, respectivamente, nos artigos 20.º, n.º 1, e 1.º, item 1.º, ambos da Lei Fundamental alemã de 1949¹¹⁶⁷.

Trata-se, portanto, do direito de acesso às prestações essenciais a uma vida digna, notadamente as relacionadas com a saúde, a educação básica e a satisfação de necessidades elementares, tais como alimentação, água, vestuário e moradia. Busca, desse modo, assegurar os limites mínimos de bem-estar, a autonomia da pessoa humana e a cidadania responsável¹¹⁶⁸, sem os quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade¹¹⁶⁹.

O mínimo existencial, portanto, simboliza, conforme o magistério de Luís Roberto Barroso, o “conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa”¹¹⁷⁰.

Ressalte-se que o Tribunal Constituição alemão na decisão *BVerfGE – 1/09*, que versou sobre a política de assistência social contida nos artigos 20 e 28 do Código de Direito Social

¹¹⁶⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. O direito ao mínimo de existência condigna como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional in *Jurisprudência Constitucional*, nº 1, 2004, p. 4; MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 406, destaca que também é chamado de “mínimo vital”, “direitos sociais mínimos” (*Minimalrechte*) ou “pequenos direitos sociais” (*Kleine Sozialrechte*).

¹¹⁶⁶ BACHOF, Otto. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. *VVDStRL 12/42-43 apud SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. Curso...op.cit.*, p. 467. Ricardo Lobo Torres, sobre o tema, in *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008, p. 74, destaca que a fundamentação do mínimo existencial é elaborada principalmente no ambiente do neokantismo, pela influência das teorias de Rawls, Habermas e Alexy.

¹¹⁶⁷ WEBER, A. L'État et les droits sociaux em RFA, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 24 (1995), p. 684 *apud* MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 406.

¹¹⁶⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar...op.cit.*, p. 171.

¹¹⁶⁹ Consulte-se BARCELLOS, Ana Paula de in *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais...op.cit.*, pp. 304-305.

¹¹⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 192.



alemão (*Sozialgesetzbuch*), reconheceu que a garantia do mínimo existencial assume o status de genuíno direito fundamental¹¹⁷¹.

Revela-se, por meio dele, a íntima correlação entre os conceitos de dignidade da pessoa humana e justiça social¹¹⁷², cidadania inclusiva e solidariedade, bem como demonstra a preocupação dos Estados constitucionais, ainda que de forte tendência liberal, com a pobreza e a exclusão social¹¹⁷³.

Ao se assegurar um piso mínimo de direitos, busca-se, mediante a efetivação básica de bens jurídicos relacionados ao âmbito social e econômico, firmar o espectro da dignidade para que ultrapasse a esfera do *dever ser* e fixe suas raízes no mundo concreto do *ser*, ainda que o legislador ordinário não tenha concretizado a referida prestação social.

Com efeito, esses elementos materiais mínimos não se reduzem à mera sobrevivência física – o que se designa como *mínimo existencial fisiológico* – alcançando também a garantia de um mínimo de integração social, com acesso aos bens culturais e participação na vida política – aspectos que se relacionam a um *mínimo existencial sociocultural*¹¹⁷⁴, a ponto de se falar também em um *mínimo existencial socioambiental*, entendido como padrão mínimo em termos ambientais para a realização de uma vida digna e saudável¹¹⁷⁵.

Ultrapassa, desse modo, a noção de um mínimo meramente vital ou de sobrevivência para resguardar não só a vida humana propriamente dita, mas, também, um certo padrão de qualidade¹¹⁷⁶.

Nessa toada, é possível constatar, no tocante ao significado e alcance do próprio mínimo existencial, um desdobramento entre o considerado *conteúdo essencial do mínimo existencial* – o qual abrange as prestações primordiais relacionadas à vida e sobrevivência dignas, tais como educação básica, saúde, alimentação e moradia – do *mínimo sociocultural*, que é pautado na igualdade material e busca, para além dessa proteção elementar, um mínimo de inserção do

¹¹⁷¹ Nesse sentido, vide SARLET, Ingo Wolfgang; KRONBAUER, Eduardo Luís. Mínimo existencial, assistência social e estado de direito: análise de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. *Revista do Direito*, 2021, v.63, pp. 02-25, p. 11.

¹¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana...op.cit.*, p. 137.

¹¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016, p. 117.

¹¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana...op.cit.*, p. 467.

¹¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental...*, pp. 139-140.

¹¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, p. 467-468.



indivíduo na vida cultural, política e social, assegurando, assim, a integração em comunidade e o efetivo desenvolvimento da sua personalidade¹¹⁷⁷.

O mínimo existencial, portanto, integra o conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana. Apresenta uma dupla dimensão, tanto defensiva (também chamada de *objetiva* ou *negativa*) quanto prestacional (intitulada de *subjéctiva* ou *positiva*). Compreende, na dimensão negativa, o conjunto de garantias materiais para uma vida condigna que o Estado ou o particular não podem subtrair do indivíduo¹¹⁷⁸.

Por outro lado, na acepção positiva, vincula a atividade estatal para a concretização, mediante prestações, dos direitos sociais necessários para uma vida condigna¹¹⁷⁹. Essa *dimensão preceptiva mínima subjéctiva*, representa a eficácia originária do direito social que correspondente àquela extensão minimamente possível de atingir no momento da emissão da norma, sem a qual o direito não teria qualquer dimensão subjéctiva¹¹⁸⁰.

Os direitos fundamentais sociais, conforme destacado nos tópicos 2.2 e 2.3 (Cap. V), materializam-se, em regra, em normas de baixa determinabilidade constitucional que, embora resultem em múltiplos efeitos jurídicos decorrentes da sua dimensão objetiva, especificamente quanto à possibilidade de gerar direitos subjéctivos a titulares determinados, necessita da conformação da norma pelo legislador.

¹¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; KRONBAUER, Eduardo Luís. *Mínimo existencial, assistência...op.cit.*, p. 11.

¹¹⁷⁸ Ingo Sarlet in SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, p. 469, exemplifica, quanto à dimensão negativa do mínimo existencial, na acepção de garantia à não afetação (não intervenção), o direito à proibição do confisco (atos com efeito confiscatório), reconhecido pelo STF na ADI n.º 2010, Medida Cautelar, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 30 de setembro de 1999. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 12 de abril de 2002, Brasília, 2002. Disponível em: <https://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>. Acesso em 20 abril 2021.

¹¹⁷⁹ *Ibid.* Ingo Sarlet, no tocante à dimensão positiva do mínimo existencial, destaca o seu reconhecimento pelo STF, inclusive em caráter originário, isto é, não necessariamente dependente de prévia política pública ou de previsão legal, conforme o decidido na ADPF n.º 45, Rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 29 de abril de 2004. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 04 de maio de 2004, Brasília, 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>. Acesso em 20 abril 2021, que versa sobre parâmetros para a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, tal como as relacionadas às prestações de saúde. Em Portugal, ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 363, destaca que o TC no Acórdão n.º 509/02, Rel. Conselheiro Luís Nunes de Almeida, julgado em 19 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>. Acesso em 07 jan. 2021, reconheceu o direito a um mínimo de existência condigna, ao decidir que o “rendimento social de inserção” deve ser assegurado aos jovens entre 18 e 25 anos que se beneficiavam do antigo “rendimento mínimo garantido”, o que não havia sido observado pelo decreto da Assembleia da República, posto que o ato normativo previa esse direito a apenas parte deles (os que tivessem encargos familiares, por terem menores a cargo, serem mulheres grávidas ou estarem casados ou unidos de fato a mais de um ano).

¹¹⁸⁰ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 406.



É precisamente nessa dimensão subjetiva que a teoria do mínimo existencial possui extrema relevância normativa em concreto. Por meio dela se busca identificar o *núcleo* (ou *conteúdo*) *essencial* do preceito constitucional consagrador do direito social e lhe conferir, quanto à sua eficácia, direito subjetivo decorrente da aplicabilidade imediata e direta da Constituição, visando, assim, mitigar a indeterminação da norma que o consagra e a dependência à conformação do legislador infraconstitucional¹¹⁸¹.

Esse *núcleo essencial*, na lição de Vieira de Andrade, corresponde:

às faculdades típicas que integram o direito, tal como é definido na hipótese normativa, e que corresponde à **projecção da ideia de dignidade humana individual na respectiva esfera da realidade** – abrangem aquelas *dimensões dos valores pessoais que a Constituição visa em primeira linha proteger e que caracterizam e justificam a existência autônoma daquele direito fundamental*¹¹⁸². (negrito e grifo nossos).

Desse modo, o núcleo (ou conteúdo) essencial representa aquelas específicas prestações derivadas do direito social que são indispensáveis para a consagração da dignidade humana e que traduzem os valores fundamentais tutelados pela Constituição, o que justifica a sua existência autônoma, enquanto direito subjetivo imediatamente exigível por força originária da norma constitucional, isto é, independentemente da sua conformação pelo legislador ordinário.

Isso porque, a não concretização do conteúdo essencial do direito social implica na própria supressão e autêntica aniquilação do bem jurídico prioritário salvaguardado pela Constituição e na descabida ausência de reconhecimento da normatividade do preceito constitucional.

A teoria do mínimo existencial, por conseguinte, eleva o núcleo essencial do direito social à condição de *direito subjetivo*¹¹⁸³, passando a possuir, portanto, ainda que em grau mínimo, aplicabilidade direta e justiciabilidade, desvinculada de atuação legislativa.

Nesse cenário, observa-se que a teoria do mínimo existencial não se confunde com o conteúdo essencial do direito social. Enquanto o núcleo essencial identifica as prestações decorrentes do direito social que são indispensáveis para a consagração da dignidade da pessoa humana, a teoria do mínimo existencial confere-lhe normatividade reforçada e adequada, pois o reveste, quando à eficácia, em direito subjetivo imediatamente exigível, mesmo que o legislador ordinário não o efetive por meio da publicação de ato normativo infraconstitucional.

¹¹⁸¹ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 406.

¹¹⁸² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 161.

¹¹⁸³ *Ibid.*, p. 412.



Portanto, a relevância prática da teoria do mínimo existencial resulta na concepção de que as prestações decorrentes dos direitos fundamentais sociais que integram o núcleo essencial assumem o caráter de direitos subjetivos. Desse modo, podem ser exigidos em face do Estado, como obrigações originárias decorrentes diretamente da aplicação da Constituição, independentemente de conformação da norma pelo legislador infraconstitucional, tal qual ocorre com os direitos de defesa.

Há, nesse caso, a aplicabilidade direta da Constituição, que, mesmo na falta de lei ou política pública conferindo concretude ao núcleo essencial do direito social, reconhece, de forma originária, o caráter prestacional e obrigacional dele decorrente, bem como a sua vinculação ao Estado, e, em razão disso, a sua eficácia – ainda que mínima – e justiciabilidade.

Diversamente, as demais prestações derivadas dos direitos sociais que não estão inseridas em seu núcleo essencial, por não serem imprescindíveis à consagração da dignidade humana, possuem a sua efetividade, especificamente quanto à configuração de direitos subjetivos exigíveis a titulares determinados, condicionada à conformidade democrática do legislador.

O legislador ordinário, por meio do *dever de avaliação e eventual concretização*¹¹⁸⁴, procederá a verificação, no caso concreto¹¹⁸⁵, das condições fáticas, jurídicas, sociais e políticas necessárias à sua determinação e exequibilidade. Isso, entretanto, frise-se, não impede que haja a aplicabilidade direta do preceito constitucional que verse sobre o direito social, mas no tocante à eficácia *objetiva* dos seus preceitos, conforme abordado no tópico 2.3 (Cap. V).

Constata-se, assim, que a teoria do mínimo existencial garante uma *normatividade reforçada* ao núcleo essencial dos direitos sociais, pois, por meio dela, reveste-o de status jurídico de direito subjetivo por força da aplicação direta da Constituição, sem a necessidade de se aguardar a sua realização pelo legislador ordinário.

Contudo, embora de indiscutível relevância para a consagração plena da dignidade humana, a teoria do mínimo existencial depara-se com alguns entraves que, embora superáveis, atrapalham a sua adequada aplicação.

¹¹⁸⁴ Expressão utilizada por MIRANDA, Jorge; SILVA, Jorge Pereira da. Artigo 18.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 320.

¹¹⁸⁵ A expressão “caso concreto” é usualmente utilizada como decisão no caso específico levado a julgamento pelo Poder Judiciário. Contudo, possui outra acepção, ora utilizada, que representa uma escolha do legislador no caso de eventual tensão entre direitos fundamentais, materializando-se em uma atividade legislativa. Nesse sentido, vide SILVA, Virgílio Afonso. In O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, 4, 2006, pp.23-51, p. 39.



O primeiro decorre da transposição dos seus termos para uma realidade constitucional totalmente diversa daquela para a qual fora inicialmente idealizada. Como destacado, sua origem remonta à doutrina alemã do período posterior à Segunda Guerra Mundial, tendo, portanto, como objeto de incidência a Lei Fundamental de Bonn de 1949. Esta, diferentemente do sistema constitucional brasileiro e português, não possui direitos sociais expressos, os quais são retirados da cláusula geral do Estado Social (artigos 20.º, n.º 1 e 28.º, n.º 1, Lei Fundamental) e da intangibilidade da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º, n.º 1, Lei Fundamental).

Bodo Peiroth e Bernhard Schlink apontam que as garantias sociais foram inscritas na Lei Fundamental de Bonn de 1949 de maneira extremamente parcimoniosa em face da preocupação de não acarretar conflitos sociais e instabilidade governamental que maculassem as estruturas do Estado de Direito¹¹⁸⁶, a ponto de ser considerada uma *Constituição sem direitos sociais (Verfassung ohne soziale Grundrechte)*¹¹⁸⁷.

Almejou-se, desse modo, estabelecer um regime de proteção dos direitos sociais diverso do instituído pela anterior Constituição de Weimar de 1919, considerado como insuficiente, pois as numerosas e detalhadas garantias sociais prometiam mais do que podiam cumprir¹¹⁸⁸.

Ante a ausência de previsão constitucional dos direitos sociais, criou-se a referida teoria para assegurar um mínimo de prestações sociais originadas diretamente da aplicação da Constituição alemã, decorrentes dos princípios inerentes ao Estado Social e à dignidade humana, independentemente da atuação do legislador ordinário.

No entanto, o regime constitucional português e brasileiro partem de pressuposto normativo diverso, na medida em que reconhecem no texto constitucional uma gama de direitos sociais. Disso resulta que enquanto na Alemanha a tese do mínimo existencial busca assegurar o básico de um sistema constitucional que tem pouca (ou quase nenhuma) prestação social, diversamente, no Brasil e em Portugal a lógica se transfigura: almeja-se, por meio dela, garantir o essencial de um sistema constitucional que prevê muitos direitos sociais.

Em suma, enquanto no sistema constitucional alemão o mínimo existencial representa a conquista, independentemente da atuação do legislador ordinário, de algo dentre quase nada do que fora delimitado na Lei Fundamental, representando uma *expansão* dos seus preceitos,

¹¹⁸⁶ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 73.

¹¹⁸⁷ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 402.

¹¹⁸⁸ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 73



diversamente, no regime brasileiro e português, simboliza uma *restrição* ao texto constitucional, pois assegura prestações sociais indispensáveis à dignidade humana dentre tudo o que, em certos casos até exageradamente¹¹⁸⁹, encontra-se previsto na Constituição.

O segundo entrave à aplicação do mínimo existencial reside na dificuldade em precisamente identificar *quais* são as prestações essenciais que integram esse piso mínimo necessário para se ter uma vida condigna. Isso porque o seu conteúdo é fluído e dinâmico, pois é variável de acordo com a realidade social, econômica, cultural e política de cada país, bem como mutável conforme as circunstâncias históricas enfrentadas por cada sociedade.

Com efeito, o mínimo existencial em países subdesenvolvidos, como o Brasil, não coincide de forma precisa comparado às nações desenvolvidas, como a Alemanha. Ademais, ainda que dentro do mesmo Estado, o simples passar do tempo pode modificar o seu conteúdo. Certamente, as prestações essenciais para a dignidade humana na Alemanha no período posterior à Segunda Guerra Mundial não são as mesmas que atualmente, em tempos de pandemia provocada pelo novo coronavírus.

O terceiro entrave à aplicação da teoria do mínimo existencial refere-se à necessidade de compatibilizá-la com o princípio da separação dos poderes, indispensável para o saudável funcionamento do Estado de direito democrático. Em outras palavras, deve-se averiguar *quem* é o poder constituído (executivo, legislativo ou judiciário) responsável por definir e quantificar quais são as prestações decorrentes dos direitos sociais que integram o mínimo existencial.

Sobre o tema, o Tribunal Constitucional alemão na decisão *BVerfGE – 1/09*, que versou sobre a política de assistência social contida nos artigos 20 e 28 do Código de Direito Social alemão (*Sozialgesetzbuch*), declarou a inconstitucionalidade dessas normas, por serem incompatíveis com a garantia fundamental à proteção do mínimo existencial.

Isso porque entendeu-se que tais dispositivos reduziram o valor do benefício assistencial pago a crianças até 14 anos sem, contudo, estabelecer com transparência e fundamentação os

¹¹⁸⁹ A respeito do exagero de certos preceitos sobre direitos sociais reconhecidos expressamente no texto constitucional, muitos dos quais sequer são levados a sério, vide, por exemplo, o artigo 7.º, IV, da CRFB, ao dispor que o salário mínimo deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas e às da família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, quando, na realidade brasileira, em razão do seu baixo valor, não consegue custear, de forma adequada e minimamente suficiente, essas despesas. Não obstante tal crítica, concorda-se com a ponderação feita por Luís Roberto Barroso *in Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...op.cit.*, p. 114, ao afirmar que, em razão das circunstâncias políticas e sociais do Brasil, se a Constituição não prever expressamente direitos sociais básicos, como educação, saúde e proteção ambiental, acabará se tornando um mero “repositório de regras para a disputa do poder pela classe dominante”.



parâmetros de restrição do seu montante, destacando a Corte Constitucional alemã que a questão central residiu no fato de não se ter levado em consideração as situações excepcionais¹¹⁹⁰.

Entretanto, apesar da referida declaração de inconstitucionalidade, optou o Tribunal Constitucional alemão por remeter ao Parlamento a definição dos critérios para a adequada quantificação do benefício de assistência social, buscando, assim, compatibilizar a aplicação da teoria do mínimo existencial com o princípio da separação dos poderes, do Estado de direito e da própria democracia¹¹⁹¹.

Constata-se, desse modo, que a jurisprudência alemã atribui ao legislador a responsabilidade originária para definir e, inclusive, quantificar as prestações que se submetem à aplicação da teoria do mínimo existencial, reconhecendo-se, entretanto, aos tribunais o poder de decidir sobre esse padrão existencial mínimo nos casos de omissão ou desvio de finalidade dos órgãos legiferantes¹¹⁹².

De todo modo, tais entraves devem ser superados ante a necessidade de consagração de prestações básicas à dignidade humana, ainda que reflita conceitos variáveis, em razão da diversidade de modelos constitucionais adotados pelos países, das distintas condicionantes históricas, sociais, econômicas, culturais e políticas vivenciadas por determinada sociedade, bem como a definição da função do poder constituído responsável pela sua identificação e quantificação.

¹¹⁹⁰ A respeito da referida decisão do Tribunal Constitucional alemão, proferida em 2010, vide SARLET, Ingo Wolfgang; KRONBAUER, Eduardo Luís. *Mínimo existencial, assistência...op.cit.*, pp. 02, 14-15, cujos autores destacam que a “discussão teve origem em ação ajuizada por famílias beneficiárias do seguro sob o fundamento de que o valor recebido para fins de sustento de seus filhos menores de 14 anos (207 Euros) seria insuficiente para garantir sua subsistência, pelo que, haveria violação a preceitos fundamentais previstos na Lei Fundamental da Alemanha -LF, mais especificamente, à dignidade humana e ao mínimo existencial”. Os mencionados autores destacam, ainda, que o Tribunal Constitucional alemão entendeu que “a definição dos montantes padrão do benefício, não obstante não terem atendido de forma clara os requisitos constitucionais no procedimento de apuração, não atendem completamente as necessidades específicas, pois não tratam de casos especiais de forma concreta”, isto é, “o problema está na ausência de previsão concreta acerca dos casos de exceção”.

¹¹⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; KRONBAUER, Eduardo Luís. *Mínimo existencial, assistência social...op.cit.*, p.15, ressaltam que “em virtude da declaração da inconstitucionalidade dos referidos dispositivos, o Tribunal destacou que não pode substituir o legislador para definir as formas adequadas de apuração de valores padrões para o benefício, nem como estipular critérios de análise de casos especiais, motivo pelo qual, concedeu um prazo (dezembro de 2010) para que o legislador preenchesse estas lacunas e corrigisse a legislação, sendo que as pessoas que necessitassem dos benefícios até esta data não seriam prejudicadas, recebendo os benefícios por meio da análise individual dos casos, com prestações em espécie, mesmo antes da promulgação da nova disposição”.

¹¹⁹² *Ibid.*, p. 10.



Nesse cenário, a efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, no tocante à complexa questão envolvendo a sua justiciabilidade, é contraposta pela tese da reserva do possível (*der Vorbehalt des Möglichen*).

Essa teoria estabelece, como condicionantes para a implementação de obrigações positivas pelo Estado para a concretização dos direitos sociais, além da efetiva disponibilidade fática e jurídica de recursos materiais aptos a sua efetivação – guardando íntima relação com a distribuição de receitas e de competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas – também a proporcionalidade da prestação exigida em face do Estado¹¹⁹³.

Nessa perspectiva, como bem ressaltado por Gilmar Mendes, por funcionar como limitador à sua eficácia, a reserva do possível constitui-se, quanto à natureza jurídica, em *elemento externo* à estrutura dos direitos fundamentais¹¹⁹⁴. Essa tese ganha destaque principalmente em momentos de crise econômica e déficit orçamentário, enfrentados, periodicamente, por diversos países¹¹⁹⁵, a ponto de ser chamada de *reserva do financeiramente ou economicamente possível*¹¹⁹⁶.

A reserva do possível surgiu, no início da década de 70, com a já destacada decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão em tema envolvendo o acesso ao ensino superior¹¹⁹⁷. Versava sobre a admissão de estudantes no curso de medicina, que exigiam o acesso ao nível superior mesmo não tendo sido classificados dentro do número de vagas ofertadas.

O Tribunal Constitucional Federal alemão indeferiu a ação, sob o fundamento de que, além da pretensão corresponder àquilo que pode ser razoavelmente exigido do Estado, eventuais restrições ao direito social de acesso à educação superior seriam aceitáveis se observados os seguintes aspectos: *a)* prévia regulamentação local; *b)* insuficiência material do Estado

¹¹⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p.287, destacando, então, que não se pode reduzir a reserva do possível apenas à questão da efetiva disponibilidade de recursos materiais, pois apresenta ao menos uma dimensão tríplice: disponibilidade fática, jurídica e proporcionalidade da prestação exigida.

¹¹⁹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 553.

¹¹⁹⁵ *Ibid.* No tocante à crise enfrentada por Portugal para a efetivação de direitos sociais, vide SANTOS, Boaventura de Sousa. *Portugal – Ensaio contra a autoflagelação*. 2. ed. Almedina, Coimbra, 2012.

¹¹⁹⁶ Expressões usadas por SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade...op.cit.*, pp. 307 e 310.

¹¹⁹⁷ BVerfGE 33, 303 (*numerus clausus*).



devidamente comprovada para atender a universalidade dos cidadãos; c) efetivos esforços do executivo e legislativo para o aumento da oferta de vagas.

A tese da reserva do possível, embora aceita pela jurisprudência internacional, deve ser aplicada com parcimônia e equilíbrio. Por um lado, não se pode desconsiderar a realidade fática e jurídica sob o viés da capacidade financeira-orçamentária enfrentada pelo Estado, sob pena dos recursos públicos, que são finitos e escassos, serem adjudicados para o benefício de apenas determinada parcela da população em detrimento de todos, maculando o próprio princípio da isonomia.

Contudo, por outro, a reserva do possível não pode incidir em face das prestações jurídicas derivadas dos direitos sociais que são integrantes do mínimo existencial, sob pena de violar, no âmbito normativo, a própria dignidade da pessoa humana. Isso porque, consoante destacado, a teoria do mínimo existencial tem a aptidão de, quanto à eficácia, gerar direitos subjetivos imediatamente exigíveis, decorrente da aplicabilidade direta da Constituição e independentemente de conformação do legislador, não estando, assim, vinculada às condicionantes orçamentárias tampouco à previsão em políticas públicas¹¹⁹⁸.

A implicação é clara: a incidência da reserva do possível está restrita à sindicabilidade do conteúdo prestacional que não integra o mínimo existencial tutelado pela Constituição e, conseqüentemente, não constituem as obrigações indispensáveis para uma vida condigna¹¹⁹⁹.

Logo, essas prestações decorrentes do direito social, por não estarem umbilicalmente relacionadas com a dignidade da pessoa humana, não se submetem ao regime jurídico reforçado da aplicabilidade direta e originária da Constituição decorrentes da incidência da teoria do mínimo existencial. Nesses casos, sujeitam-se, portanto, ao legítimo poder de conformação da norma pelo legislador ordinário para sua concretização e exequibilidade, ou seja, dependem da atividade legislativa para resultarem em direitos subjetivos exigíveis por titulares determinados.

¹¹⁹⁸ TORRES, Ricardo Lobo *in* O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Wolfgang Ingo; TIMM, Luciano Benetti (orgs). *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 82, defende que “A proteção positiva do mínimo existencial não se encontra sob a reserva do possível, pois a sua fruição não depende do orçamento nem de políticas públicas”. Sobre o tema, também é o entendimento de ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O direito ao mínimo de existência condigna...op.cit.*, p. 21, ao destacar que a obrigação prestacional voltada a assegurar o mínimo para uma existência condigna independe das disponibilidades financeiras do Estado.

¹¹⁹⁹ TORRES, Ricardo Lobo *in* O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Wolfgang Ingo; TIMM, Luciano Benetti (orgs). *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 81.



Ademais, ainda que se admita a utilização da tese da reserva do possível, por se tratar de exigência de prestação jurídica relacionada ao âmbito dos direitos sociais não integrantes do mínimo existencial, isso não significa que a disponibilidade da plena eficácia da norma constitucional está na exclusiva dependência do legislador infraconstitucional¹²⁰⁰.

Isso porque o Tribunal Constitucional, órgão competente por realizar a fiscalização de constitucionalidade, em determinados casos, pode atestar se encontram verificadas (ou não) as condições fáticas, jurídicas, políticas e sociais necessárias para conferir efetividade aos direitos sociais consagrados em normas constitucionais¹²⁰¹.

Nesse sentido, na já comentada decisão do Tribunal Constituição alemão, *BVerfGE – 1/09*, embora tenha se atribuído originariamente ao legislador a responsabilidade para definir e, inclusive, quantificar as prestações relacionadas à assistência social que se submetem à aplicação da teoria do mínimo existencial, reconheceu-se, entretanto, aos tribunais o poder de decidir sobre esse padrão existencial mínimo nos casos de *omissão* ou *desvio de finalidade* dos órgãos legiferantes¹²⁰².

Nessa perspectiva, a evolução da situação econômica, social e política em determinado Estado pode demonstrar que as referidas condicionantes objetivas se encontram superadas, ao menos parcialmente¹²⁰³. Por conseguinte, desde então, não haveria mais óbice à concretização do direito social, seja de forma total ou parcial, ainda que a prestação jurídica dele derivada não integre o mínimo existencial¹²⁰⁴.

Nesse momento em diante, o conteúdo da norma constitucional consagradora de direito social adquire uma dimensão que não possuía, na medida em que não mais depende de fatores extrajurídicos para sua exequibilidade, mas tão somente da edição da lei pelo legislador, conferindo-lhe efetividade plena, apta a gerar direitos subjetivos a titulares determinados¹²⁰⁵. A não publicação do ato normativo conferindo concretude à prestação do direito social tutelada pela Constituição pode, a partir de então, configurar omissão ou desvio de finalidade do legislador ordinário, aptas a ensejar a atuação do judiciário para assegurar a sua plena efetivação.

¹²⁰⁰ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado...op.cit.*, p. 413.

¹²⁰¹ *Ibid.*

¹²⁰² MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado...op.cit.*, p. 10.

¹²⁰³ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 410.

¹²⁰⁴ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, pp. 410-411.

¹²⁰⁵ *Ibid.*



Isso porque, como bem pontua Fernando Scaff, no âmbito das escolhas públicas o legislador, embora não atue no âmbito de opções plenamente vinculadas, o que resulta em certa liberdade, por outro lado, não pode realizar *escolhas arbitrárias*, devendo justificar de forma transparente sua conduta¹²⁰⁶. Por conseguinte, a atividade legislativa está vinculada ao que determina a Constituição, tratando-se de *escolhas discricionárias*, mas que estão limitadas aos cumprimentos do *desiderato constitucional*¹²⁰⁷.

Pode-se concluir, então, que a tese da reserva do possível, embora válida e reconhecida pelas ordens constitucionais democráticas, traz ínsita uma noção de *transitoriedade* das condicionantes não normativas que impedem a imediata e direta aplicação da Constituição em relação à configuração de direitos subjetivos decorrentes dos preceitos consagradores de direitos sociais. Ou seja, superadas essas limitações de ordem econômica-orçamentária, social e política não há mais razões plausíveis para que o direito social, em sua plenitude, não seja consagrado.

A partir desse reconhecimento, que pode ser aferido pelo Tribunal Constitucional no controle de constitucionalidade, a legítima discricionariedade e a liberdade conformativa da norma a cargo do legislador, inerentes ao pluralismo democrático, transformam-se em *arbitrariedade* e *resistência injustificada* para a promoção dos direitos sociais salvaguardados na Constituição.

Até porque a atribuição constitucional de conformação da norma pelo legislador ordinário não é absoluta, mas relativa, na medida em que está limitada pelo princípio da proporcionalidade. Disso resulta que o não exercício pelo legislador dessa competência, a depender do caso, notadamente quando, superadas as condicionantes extrajurídicas, permanece, de forma injustificada, a omissão de concretizar o direito social, pode configurar abuso do poder legislativo e proteção insuficiente do bem jurídico assegurado pela Constituição¹²⁰⁸.

Portanto, desaparecidas as condicionantes econômicas, orçamentárias, sociais e políticas, esvazia-se o juízo de ponderação do legislador para a edição da lei efetivando o direito fundamental social. Desde então, a inércia em elaborar a norma infraconstitucional, conferindo-

¹²⁰⁶ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade...op.cit.*, p. 307.

¹²⁰⁷ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade...op.cit.*, p. 307.

¹²⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 399. A respeito do postulado da proteção insuficiente como decorrência do princípio da proporcionalidade, remete-se o leitor ao tópico 2.5.1 (Cap. V), no qual fora abordado.



lhe plena exequibilidade, transfigura-se em inadmissível relutância, o que permite a declaração da sua omissão inconstitucional e a imposição do dever de legislar.

Nessa toada, a partir da constatação da possível concretização legislativa do direito social consagrado na norma constitucional, não cabe mais a alegação da reserva do possível para desobrigar o Estado de prestar o direito social tutelado na Constituição¹²⁰⁹. Isso porque a prestação do direito social que antes encontrava-se no âmbito da *reserva do possível* deslocou-se para a esfera do *objetivamente plausível*.

Nesse contexto, a aplicação da teoria da reserva do possível não pode ser invocada pelo gestor público de forma permanente e desconectada da realidade econômica, política, orçamentária e social vivenciada pelo Estado. Com efeito, como ressaltado, a sua aplicação não significa que a eficácia das normas consagradoras dos direitos sociais, no tocante à sua eficácia de gerar direito subjetivo a titulares determinados, encontre-se exclusivamente subordinada à decisão do legislador infraconstitucional.

Disso resulta que o Estado não pode buscar a incidência da referida tese como mera alegação genérica e desprovida de comprovação da existência desses fatores econômicos, sociais, orçamentários e políticos que inviabilizam, momentaneamente, a consagração de determinadas prestações derivadas dos direitos sociais que não integram o mínimo existencial¹²¹⁰.

Logo, presente a razoabilidade da pretensão, a impossibilidade fática e orçamentária de o Estado arcar com os custos do direito social exigido, demanda, além da sua ampla corroboração por provas documentais – que atestem o grau de comprometimento e de vinculação das receitas públicas – ainda, a comprovação de que a atuação estatal está direcionada, por meio de ações específicas, para o desenvolvimento do bem jurídico constitucional objeto de reivindicação.

Convém, nesse ponto, sublinhar, consoante destacado no tópico anterior, que o argumento da onerosidade não é uma característica exclusiva da efetivação dos direitos sociais e econômicos, pois também está presente na concretização dos direitos individuais, referentes às

¹²⁰⁹ A este respeito, também é o entendimento de MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, pp. 410-411.

¹²¹⁰ Sobre o tema, vide VAZ, Paulo Afonso Brum. Paradoxos, Utopias e o Futuro do Estado do Bem-Estar Social no Brasil. In *Direito e seus Desafios Socioambientais e Tecnológicos nas Democracias Contemporâneas*. BOTE-LHO, Catarina Santos; EFING, Antônio Carlos; LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos (coord.). Porto: Universidade Católica Editora, 2021, pp. 93-94. E-Book disponível em: http://www.uceditora.ucp.pt/site/custom/template/ucptpl_uce.asp?SSPAGEID=2743&lang=1&artigoID=45895.



liberdades clássicas¹²¹¹. Tais gastos estão consubstanciados na manutenção das estruturas administrativas, materiais e logísticas responsáveis por sua promoção, chamadas de *garantias institucionais da liberdade*¹²¹², como por exemplo, a estrutura da justiça eleitoral (pagamento de servidores e os custos das instalações) para que seja concretizado o direito ao voto¹²¹³.

Atualmente, consoante ressaltado, as fronteiras entre os direitos de liberdade como direitos de abstenção estatal e os direitos sociais como direitos prestacionais estão cada vez mais diluídas¹²¹⁴, inclusive quanto ao aspecto da onerosidade, pois, ao fim e ao cabo, todos os direitos fundamentais geram custos ao Estado, sendo, apenas, mais evidente nos direitos sociais¹²¹⁵.

Logo, o custo dos direitos, nesse cenário, ao invés de ser utilizado como critério para obstaculizar a efetivação do direito social, deve ser analisado sob o prisma do destino adequado dos recursos públicos para sua concretização em prol do interesse público primário¹²¹⁶, pois, como adverte Luís Roberto Barroso, “*tudo custa dinheiro e, portanto, no fundo, tudo consiste em escolhas políticas ou ideológicas*”¹²¹⁷.

¹²¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...op.cit.*, p. 534.

¹²¹² Expressão usada por TORRES, Ricardo Lobo in O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Wolfgang Ingo; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 82.

¹²¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...op.cit.*, p. 534; BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social? (Social Rights in a Context of Austerity: An Eulogy to the Principle of the Prohibition of Social Retrogression?). *Revista da Ordem dos Advogados*, p. 268, 2015.

¹²¹⁴ BOTELHO, Catarina Santos in *Os Direitos Sociais...op.cit.* p.119. NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 175, ressalta a existência de custos em todos os direitos fundamentais, sejam os em sentido amplo, que se ligam à existência e sobrevivência do Estado ou ao funcionamento democrático do dever de votar, como os em sentido estrito, relacionados aos direitos sociais. HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999, pp. 43-48.

¹²¹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 553, NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 175; BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p.498; HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999, pp. 43-48; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...op.cit.*, p. 534; PLANT, Raymond. Social Rights and the Reconstruction of Welfare. In: ANDREWS, Geoff (ed.). *Citizenship*. Londres: Lawrence & Wishart, 1991, pp. 54 ss., p. 56; e SÁNCHEZ, Isabel M. Gímenez. Límites económicos de los derechos sociales. In: CASTRO, José Luis Cascajo; BECERRA, Manuel Terol; VILA, António Domínguez e MARCHANTE, Vicente Navarro (coords.). *Derechos Sociales y Principios Rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valença: Tirant to Blanch, 2012, p. 304.

¹²¹⁶ O interesse público primário significa o complexo de interesses individuais existentes em determinada coletividade, diferente do interesse público secundário que representa o interesse privado do Estado, enquanto entidade administrativa. A respeito do tema, vide ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano*. 3.ed. Milão: Giuffrè, 1960.

¹²¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 534.



Não se pode perder de vista que o caráter da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana, mesmo que expressamente assegurado no ordenamento (âmbito do *dever ser*), como no artigo 1.º da Lei Fundamental alemã de 1949, não impede a sua constante, e muitas vezes assustadora, ofensa no mundo do *ser*, seja nas relações entre particular e Estado ou na conduta envolvendo agentes privados.

Constata-se, principalmente nos momentos de pandemia provocada pelo COVID-19, o desalentador descaso de determinadas autoridades estatais, como a postura do Presidente da República Federativa do Brasil, em omitir-se de assegurar condições mínimas de respeito à saúde e à vida humana¹²¹⁸.

Verifica-se, também, a conduta de agentes privados de grande poder econômico que priorizam, frente ao caos pandêmico, a maximização dos lucros em face da escassez de muitos produtos essenciais, o que enseja a atuação de agências antitruste em vários países do mundo¹²¹⁹.

¹²¹⁸ Estudo coordenado por Deisy Ventura, Professora Titular de Ética da Faculdade de Saúde Pública (FSP) da Universidade de São Paulo (USP), onde é Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Saúde Global e Sustentabilidade, analisou 3.049 normas jurídicas relacionadas ao COVID-19 elaboradas pelo Governo Federal brasileiro durante o ano de 2020, em conjunto com diversas manifestações públicas do Presidente da República, Jair Bolsonaro, nesse período, e concluiu pela existência de uma estratégia institucional deliberada de propagar o coronavírus entre a população brasileira, a fim de se atingir a imunidade coletiva (de rebanho) e retomar a atividade econômica o mais rápido possível e a qualquer custo. Os autores da referida pesquisa, expressamente, afastam a tese de incompetência ou negligência do governo federal, defendendo a ocorrência de atuação estatal intencional promovida pelo governo federal e liderada pelo Presidente da República, configurando uma violação sem precedentes do direito à vida e à saúde dos brasileiros, pautada em três pilares: 1) expedição de atos normativos da União, inclusive vetos presidenciais, que desobrigavam o uso de máscaras faciais e aumentavam indiscriminadamente o número de atividades consideradas essenciais durante a pandemia; 2) realização de atos de obstrução às respostas dos governos estaduais e municipais no combate à propagação do coronavírus, como críticas intensas contra medidas de *lockdown* determinadas por governadores e prefeitos; 3) propaganda contra a saúde pública, através do incentivo ao uso precoce de remédios sem eficácia científica comprovada ao COVID-19, como a cloroquina, o estímulo às aglomerações e o retardamento da aquisição de vacinas. Mapeamento e análise das normas jurídicas de resposta à Covid-19 no Brasil. VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; REIS, Rossana Rocha; RIBEIRO, Tatiane Bomfim; ASANO Camila Lissa (eds.). In *Direitos na Pandemia*, Boletim n. 10, Conectas Direitos Humanos e CEPEDISA, São Paulo, jan/2021, pp. 04-37. Disponível em: https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2021/03/Boletim_Direitos-na-Pandemia_ed_10.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

¹²¹⁹ Relatório elaborado pela OCDE intitulado *Exploitative pricing in the time of COVID-19*. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Exploitative-pricing-in-the-time-of-COVID-19.pdf>. Acesso em: 20 jun.2021, pp. 7, 11, 13, destaca que, na Espanha, a agência antitruste anunciou que estava investigando preços abusivos em produtos e serviços relacionados à crise pandêmica, como os funerários, em razão do aumento expressivo do número de mortos e de produtos à base de álcool em gel. Na Grécia, as autoridades verificaram aumento significativo nos preços de produtos essenciais na pandemia, como máscaras, luvas descartáveis e antissépticos. As autoridades da Romênia anunciaram o início de investigações em face do aumento de preços em produtos sanitários e desinfetantes. Na Itália, iniciou-se investigação por conta do considerável aumento dos preços dos testes de COVID-19 realizados em laboratórios privados. Na África, a autoridade antitruste da Kênia sancionou um supermercado por aumento excessivo no preço dos higienizadores de mãos. Na África do Sul foi proibido a comercialização por preços excessivos de máscaras faciais e luvas cirúrgicas. O mencionado relatório da OCDE



Isso comprova as precisas lições de Jorge Pereira da Silva no sentido de que os perigos para os direitos individuais em um Estado democrático decorrem “*cada vez mais dos poderes privados*”¹²²⁰.

Nesse ambiente de falta de solidariedade e partindo do pressuposto democrático de que cada pessoa merece ser tratada com igual consideração e respeito¹²²¹, torna-se cada vez mais importante definir quais prestações básicas integram o mínimo existencial, submetendo-se, portanto, ao regime jurídico reforçado de configuração de direitos subjetivos exigíveis a titulares determinados por força da aplicação direta da Constituição.

Consagra-se, assim, o direito subjetivo aos seus destinatários de acesso às prestações sociais primordiais à sobrevivência humana, independentemente da conformação da norma pelo legislador ordinário.

É imprescindível que essa delimitação seja realizada tanto para conferir maior proteção à dimensão da dignidade enquanto tarefa (dever de prestação e promoção), quanto para assegurar segurança jurídica em relação à justiciabilidade das prestações relacionadas ao conteúdo essencial dos direitos sociais, a fim de se demandar em face do Estado a sua efetiva satisfação.

Além das questões envolvendo as possibilidades orçamentárias e a competência legislativa como barreira à efetivação de prestações sociais básicas relacionadas à sobrevivência humana – o que já se ressaltou que não podem ser invocadas para a não concretização do mínimo existencial – a própria indicação com clareza de quais são essas prestações essenciais a uma vida digna é também um fator que dificulta a sua ampla concretude¹²²².

Há certo consenso de que determinados direitos sociais compõem o mínimo existencial, tais como a saúde e o saneamento básico, diretamente ligados à própria vida humana, na acepção física da existência. Contudo, resta a celeuma acerca da abrangência e dos limites de outros

aponta que mesmo nos Estados Unidos, que não possui legislação federal de regulamentação de preços, o Presidente Joe Biden assinou um decreto destinado a prevenir o aumento de preços e o acúmulo de suprimentos médicos essenciais para combater o COVID-19. Medida similar foi tomada na França, cujo governo decidiu limitar o preço do álcool em gel de 50ml em 2 euros, o de 100ml em 3 euros, o de 300ml em 5 euros e o de 1 litro em 15 euros.

¹²²⁰ SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de Legislar e Proteção Jurisdicional contra Omissões Legislativas*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 44.

¹²²¹ DWORKIN, Ronald. *The sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, pp. 1-7.

¹²²² SILVA, Virgílio Afonso. *O Conteúdo Essencial...op.cit.*, p. 47, destaca que a dificuldade de se estabelecer o conteúdo essencial dos direitos sociais decorre, em geral, pelo fato da sua estrutura normativa depender de regulamentação e intervenção estatal para produzir seus efeitos, sendo considerada uma norma constitucional de eficácia limitada.



tantos direitos que, a despeito de serem indispensáveis, não saltam aos olhos, pois ligam-se muito mais ao aspecto da dignidade enquanto valor que transcende o mero existir.

A educação ora se enquadra indubitavelmente como prestação integrante do mínimo existencial, quando assume a feição do ensino básico obrigatório¹²²³, conforme o disposto no artigo 74.º, n. 2, alínea *a* da CRP e no artigo 208.º, I, da CRFB, a ponto da Constituição brasileira de 1988, no §1.º do artigo 208.º, considerar o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo. Por outro lado, ora situa-se fora desse núcleo essencial mínimo protetivo, notadamente quando se trata de graus elevados do ensino, como o superior.

Tanto o ordenamento lusitano quanto o brasileiro, conforme analisado no tópico 1.1 Cap. V) asseguram o acesso à educação superior, mas *segundo as capacidades* de cada um (artigo 74.º, n.º 2, alínea *d* da CRP e artigo 208.º, V, da CRFB), bem como, em Portugal, estabelece, quanto a esse grau mais elevado de ensino, a *progressiva gratuidade* (artigo 74.º, n.º 2, alínea *e* da CRP).

São colocadas, portanto, como já destacado, certas condicionantes, seja no tocante à limitação do número de vagas ofertadas a cada semestre letivo (regime do *numerus clausus*), seja na exigência de qualificação acadêmica (conclusão dos ciclos sequencias da educação básica e aprovação no processo seletivo), seja em relação à necessidade de dispêndio de recursos financeiros (pagamento de mensalidades nas instituições de ensino superior públicas e privadas em Portugal e nas privadas no Brasil) que limitam a democratização da educação nos graus mais elevados de ensino, a ponto de se sustentar tratar-se de universalidade condicionada.

Sob uma perspectiva hermenêutica constitucional, tendo como parâmetro o ordenamento português e brasileiro, embora o ensino superior não se enquadre no conteúdo essencial do direito social à educação, estando, portanto, fora do âmbito de incidência da teoria do mínimo existencial, é indispensável perquirir a respeito da abrangência, eficácia e os contornos da justiciabilidade das normas constitucionais, notadamente o artigo 74.º, n.º 2, alínea *d*, da CRP e artigo 208.º, V, da CRFB, os quais garantem o acesso a esse grau mais elevado de ensino.

¹²²³ Vide nota de rodapé n.º 09 (Cap. I), na qual delimitamos os doutrinadores, tanto brasileiros quanto portugueses, que consideram o ensino básico como prestação social integrante do mínimo existencial.



Em outras palavras, é necessário saber, do ponto de vista jurídico-normativo, o que efetivamente se pode exigir – ou ao menos esperar – do Estado na condição de dever prestacional (enquanto tarefa) relacionado ao desenvolvimento da educação superior.

Isso porque se de um lado as determinações do legislador constituinte originário não podem engessar a atividade legislativa do Estado, estabelecendo uma espécie de fossilização da Constituição, por outro, as finalidades constitucionais do ensino não podem ser desprezadas a ponto de se materializarem apenas na acepção de meras intenções desprovidas de efetividade.

Ao fim e ao cabo, o que se busca é a definição da eficácia adequada dos direitos fundamentais sociais, especificamente em relação ao preceito constitucional que garante o acesso de todos ao ensino superior, segundo as suas capacidades (artigo 74.º, n.º 2, alínea *d*, CRP e artigo 208.º, V, CRFB).

2.6 Discricionariedade do Legislador e Princípio da Proporcionalidade: Proibição de Excesso e da Proteção Deficiente e Graus do Controle de Constitucionalidade

Nas democracias contemporâneas, reconhece-se a legítima discricionariedade do legislador na definição dos *meios* para assegurar os *fins* constitucionais, o que lhe garante, como ressaltado no tópico anterior, não apenas a atribuição de definir o momento adequado para sua concretização, atento às condicionantes sociais, políticas, orçamentárias e jurídicas, mas também, inclusive, eventual revisibilidade das escolhas políticas anteriores.

A ordem constitucional, conforme ressalta Gilmar Mendes, assegura, desse modo, a *discricção legislativa*, isto é, “*margens de ação para definir a forma mais adequada de proteção a bens jurídicos fundamentais*”¹²²⁴.

Trata-se, na precisa lição de Vieira de Andrade, de um *espaço próprio para conformação* do conteúdo das prestações que constituem o direito, permitindo que o legislador realize as “*opções políticas num quadro de prioridades a que obrigam a escassez dos recursos*”¹²²⁵. Tais escolhas, na ótica de Jorge Miranda, são inerentes ao pluralismo democrático e à maleabilidade das normas constitucionais¹²²⁶ em face de uma sociedade cada vez mais diversificada, multicultural, multiétnica e, por conseguinte, complexa.

¹²²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 399.

¹²²⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 354.

¹²²⁶ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado...op.cit.*, p. 405.



Por conta disso, ainda evocando o magistério de Vieira de Andrade, as normas constitucionais que veiculam direitos sociais e estabelecem opções de valores fundamentais de transformação da sociedade “*não poderão ser constitucionalmente determinados e hão de deixar sempre um espaço vasto para escolhas democráticas entre alternativas*”¹²²⁷. Caso contrário, ter-se-ia que admitir uma insustentável situação de *inconstitucionalidade permanente* decorrente da não realização dessas tarefas constitucionais e a Constituição acabaria por se transfigurar em um instrumento de desestabilização política¹²²⁸.

Nesse ambiente, a avaliação dessas condicionantes extrajurídicas permite que o legislador, em uma democracia constitucional, no momento da concretização do bem jurídico tutelado pela Constituição, concilie os diversos interesses em potencial rota de colisão, notadamente as naturais tensões geradas pelas aspirações da maioria em eventual conflito com os interesses de grupos minoritários.

Em suma, o poder de conformação do legislador ordinário é não apenas *legítimo*, mas também *necessário*, pois permite que, ao analisar os inúmeros aspectos sociais, políticos, orçamentários e econômicos que envolvem a concretização da norma, tome decisões *racionais* e *sustentáveis* que harmonizem os interesses antagônicos em disputa e protejam os direitos fundamentais, fortalecendo, ao fim e ao cabo, a própria democracia constitucional.

Desse modo, eventual inação do legislador ordinário, desde que de forma *fundamentada* em razão da escolha pela promoção de outros bens jurídicos relevantes por conta das condicionantes fáticas, jurídicas e políticas que impedem a sua integral efetivação em determinado momento, não gera, em regra, inconstitucionalidade por omissão, razão pela qual trata-se de uma espécie de *omissão institucional tolerada*.

Isso é necessário para se garantir a adaptabilidade e a maleabilidade da Constituição às evoluções sociais que moldam o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a já mencionada abertura material dos direitos fundamentais e sua atipicidade é indispensável para a sua adequada tutela, em razão do surgimento de novos direitos na sociedade globalizada, conectada e em constante transformação. Essas pretensões resultantes de uma comunidade em contínua mutação dificilmente conseguem ser previstas no texto

¹²²⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 373.

¹²²⁸ *Ibid.*, pp. 373-374.



constitucional, notadamente por ter sido promulgado em outra época, de realidades social, econômica, política e tecnológica distintas da contemporânea.

É a evolução da sociedade que molda o direito que sobre ela incide. Não deve, então, o legislador constituinte originário, *a priori*, impor de forma imutável os *meios* pelos quais se concretizarão os *fins* constitucionais. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional alemão na decisão *BverfGE 88,203, 1993* ressaltou que “*a Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, a sua configuração*”¹²²⁹.

Observe que os próprios fins estabelecidos de forma originária podem ser modificados pelo legislador constituinte derivado. Cita-se, nesse sentido, o processo de desmarxização¹²³⁰ da CRP iniciada pela revisão constitucional de 1982 que alterou diametralmente os rumos socialistas delineados pelo legislador constituinte originário português.

Nessa perspectiva, se os próprios fins constitucionais podem sofrer ajustes, mesmo substanciais, como se verificou na estrutura constitucional portuguesa, quanto mais no tocante aos meios, caso sejam completamente definidos originariamente.

Sendo assim, a eficácia adequada dos direitos fundamentais enseja, por um lado, a observância da legítima discricionariedade do legislador ordinário de escolher os meios para a sua concretização – notadamente quando a estrutura da norma constitucional assim estabelece para a determinação do seu conteúdo – frente à pluralidade de interesses individuais, coletivos e difusos que tem a atribuição de implementar em uma sociedade cada vez mais complexa e plural.

Entretanto, a Constituição, seja a portuguesa ou a brasileira, no tocante à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, apesar de reconhecer o poder do legislador de conformação da norma constitucional, não lhe confere um cheque em branco, no qual pode, sem um mínimo de balizas ou critérios pré-estabelecidos, escolher, ao seu bel prazer, a melhor hora para emití-lo.

Com isso se quer destacar que a discricionariedade legislativa, nas democracias constitucionais, não é absoluta, mas *relativa*, pois aquelas finalidades constitucionais estabelecidas pelo legislador constituinte que encontrem respaldo no consenso da sociedade e que, por isso,

¹²²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 400.

¹²³⁰ Expressão usada por MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 430.



são qualificadas como bens jurídicos prioritários e tarefas essenciais do Estado, não podem ser relegadas à segundo plano.

Destarte, a liberdade de conformação da norma pelo legislador é limitada pelo princípio da proporcionalidade em suas três máximas (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) e sujeita ao controle de constitucionalidade pelo tribunal constitucional, cuja competência, conforme examinado no tópico 2 (Cap. I), é uma característica inerente às democracias constitucionais.

Isso porque, conforme ressalta Paulo Bonavides, a autonomia e liberdade do legislador para eleger, conformar e determinar fins e meios, embora se mantenha resguardada, passa a estar “*sob a regência inviolável dos valores e princípios estabelecidos pela Constituição*”¹²³¹.

Dentre esses princípios está o da constitucionalidade, que legitima o controle da atividade legislativa por órgãos autônomos, definidos na própria Constituição, em especial o tribunal constitucional, com a finalidade precípua de assegurar a supremacia formal e material da Constituição e a salvaguarda dos direitos fundamentais.

No Estado Democrático de Direito, o princípio da constitucionalidade “*deslocou para o respeito aos direitos fundamentais o centro da gravidade da ordem jurídica*”¹²³², gerando a prevalência da constituição sobre a lei. Por conseguinte, o legislador deixa de ser *soberano* e transforma-se, conforme Paulo Bonavides, num *funcionário*, pois está à serviço da Constituição, estreitando, assim, o seu espaço de intervenção no momento da elaboração das leis¹²³³.

Nesse cenário, a educação foi alçada, tanto na CRP quando na CRFB, como interesse coletivo essencial e a contínua e permanente valorização do ensino é imposta como tarefa fundamental dos Estados brasileiro (artigos 205.º e 214.º, ambos da CRFB) e português (artigo 9.º, alínea *f*, e artigo 81.º, alínea *b*, ambos da CRP).

Portanto, embora o legislador ordinário possa escolher, dentre as opções democráticas e frente às diversas condicionantes sociais, econômicas, orçamentárias e políticas, os meios para cumprir essa missão, não pode se desviar do objetivo de progressivamente desenvolver a educação, em todos os seus níveis de ensino.

¹²³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 399.

¹²³² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 400.

¹²³³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 424.



Dentre os parâmetros utilizados pelo tribunal constitucional para limitar as indevidas restrições aos direitos fundamentais, está a proporcionalidade, considerado autêntico princípio geral de Direito Constitucional, ao lado do princípio do Estado de Direito¹²³⁴, pois, como destaca Paulo Bonavides, o “*controle de proporcionalidade é, de natureza, expressão do controle de constitucionalidade*”¹²³⁵.

Logo, o princípio da proporcionalidade materializa-se como o instrumento mais poderoso e eficaz para a tutela dos direitos fundamentais contra limitações abusivas e omissões intoleradas cometidas pelo legislador no exercício da sua atividade¹²³⁶. A ponto de, como ressalta Gilmar Mendes, converter-se o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no princípio da reserva legal proporcional (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*)¹²³⁷.

O princípio da proporcionalidade contempla três conteúdos parciais (elementos ou subprincípios): *a*) adequação (*Geeignetheit*); *b*) necessidade (*Erforderlichkeit*); *c*) proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit, i.e., Sinn*), que conduzem e limitam a atuação do legislador ordinário nas democracias contemporâneas.

A *adequação*, primeiro subprincípio da proporcionalidade, também chamada de *pertinência* ou *aptidão*, simboliza que o meio utilizado deve ser apto a alcançar a finalidade almejada, ou seja, trata-se de verificar, numa relação de causa e efeito, se a medida adotada pelo legislador é suscetível de atingir o objetivo escolhido¹²³⁸.

Por sua vez, constatado que o meio é adequado ao fim a que se destina, passa-se à análise do segundo subprincípio, a *necessidade*, que representa a averiguação se o meio utilizado é, dentre todos os possíveis, o mais preciso para atingir o fim planejado. Em outras palavras, corresponde à imposição de se empregar o meio mais suave dentre todos os disponíveis, isto é, aquele menos nocivo e que não excede os limites indispensáveis à conservação do fim a que se destina¹²³⁹.

Sobre o tema, Paulo Bonavides, citando Jellinek, leciona que “*não se abatem pardais disparando canhões*”¹²⁴⁰. Isso porque, embora sejam aptos ao fim proposto, existem diversos

¹²³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 401.

¹²³⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 399.

¹²³⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 425.

¹²³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 400.

¹²³⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 397.

¹²³⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 397.

¹²⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 402.



outros instrumentos, menos agressivos e com menor produção de danos colaterais, que atingem igualmente o mesmo objetivo, de modo que a utilização de canhões para essa finalidade, apesar de ser adequada, não é necessária.

Por fim, o terceiro subprincípio da proporcionalidade é a *proporcionalidade em sentido estrito* e representa a relação entre o custo causado pelo meio escolhido e o benefício da finalidade pretendida¹²⁴¹. Portanto, nesse momento, concentra-se a verificação, não apenas no meio empregado, mas sobretudo no resultado e na consequência da escolha para o interesse público.

Em outras palavras, realiza-se a *ponderação* a fim de verificar se a finalidade a ser alcançada com o meio utilizado irá violar ou mitigar de forma irreparável outros bens jurídicos da mesma relevância e igualmente tutelados pelo ordenamento.

Portanto, o princípio da proporcionalidade, com seus três subprincípios, vincula a atividade legislativa para que demonstre não apenas a legitimidade dos meios empregados e dos fins almejados, mas também a adequação dos meios para a obtenção dos objetivos buscados e a necessidade de sua utilização¹²⁴².

Decorrem do princípio da proporcionalidade obrigações que restringem a margem de discricionariedade do legislador no momento da elaboração dos atos normativos em dois sentidos: a) *proibição de excesso (Übermassverbot)* e b) *proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)*, reconhecido pelo Tribunal Constitucional alemão na decisão *BverfGE, 88, 203, 1993*¹²⁴³.

No primeiro caso (proibição de excesso), o princípio da proporcionalidade impõe *proibições de intervenção*¹²⁴⁴, ou seja, impede restrições desmedidas que violem os direitos fundamentais. Nessa situação, a atuação legislativa não será proporcional se o meio utilizado for inapto a alcançar a finalidade de salvaguarda dos direitos fundamentais; ou se o meio empregado ultrapassar o necessário ao fim buscado, causando danos insustentáveis ao direito fundamental; ou se o meio aplicado violar outros fins igualmente tutelados pelo ordenamento.

¹²⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, pp. 397-398.

¹²⁴² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 400.

¹²⁴³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 400.

¹²⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 400.



No segundo caso (proibição de proteção deficiente), diversamente, o princípio da proporcionalidade gera *imperativos de tutela*¹²⁴⁵, isto é, revela que o desrespeito ao direito fundamental decorreu não de uma conduta exagerada, mas, sim, insuficiente. Nesse caso, a atividade legislativa não será proporcional se o meio utilizado não for adequado para tutelar o direito fundamental de forma ótima; ou se o meio empregado não observar medidas alternativas que favoreçam ainda mais a concretização do direito fundamental; ou se o meio aplicado gerar um grau de satisfação do fim legislativo inferior àquele exigido pela Constituição¹²⁴⁶.

Por fim, passa-se agora, ainda que em linhas gerais e sem a pretensão de esgotar o tema, relacionar a conexão existente entre o princípio da proporcionalidade e a teoria dos princípios de Robert Alexy. Partindo dos estudos desenvolvidos por Dworkin, Alexy utiliza a tese da separação rigorosa para defender que a diferença entre regras e princípios dar-se-á em razão de possuírem padrões normativos com estruturas lógicas completamente diversas¹²⁴⁷.

As regras são aplicáveis de um modo “tudo ou nada” (*all-or-nothing fashion*), ou seja, verificas as características do antecedente da norma, ou a regra é válida, e a consequência jurídica deve ser aceita, ou ela não é válida e, conseqüentemente, nenhuma medida resolveria o conflito¹²⁴⁸. Diferentemente, os princípios têm uma dimensão de peso (*dimension of weight*) e, no caso da tensão entre eles, o princípio que possui o maior peso relativo decidiria, sem que, no entanto, aquele com menor peso relativo se tornasse inválido¹²⁴⁹.

Alexy defende, como marco diferencial de suas prescrições, que as regras possuem um conteúdo descritivo e são aplicadas pela mera subsunção, ou seja, preenchidos seus pressupostos, sucede a consequência jurídica, diversamente, os princípios contêm *mandamentos de otimização*, isto é, comandam que algo seja realizado na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas¹²⁵⁰.

Disso resulta que os princípios assumem, quanto ao seu conteúdo, um diferente caráter *prima facie*, pois, de antemão, não há motivo algum para dar-se precedência a um princípio em

¹²⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 400.

¹²⁴⁶ *Ibid.*

¹²⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 400.

¹²⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva...op.cit.*, pp. 148-167.

¹²⁴⁹ *Ibid.*

¹²⁵⁰ *Ibid.*



detrimento a outro, razão pela qual a sua determinação será definida no caso concreto, quando surgem dúvidas, devendo se demonstrar o recuo dos princípios que lhe são contrários¹²⁵¹.

A determinação da medida comandada de cumprimento de um princípio em relação às exigências de um princípio oposto é a *ponderação*, motivo pelo qual é considerada por Alexy como a forma de aplicação específica do princípio¹²⁵².

Nessa perspectiva, a disputa sobre a teoria dos princípios é, sobretudo, uma disputa sobre a ponderação, a qual, na visão de Alexy, é o objeto do terceiro subprincípio, o da proporcionalidade em sentido estrito, que se trata da otimização em relação às possibilidades jurídicas, por outro lado, o objeto dos dois primeiros subprincípios da proporcionalidade – adequação e necessidade – referem-se à otimização no tocante às possibilidades fáticas¹²⁵³.

Por fim, ainda no contexto de limitação da discricionariedade do legislador, é de se destacar que no âmbito do controle da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional alemão no caso *Mitbestimmungsgesetz (1978 BVerfGE 50, 290)*, pontuou os seguintes graus de intensidade: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); e c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*)¹²⁵⁴.

No *controle de evidência*, o Tribunal deve assegurar ao legislador uma ampla margem de conformação da norma constitucional para escolher as medidas que reputar adequadas e necessárias ao fim almejado, de modo que eventual declaração de inconstitucionalidade somente poderá ser realizada quando as medidas adotadas pelo legislador se configurarem manifestamente inadequadas para a salvaguarda do direito fundamental¹²⁵⁵.

Revela-se, assim, que a atuação da jurisdição constitucional na limitação da liberdade de conformação da norma pelo legislador deve ser implementada de maneira restrita, posto que exige um juízo suficientemente seguro em face das medidas inequivocamente inidôneas adotadas para a proteção do bem jurídico constitucional¹²⁵⁶.

Por sua vez, o *controle de justificabilidade* (ou de *sustentabilidade*) almeja aferir se o ato legislativo foi produzido com base em justificativas objetivamente apreciáveis e racionais, ou seja, consiste em verificar se o legislador no momento de elaboração da norma considerou

¹²⁵¹ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva...op.cit.*, pp. 148-167.

¹²⁵² *Ibid.*

¹²⁵³ *Ibid.*

¹²⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 400.

¹²⁵⁵ *Ibid.*, p. 401.

¹²⁵⁶ *Ibid.*, p. 401.



todas as informações disponíveis e planejou diagnósticos sobre as consequências da sua aplicação¹²⁵⁷.

Isso demanda do Tribunal, no momento do controle de constitucionalidade, que se assimilem os fatos legislativos considerados como pressupostos pelo legislador para a elaboração da lei ou de específica política pública, a fim de que possa atestar se a conformação da norma foi ou não justificada¹²⁵⁸.

Enfim, o *controle material de intensidade* é aplicado naquelas intervenções legislativas que afetam, de forma substancial, bens jurídicos de extrema importância, tais como a liberdade individual e a educação, ensejando uma fiscalização mais rígida pelo Tribunal constitucional¹²⁵⁹.

Nesse nível, o Tribunal examina se o ato legislativo é essencial para a salvaguarda de outros bens jurídicos igualmente prioritários, isto é, o *judicial review* tem por objeto a própria ponderação realizada pelo legislador para a elaboração da lei¹²⁶⁰. Incide, desse modo, sobre o terceiro subprincípio da proporcionalidade (proporcionalidade em sentido estrito), ora analisado, e busca aferir se houve o equilíbrio entre os objetivos gerados pela intervenção e os limites causados aos direitos fundamentais¹²⁶¹.

2.7 Financiamento da Educação: Dever de Gasto Mínimo, Dimensão Material da Qualidade do Ensino e o Mínimo Existencial Educacional

Todos os direitos fundamentais, consoante destacado no tópico 2.4 (Cap. V), geram custos ao Estado¹²⁶², embora sejam mais aparentes nos direitos sociais. O financiamento adequado dos direitos fundamentais sociais, mediante a alocação apropriada de recursos

¹²⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 401.

¹²⁵⁸ *Ibid.*, p. 402.

¹²⁵⁹ *Ibid.*, p. 402.

¹²⁶⁰ *Ibid.*, p. 402.

¹²⁶¹ *Ibid.*, pp. 402-403.

¹²⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 553; NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade...op.cit.*, p. 175; BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, p. 120; HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights...op.cit.*, pp. 43-48; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...op.cit.*, p. 534; PLANT, Raymond. Social Rights and the Reconstruction of Welfare. In: AN-DREWS, Geoff (ed.). *Citizenship...op.cit.*, p. 56, e SÁNCHEZ, Isabel M. Gímez. Límites económicos de los derechos sociales. In: CASTRO, José Luis Cascajo; BECERRA, Manuel Terol; VILA, António Domínguez e MARCHANTE, Vicente Navarro (coords.). *Derechos Sociales...op.cit.*, p. 304.



orçamentários para o seu custeio, notadamente para o desenvolvimento das prestações envolvendo a educação, é indispensável para se atingir um padrão de qualidade do sistema de ensino.

O Brasil, conforme destaca Fábio Comparato, Heleno Torres, Élide Pinto e Ingo Sarlet, desde a Constituição Republicana de 1934, com alguns retrocessos causados pelas Constituições de 1937 e 1967/1969, adota o regime constitucional de *vinculação de recursos obrigatórios para a educação* (artigos 212.º, 212.º-A, ambos da CRFB e artigo 60.º do ADCT) e a *saúde* (artigo 198.º, §2.º, CRFB, artigo 77.º do ADCT e LC n.º 141/2012), buscando, assim, trilhar uma rota civilizatória, universalizar o acesso à escola e materializar a dignidade da pessoa humana¹²⁶³.

Essa associação de receitas para a concretização dos direitos fundamentais sociais, notadamente, no Brasil, para o âmbito da saúde e da educação, contribui para a caracterização, conforme o magistério de Fernando Scaff, de um *orçamento mínimo social*, o qual assume o status, na visão do referido autor, de *cláusula pétrea orçamentária*¹²⁶⁴. Nessa ótica, mitiga-se a liberdade do legislador ordinário na distribuição dos recursos públicos em prol da garantia de efetivação dos direitos fundamentais¹²⁶⁵.

Nesse sentido, o artigo 212.º da CRFB dispõe que a União deve aplicar, anualmente, nunca menos de 18%, e os estados, o Distrito Federal e os municípios, no mínimo, 25% da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Na distribuição das verbas públicas, o artigo 212.º, §3º, da CRFB estabelece prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório (educação básica, que engloba o ensino infantil, fundamental e médio), a fim de implementar a universalização, a garantia do padrão de qualidade e a equidade, nos termos do Plano Nacional de Educação (PNE, Lei n.º 13.005/2014), de duração decenal, vigorando até 2024.

O artigo 11.º do PNE prevê que o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (SAEB), coordenado pela União, em colaboração com os estados, o Distrito Federal e os municípios, constituirá fonte de informação para a avaliação da qualidade da educação básica e

¹²⁶³ COMPARATO, Fábio Konder; TORRES, Heleno Taveira; PINTO, Élide Graziane Pinto; SARLET, Ingo Wolfgang. Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação: mínimos inegociáveis. Revista Consultor Jurídico, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis>.

¹²⁶⁴ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade...op.cit.*, pp. 372-373.

¹²⁶⁵ *Ibid.*



para a orientação das políticas públicas desse nível de ensino. Por meio dele, são avaliados os indicadores de rendimento escolar, referente ao desempenho dos alunos, bem como os de avaliação institucional, verificando, dentre outros fatores, a infraestrutura das escolas, os recursos pedagógicos disponíveis e os processos da gestão.

Outros índices de desempenho da educação básica como, no âmbito nacional o IDEB e, internacionalmente, o PISA, abordados no tópico 2.7 (Cap. III), também são responsáveis por aferir o nível de desempenho dos alunos do ensino obrigatório, constituindo parâmetro para atestar a qualidade do ensino ofertado nas escolas públicas e particulares.

A CRFB, no artigo 212.º, §4º e §5º, no tocante ao financiamento da educação, ainda estabelece que os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários e que a educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas.

No Brasil, com o escopo de incrementar a defesa do direito à manutenção da qualidade do ensino prestado pelo Estado, Élidea Graziane Pinto instiga o debate a respeito da existência do *dever estatal de progressividade*¹²⁶⁶. Esta obrigação, consoante a referida autora, além de vedar a extinção ou a redução deliberada do orçamento a patamares vinculativos menores que o previsto na Constituição, proíbe que haja a estagnação ou a restrição interpretativa das normas orçamentárias, a ponto de retirar do sistema de ensino e também das ações de saúde a possibilidade de progredir¹²⁶⁷.

Ademais, a mencionada autora brasileira desenvolve também a noção do *dever de gasto mínimo material* em educação, cujo conceito demanda do legislador o cumprimento não somente do aspecto meramente formal da despesa educacional (referente à observância do aludido percentual mínimo de receitas orçamentárias que devem ser vinculadas à educação), mas principiante a sua dimensão substancial¹²⁶⁸. Esta é compreendida como um “conjunto de obrigações legais de fazer a serem contidas – material e substantivamente – no conjunto de ações normativamente irrefutáveis”¹²⁶⁹.

¹²⁶⁶ PINTO, Élidea Graziane. *Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação: uma perspectiva constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 43.

¹²⁶⁷ *Ibid.*

¹²⁶⁸ *Ibid.*

¹²⁶⁹ *Ibid.*



Logo, nessa perspectiva, não é suficiente o cumprimento meramente *matemático* (formal) do dever de gasto mínimo com o desenvolvimento do ensino se isso corresponder à regressividade imotivada dos indicadores e índices oficiais de desempenho dos estudantes (como os mencionados IDEB e o PISA, analisados no tópico 2.7 do Cap. III). Isso porque “*gastar formalmente o montante mínimo de recursos vinculados, mas não assegurar o padrão de qualidade, é gastar mal (lesão aos princípios da finalidade e eficiência)*”¹²⁷⁰.

Desse modo, o *dever de gasto mínimo material* impede a regressividade infundada e predatória gerada pela falta de gestão eficiente na alocação de recursos e na ausência de planejamento contínuo para a atualização do PNE. Almeja, por conseguinte, impedir restrições injustificadas no orçamento de financiamento da educação, assegurar o padrão de qualidade do ensino público prestado e garantir a estabilidade da fonte de custeio da educação¹²⁷¹.

O dever estatal de progressividade e o dever de gasto mínimo material estão alinhados com o disposto no artigo 206.º, VI da CRFB, que estabelece o *princípio da garantia de padrão de qualidade do ensino*, cuja importância, na precisa lição de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, é fomentar a construção de uma *educação democrática*¹²⁷².

A educação democrática preocupa-se não somente com o aspecto *formal* de acesso igualitário a todos ao sistema público de ensino, notadamente no ensino obrigatório, mas, sobretudo, com a dimensão *material* ou *substancial*, no sentido de que sejam assegurados os recursos necessários para que os alunos possam realmente concluir os seus ciclos de aprendizagem, com o maior grau de aproveitamento possível¹²⁷³.

O reconhecimento de dimensão material da educação gera reflexos também na própria definição do conceito de *mínimo existencial educacional*, entendido como as prestações estatais relacionadas ao ensino voltadas a garantir o acesso básico a bens culturais e a integração social e comunitária considerados indispensáveis à consagração da dignidade humana.

Ana Paula de Barcellos, ao tratar sobre o tema, sustenta que o direito à educação básica engloba, na condição de titular e destinatário do serviço público essencial, o educando em

¹²⁷⁰ PINTO, Élide Graziane. *Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação...op.cit.*, p. 28.

¹²⁷¹ *Ibid.*, pp. 31-33.

¹²⁷² FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 91.

¹²⁷³ Sobre as dimensões formal e material do direito ao ensino, vide MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 436, bem como MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional...op.cit.*, p. 1.798.



qualquer idade, ou seja, ainda que não tenham tido acesso ao ensino fundamental na época própria¹²⁷⁴.

Convém ainda registrar a doutrina de Ricardo Schneider Rodrigues que, buscando superar o argumento apenas *formal* de acesso à educação – considerado como aquele que relaciona as prestações incluídas no mínimo existencial educacional com a forma de positivação do direito à educação, especificamente na parcela referente ao direito público subjetivo (artigo 208.º, §1º, CRFB) – utiliza-se do que atribui ser o *argumento substancial* para focar na necessidade de que o ensino efetivamente propicie ao indivíduo o pleno desenvolvimento como pessoa, o preparo ao exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho¹²⁷⁵.

Nessa ótica, sustenta o referido autor que o conceito de mínimo existencial educacional, para que possa atingir essas finalidade constitucionais, deve incluir em suas prestações, indispensáveis à consagração da dignidade, o acesso ao ensino médio e não apenas ao ensino fundamental, independentemente da idade do aluno¹²⁷⁶. Isso, inclusive, foi reconhecido pelo próprio legislador brasileiro ao redimensionar, com a Emenda Constitucional n.º 59/2009, o âmbito de incidência do mínimo existencial educacional para englobar, no ensino básico obrigatório e gratuito, também as prestações do ensino médio¹²⁷⁷.

Coaduna-se com o entendimento sustentado pelo aludido autor, tendo em vista que a educação para adultos, embora não possua a marca da obrigatoriedade, posto que essa, no Brasil, direciona-se aos alunos dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, mantém o seu caráter universal, cujos conceitos, embora se relacionem, não podem ser confundidos, conforme explanado no tópico 3.1 (Cap. III).

A ordem constitucional portuguesa, diferentemente da brasileira, não adota expressamente na CRP o regime de vinculação de receitas obrigatórias para o desenvolvimento da educação. No entanto, preocupa-se, como ressalta André Salgado de Matos, também com o padrão de qualidade do serviço público relacionado à dimensão material do ensino¹²⁷⁸. Esse autêntico dever estatal de proteção pode ser retirado do conteúdo normativo do artigo 74.º da CRP ao proclamar a garantia do *êxito escolar*, abordado no tópico 3.2 (Cap. II).

¹²⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de in *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais...op.cit.*, pp. 351-352.

¹²⁷⁵ RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Constas e o Mínimo Existencial em Educação: Fundamentos para uma atuação forte*. Belo Horizonte: Fórum, 2021, pp. 195-207.

¹²⁷⁶ *Ibid.*

¹²⁷⁷ *Ibid.*

¹²⁷⁸ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 436.



A preocupação com a qualidade do ensino educacional é tamanha, a ponto de Carla Amado Gomes, em Portugal, defender a noção de *mínimo educacional garantido*, que corresponde “*numa primeira esfera, aos elementos de existência do serviço e às condições de acessibilidade de acordo com os parâmetros da igualdade e, numa segunda esfera, aos pressupostos objectivos ou tendencialmente objectiváveis da prestação do serviço*”¹²⁷⁹. Dessa acepção, retira-se o fundamento para sustentar a existência do direito à manutenção da qualidade da educação no sistema de ensino português.

A mencionada autora portuguesa defende existir na ordem constitucional lusitana o *direito à qualidade do ensino* que integra a noção do mínimo educacional garantido, notadamente em relação aos seus fatos objetivos e que permitem realizar um controle externo, quais sejam: a) a cognoscibilidade da mensagem letiva; b) a possibilidade efetiva da compreensão pelo aluno do aprendizado transmitido; c) as condições materiais em que o serviço educacional é prestado e do ambiente global que o rodeia (dentro e fora de sala de aula)¹²⁸⁰.

Percebe-se, assim, que tanto no Brasil quanto em Portugal, embora adotando estruturas constitucionais diversas no tocante à vinculação das receitas orçamentárias para o financiamento das prestações relacionadas à educação, erigem-se esforços para estabelecer um padrão mínimo de qualidade aos serviços educacionais prestados pelo Estado, bem como direcionar recursos que possam assegurar a efetiva conclusão dos ciclos de estudos, com o maior grau de aproveitamento possível.

Convém registrar que se engana quem acredita que a conclusão do aprendizado é apenas resultado do mérito individual do estudante. A formação educacional, em diversas situações, exige muito mais do que o esforço pessoal, pois as barreiras de natureza econômica e social que se apresentam no caminho e as desigualdades de oportunidades, em muitas situações, ultrapassam a capacidade do aluno.

Sobre o tema, Michael Sandel defende a noção da *tiranía do mérito* que, em sua visão, “*consiste em um conjunto de comportamentos e circunstâncias, que, agrupadas, tornaram a meritocracia tóxica*”¹²⁸¹. Para o referido autor, a *retórica da responsabilidade*¹²⁸² – a noção de

¹²⁷⁹ GOMES, Carla Amado. Direitos e Deveres dos Alunos nas Escolas Públicas de Ensino Não Superior: Existe um direito à qualidade de ensino? *In Temas de Direito...op.cit.*, p. 74.

¹²⁸⁰ *Ibid.*, pp. 75-80.

¹²⁸¹ SANDEL, Michael J. *A Tirania do Mérito...op.cit.*, p. 85.

¹²⁸² *Ibid.*, p. 76.



que o indivíduo é responsável por seus fracassos e sucessos – e a *retórica da ascensão*¹²⁸³ – a promessa de que a mobilidade social depende apenas do trabalho árduo e a dedicação individual – ambas direcionadas para o ideal de autoconfiança e a de vencer pelo próprio esforço, tornaram a meritocracia uma autêntica arrogância¹²⁸⁴.

Sustenta que, em condições fáticas de desigualdade patente, insistir na noção de que as pessoas são responsáveis por seu próprio destino e que merecem o que recebem gera a corrosão da solidariedade e a desmoralização das pessoas que são deixadas para trás pela globalização¹²⁸⁵.

Apesar de não se poder abandonar o mérito, por se tratar de um dos requisitos para o acesso ao ensino superior, é preciso estar atento a esse cenário de ausência de isonomia de oportunidades. Nesse ambiente naturalmente desigual, é dever do Estado atuar para implementar medidas que retirem – ou ao menos minimizem – os entraves socioeconômicos, a fim de equilibrar a realidade para que os alunos hipossuficientes possam desenvolver as suas próprias potencialidades e concorrer, no processo seletivo, no mesmo nível com os demais estudantes.

O Estado deve, portanto, assegurar condições fáticas reais e concretas – e não meramente abstratas do âmbito jurídico – para que o aluno carente e vulnerável possa não somente ingressar em uma instituição de ensino pública, em todos os níveis, mas também concluir a sua aprendizagem com efetivo aproveitamento.

Citam-se, como exemplos de gastos públicos necessários ao êxito do estudante e ao combate à evasão escolar, o direito do aluno, cuja família não tem condições financeiras de custear o seu deslocamento até a escola, do Estado fornecer transporte escolar gratuito, bem como a imperiosa necessidade de contínua atualização do piso salarial dos professores, com o escopo de valorizar a carreira e torná-la atraente aos profissionais.

O adequado financiamento de tais despesas constrói a *educação solidária* que, como destacado no tópico 2.3 (Cap. I) é aquela que, sem inimizar as pessoas, promove a superação das desigualdades econômicas, sociais e culturais. Sua noção, destarte, ultrapassa o aspecto meritocrático, individualista ou a esfera meramente formal da igualdade de oportunidades – no

¹²⁸³ SANDEL, Michael J. *A Tirania do Mérito...op.cit.*, p. 73.

¹²⁸⁴ *Ibid.*, p. 84.

¹²⁸⁵ *Ibid.*, p. 85.



sentido de não discriminação de acesso ao ensino – para focar nos impactos gerados pela educação como solução às assimetrias de poder presentes nas democracias contemporâneas¹²⁸⁶.

3 A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE EDUCAÇÃO: DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS RESTRIÇÕES, CAPACIDADE DE RESISTÊNCIA E PROTEÇÃO CONTRA ABUSOS DE TERCEIROS

A educação possui extrema relevância tanto na ordem constitucional portuguesa¹²⁸⁷ quanto na brasileira¹²⁸⁸, conforme constatado nos Capítulos II e III, nos quais foram analisadas as inúmeras prestações jurídicas dela decorrentes.

A importância da educação, enquanto bem jurídico supraindividual¹²⁸⁹, é reconhecida pela simples leitura do artigo 73.º, n.º 2, da CRP, que a considera mecanismo para a isonomia de oportunidades, a superação das desigualdades econômicas, sociais e culturais, bem como indispensável para o desenvolvimento da personalidade, do espírito de tolerância, da compreensão mútua, da solidariedade e da responsabilidade.

As finalidades constitucionais do ensino também são delimitadas no artigo 205.º da CRFB ao assegurar que a sua promoção deve ser voltada ao pleno desenvolvimento da pessoa, ressaltando a sua importância para a cidadania e a capacitação para a qualificação profissional.

Essa pluralidade de funções da educação lhe eleva, do ponto de vista objetivo, a um *valor jurídico-constitucional estruturante*, tanto do Estado português quanto brasileiro.

¹²⁸⁶ ABRANTES, Pedro. *A Educação em Portugal...op.cit.*, p. 26.

¹²⁸⁷ HOMEM, António Pedro Barbas. Fontes do Direito à Educação na União Europeia. In: HOMEM, António Pedro Barbas (coord.). *Temas...op.cit.*, pp. 29-30; MIRANDA, Jorge; SILVA, Jorge Pereira da. Artigo 18.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 321; MIRANDA, Jorge. Artigo 74.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, p. 1.415; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa...op.cit.*, p.374; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 361; MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, p. 438.

¹²⁸⁸ BARCELOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica...op.cit.*, p. 258; LIMA, Maria Cristina de Brito. *A Educação como Direito Fundamental...op.cit.*, p. 231; MARTINS, Flávio. *Direitos Sociais...op.cit.*, pp. 256-258; LIMA, Carolina Alves de Souza. *Cidadania, Direitos Humanos e Educação...op.cit.*, pp. 19-23; TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Wolfgang Ingo; TIMM, Luciano Benetti (orgs.). *Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 82; BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar...op.cit.*, p. 171.

¹²⁸⁹ MAGALHÃES, Calvet de. *Direito à Educação...op.cit.*, p. 167; PEREZ LUÑO, Antonio, Enrique. *Los Derechos...op.cit.*, pp. 200-201; EUFRÁSIO, José Carlos Tunas; CARNEIRO, Roberto. International Commission On Education For The Twenty-First Century. *Educação: um tesouro a descobrir...op.cit.*, pp. 193-194; MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, pp. 417-418; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 382; MIRANDA, Jorge. *Introdução ao Direito à Educação...op.cit.*, p. 03; LIMA, Carolina Alves de Souza. *Cidadania...op.cit.*, p. 20.



Ultrapassa, desse modo, o espectro individual para atingir o âmago coletivo, enquanto bem jurídico necessário para a elevação cultural e tecnológica da nação, a formação de uma sociedade solidária, tolerante, compreensiva, responsável e comprometida com o fortalecimento da democracia.

A promoção da educação, por ser *meio* para a superação das desigualdades, é considerada, tanto em Portugal como no Brasil, *incumbência estatal prioritária* e a valorização permanente do ensino está dentre as *tarefas fundamentais* do Estado português e brasileiro (artigos 9.º, alínea *f*, e 81.º, alínea *b*, ambos da CRP, bem como artigos 205.º e 214.º, ambos da CRFB).

No Brasil, a importância da tutela da educação é tamanha a ponto de estar prevista expressamente como direito fundamental social (artigo 6.º, CRFB), possuindo uma seção própria para a sua regulamentação (Seção I do Capítulo III da CRFB).

De toda sorte, como destacado, isso não impede, seja no ordenamento brasileiro ou lusitano, que específicas prestações derivadas do direito à educação possuam graus de eficácia diversos, a depender da sua estrutura normativa, notadamente quando veiculadas em normas com baixa determinabilidade constitucional.

Portanto, as específicas prestações decompostas do direito social à educação em sentido amplo (*lato sensu*), tanto na ordem constitucional brasileira e portuguesa, conforme analisado nos capítulos II e III, tem a aptidão de: *a*) compor o *mínimo existencial* (ensino básico obrigatório – artigo 74.º, n.º 2, alínea *a*, CRP e artigo 208.º, I, §1º, CRFB); *b*) impor o *dever de legislar* para a concretização da educação enquanto bem coletivo prioritário (criação do sistema público de ensino - artigo 74.º, n.º 2, alínea *b*, CRP e artigo 208.º, I, CRFB); *c*) revestir-se de *condição indispensável* ao usufruto dos direitos individuais numa relação de pertença (reconhecimento do ensino particular – artigo 75.º, n.º 2 da CRP e artigo 206.º, III, da CRFB – como requisito material para o exercício da liberdade de ensino dos pais sobre a educação dos filhos – artigo 43.º, n.º 1, CRP e artigo 206.º, II, CRFB).

Por conseguinte, constata-se que o direito à educação na acepção *lato sensu* possui *natureza jurídica multidimensional*, pois pode ser decomposto em múltiplas prestações jurídicas, o que lhe confere complexidade estrutural¹²⁹⁰.

¹²⁹⁰ Defendendo o caráter polissêmico, indeterminado e impreciso dos direitos sociais, vide WEBER, Albrecht. *L'État social...op.cit.*, pp. 678-679. As diversas classificações dos direitos sociais também confere aos direitos



Dentro dessa gama de efeitos jurídicos decorrentes do direito à educação, tomado em sua acepção *lato sensu*, passa-se a investigar qual a eficácia, resultante da dimensão objetiva, das normas que garantem o acesso à educação superior, segundo as capacidades de cada um (artigo 74.º, n.º 2, alínea *d*, CRP e 208.º, V, CRFB).

Tanto a ordem constitucional portuguesa quanto a brasileira reconhecem que as normas que veiculam direitos fundamentais sociais, ainda que de baixa determinabilidade constitucional, possuem *espaços mínimos de eficácia (preceptividade)*¹²⁹¹. Estes se revelam, como bem destaca André Salgado de Matos, seja na dimensão subjetiva dos direitos sociais (mínimo existencial¹²⁹²), ou em sua acepção objetiva (analisada no tópico 2.3 do Cap. V), ou em decorrência de relações de pertença mútua entre direitos fundamentais¹²⁹³ ou, por fim, na medida da sua possível concretização legislativa¹²⁹⁴.

Nessa ordem de ideias, ainda que se estabeleçam regimes materiais diversos entre os direitos de liberdade e os sociais, como faz o sistema constitucional português, determinadas posições jurídicas de direitos sociais, caso se manifestem, no caso concreto, intimamente

sociais complexidade, tal como a de BERENSTEIN, Alexandre. *Economic and social right...op.cit.*, pp. 271-272, sustentando que os direitos sociais geram ao Estado obrigações de atividade e não de resultado, bem como a proposta por BRUNNER, Georg. *Die Problematik der sozialen Grundrechte...op.cit.*, p. 9, para o qual os direitos sociais podem ser consagrados por normas programáticas, mecanismos de garantia ou direitos subjetivos. Por outro lado, SCHOLZ, Rupert. *Konstitutionalisierte Politik...op.cit.*, p. 13, entende que os direitos sociais não podem ser mais do que determinações dos fins do Estado, sob pena de uma nefasta politização da Constituição. A respeito da complexidade dos direitos fundamentais sociais vide, ainda, o tópico 2.1 (Cap. V), no qual abordamos o tema.

¹²⁹¹ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, pp.171-172, destaca que “*também os preceitos relativos aos direitos sociais têm um núcleo mínimo de conteúdo determinável por interpretação em referência à Constituição, sem o qual dificilmente poderiam, aliás, ser considerados como posições subjectivas fundamentais*”.

¹²⁹² Abordado no tópico 2.5 do Cap. V, para o qual remetemos o leitor.

¹²⁹³ MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, pp. 406-412. Destaca o referido autor que as relações de pertença mútua entre direitos fundamentais representam a conexão existente entre os direitos sociais e os de liberdade, a ponto de em algumas situações aqueles serem condições materiais indispensáveis para o exercício destes, formando um todo indissociável. As relações entre direitos fundamentais, por se tratarem de situações jurídicas complexas e multifuncionais, podem ser decompostas em figuras menores, como os poderes e as faculdades e até mesmo em outros direitos incorporáveis, ainda que não expressos no ordenamento, como, por exemplo, sustenta o autor, o duplo grau de jurisdição que é derivado do direito de ampla defesa do acusado. Isso também ocorre entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, para além de meras continuidades semânticas, enquadrar-se como verdadeiras relações de pertença. O mencionado autor cita, em Portugal, a proibição da despedida sem justa causa (artigo 53.º, 1.º, CRP), que possui clara dimensão preceptiva, que se vê transportada para o conteúdo do direito ao trabalho (artigo 58.º da CRP). No Brasil, a respeito do tema, pode-se citar a relação existente entre a proibição de invasão de domicílio (artigo 5.º, XI, CRFB) e o direito social à moradia (artigo 6.º, CRFB), cujo nexo de pertença o torna condição necessária para o exercício daquele direito individual de liberdade.

¹²⁹⁴ A possível concretização legislativa trata da situação na qual desapareceram as condicionantes econômicas, orçamentárias, sociais e políticas que condicionam a efetivação do direito social, esvaziando o juízo de ponderação e a discricionariedade do legislador para a edição da lei que o efetiva. A partir desse reconhecimento, a prestação do direito social que antes encontrava-se no âmbito da *reserva do possível* deslocou-se para a *esfera do objetivamente plausível*, o qual abordamos no tópico 2.5 do Cap. V. Sobre o tema, vide MATOS, André Salgado de. *O Direito ao Ensino...op.cit.*, pp. 410-411.



associados ao exercício dos direitos de liberdade ou como condições materiais indispensáveis para uma vida condigna (mínimo existencial), podem se sujeitar ao regime próprio dos direitos de defesa.

Noutro pórtico, mesmo que se considere a unidade dos direitos fundamentais, marcada pela indivisibilidade, como o faz o sistema constitucional brasileiro, a diversidade da estrutura da norma constitucional que os veiculam, quando atribui ao legislador o legítimo poder de conformação para definir os meios para sua plena concretização, pode resultar em diferentes graus de eficácia dos seus preceitos.

De toda sorte, como já destacado, seja no sistema constitucional lusitano ou brasileiro, conquanto determinadas normas de direitos sociais não gerem específicos direitos subjetivos, irradiam uma dimensão objetiva. Esta manifesta-se seja impondo obrigações legiferantes, seja definindo deveres estatais de proteção e promoção, seja estabelecendo uma capacidade mínima de resistência contra alterações futuras pautada na proporcionalidade e na proteção da confiança.

A função normativa-objetiva dos direitos fundamentais visa, ao fim e ao cabo, recolocar o legislador ordinário nos trilhos, para que possa alcançar as finalidades e tarefas essenciais estipuladas pela Constituição.

Logo, a definição do efeito jurídico emanado da norma que assegura a todos o direito de acesso ao ensino superior segundo as capacidades de cada um (artigo 74.º, n.º 2, alínea d, CRP e artigo 208.º, V, CRFB), notadamente o conteúdo e alcance da dimensão objetiva do direito fundamental, demanda que se considere o *significado* do bem jurídico coletivo tutelado no contexto constitucional¹²⁹⁵.

A educação, conforme destacado no tópico 4 (Cap. I), capacita o cidadão para o trabalho, permitindo que alcance profissões qualificadas. Entretanto, embora invariavelmente ligada à dignidade humana, não se pode afirmar que o acesso ao ensino superior é indispensável para a exercício da liberdade de ofício, em razão da ampla gama de profissões que não o exigem.

Também não cabe reconhecer o caráter de mínimo existencial ao acesso à educação superior, pois implicaria na admissão de que cada cidadão teria o direito a uma vaga em uma instituição de ensino superior, independentemente da intermediação do legislador, o que foi refutado desde a prolação da famosa decisão do Tribunal Constitucional alemão BVerfGE 33, 303, analisada no tópico 1.1 (Cap. V).

¹²⁹⁵ ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação...op.cit.*, v. II. Coimbra: Almedina, 2006, p. 252.



Em outras palavras, o acesso ao ensino superior não integra o mínimo existencial em razão das próprias características desse direito, que, diferentemente do ensino básico, é marcado pela universalidade condicionada. Isso porque, conforme destacado no tópico 1.1 (Cap. V), há condicionantes que restringem o acesso à educação superior, tais como o sistema do *numerus clausus*, que limita o número de vagas ofertadas pelas instituições de ensino superior públicas a cada semestre letivo, bem como a seleção pautada no mérito acadêmico do aluno¹²⁹⁶.

Situação diversa ocorre com o ensino básico, que, além de universal é obrigatório, tanto em Portugal quanto no Brasil, conforme analisado nos tópicos 2.5 (Cap. II) e 3.1 (Cap. III). Essas características desse grau de ensino o tornam parte das prestações do mínimo existencial sociocultural, na medida em que, como destacado no tópico 2.5 (Cap. V), seu conceito ultrapassa a necessidade de elementos básicos para a sobrevivência fisiológica para alcançar um mínimo de acesso a bens culturais, notadamente a educação básica.

Há, portanto, o direito subjetivo do aluno a uma vaga em uma instituição pública de ensino fundamental e, por outro lado, o dever dos pais ou responsáveis de realizar a matrícula e zelar pela frequência dos filhos.

Tem-se, portanto, a configuração de um *mínimo existencial educacional*, compreendido como o conjunto de prestações do Estado direcionadas a garantir o acesso à educação básica, em todos os seus níveis (infantil, fundamental e médio), independentemente do aluno estar ou não em idade escolar, ou seja, engloba também a educação para adultos¹²⁹⁷.

No entanto, o fato de as prestações decorrentes do acesso à educação superior não serem condições materiais indispensáveis ao exercício dos direitos individuais de liberdade nem integrarem o mínimo existencial educacional não significa ausência de importância no contexto constitucional tampouco falta de força normativa dos seus preceitos.

Apenas representa a possibilidade de possuir eficácia reduzida se comparada a outros direitos fundamentais ou a diversas prestações envolvendo a educação, notadamente em face

¹²⁹⁶ Contra, vide MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. O Direito Fundamental de Acesso ao Ensino Superior: A Estatização de Vagas nas Universidades Particulares. *In Temas de Direito...op.cit.*, pp. 108-113, que, apesar de reconhecer a não universalidade do ensino superior, defende que, assim como o ensino fundamental, também consiste em direito público subjetivo. No entanto, o autor não delimita em que se materializa esse suposto direito, limitando-se a, de forma genérica e superficial, defender o mínimo existencial ou padrão elementar do direito de acesso ao ensino superior, tomado no sentido de que o Estado deve garantir não só o desenvolvimento das habilidades dos seus cidadãos, mas também oferecer cursos de melhor qualidade possível.

¹²⁹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais...op.cit.*, pp. 351-352; RODRIGUES, Ricardo Schneider. *Os Tribunais de Constas e o Mínimo Existencial em Educação...op.cit.*, p. 205.



do prioridade das ações voltadas ao desenvolvimento do ensino básico obrigatório, o que é previsto expressamente no artigo 212.º, §3º da CRFB.

É imprescindível, por consequência, estabelecer a eficácia do preceito estabelecido no artigo 74.º, n.º 2, alínea *d*, da CRP e artigo 208.º, V, da CRFB, que garantem o acesso de todos as ensino superior, segundo as capacidades de cada um, a fim de conferir proteção adequada ao bem jurídico tutelado.

É dizer: faz-se necessário definir o alcance da força normativa dessas normas, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, bem como a justiciabilidade das posições jurídicas deles decorrentes. Porquanto, seus efeitos jurídicos se irradiarão nas políticas públicas que visam a democratização do acesso ao ensino superior, tal como a de financiamento dos cursos de graduação em instituições não gratuitas, mediante a concessão de empréstimos subsidiados.

3.1 O Dever de Adequada Fundamentação das Restrições Orçamentárias

O direito social à educação, tomado em seu sentido amplo (*lato sensu*), nos termos já expostos, tem natureza *multidimensional*, porquanto compreende não só a educação básica – considerada como integrante do mínimo existencial educacional – como abrange igualmente o acesso aos graus mais elevados do saber, abarcando o ensino superior e os níveis de pós-graduação.

Dentro de cada grau de ensino, ainda se derivam diversas outras prestações, como, no caso do ensino superior, a autonomia universitária, e na educação básica, o direito à participação democrática na gestão das escolas, de modo que essa multidimensionalidade se manifesta como uma *teia* de posições jurídicas.

Nesse cenário, a averiguação da força jurídica dos preceitos constitucionais que tratam da educação demanda a definição das prestações dele resultantes, o que se buscou realizar nos capítulos II e III, envolvendo os ordenamentos português e brasileiro.

Não obstante esta constatação, repisa-se que claramente não se pode exigir do Estado que preste com a mesma extensão o serviço público referente à educação básica e à educação superior. Nesse sentido, o próprio §3º do artigo 212.º da CRFB determina que na distribuição



dos recursos públicos deve ser assegurado prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, o que, como já destacado, inclui apenas o ensino básico e não o superior.

Porém, essa preferência institucional pelo desenvolvimento da educação básica não significa a inação estatal no tocante ao fortalecimento do ensino superior, que também deve ser expandido, mediante a implementação de políticas públicas que garantam, progressivamente, o seu acesso ao maior número de pessoas. É dizer: conquanto o Estado não seja obrigado a garantir o ingresso universal ao ensino superior no cenário atual, é obrigado a traçar seu plano – com todas as condicionantes que lhe são inerentes – tendo como objetivo o alcance paulatino da ampliação do ensino superior à quantidade máxima possível de alunos.

Portanto, o fato da educação superior, diferentemente do ensino básico, não ser universal, não impede que a atividade legislativa, seja em Portugal ou no Brasil, gradualmente, implemente mecanismos que visam assegurar a sua admissão ao maior número de pessoas. Pelo contrário, há um direcionamento constitucional neste sentido, até porque os direitos a prestações materiais do Estado correspondem a *finis políticos de realização gradual*¹²⁹⁸.

No conjunto de políticas a serem desenvolvidas para a ampliação do ensino superior, inserem-se, como já destacado, os seguintes objetivos: *a)* aumento de novas vagas nas instituições de ensino público a cada semestre letivo; *b)* criação, quando necessário, de novas universidades públicas; *c)* concessão de bolsas de estudo integrais e parciais; *d)* desenvolvimento de ações afirmativas (como ocorre no Brasil por meio da política de cotas¹²⁹⁹); *e)* concessão de empréstimos subsidiados para o custeio das mensalidades dos cursos de ensino superior, sejam em instituições privadas (no Brasil) ou em privadas e públicas (em Portugal).

O legislador, utilizando-se do seu poder de conformação da norma, instituiu, como um dos mecanismos voltados para a progressiva democratização do acesso ao ensino superior, a política pública de concessão de empréstimos subsidiados para o custeio das mensalidades dos cursos de ensino superior nas instituições não gratuitas. Isso ocorreu tanto em Portugal, por meio do Decreto-Lei n.º 309-A/2007, quanto no Brasil, inicialmente pela Lei n.º 8.436/92

¹²⁹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p.175. Sobre o tema, abordando a extensão da gratuidade a todos os graus de ensino (artigo 74.º, n.º 2, alínea e, CRFB), CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...op.cit.*, p. 899, afirmam se tratar de uma *imposição constitucional permanente*, de realização progressiva, de acordo com as disponibilidades públicas.

¹²⁹⁹ Em face da Lei 12.711/2012 que estabeleceu a política de cotas nas universidades públicas, conforme analisado no tópico 2.1 do Cap. III.



(PROCRED) e, posteriormente, pela Lei n.º 10.260/01 (FIES), conforme abordado nos tópicos 1 e 2 (ambos do Cap. IV).

Essa política pública de financiamento estudantil almeja, então, ao custear as despesas de formação do aluno, qualificando-o para o exercício profissional e contribuindo para o desenvolvimento da cidadania inclusiva, permitir que mais pessoas, de variadas classes sociais, ingressem em cursos de nível superior, democratizando a educação superior. Trata-se, como acima ressaltado, tanto em Portugal quanto no Brasil, de uma – dentre as várias alternativas possíveis – política pública decorrente da garantia de acesso à educação superior (artigo 74.º, n.º 2, alínea *d*, CRP e 208.º, V, CRFB).

Se de um lado é facilmente verificável que o direito ao ensino básico se extrai do direito fundamental à educação e decorre diretamente do texto constitucional (artigo 74.º, n.º 2, alínea *a*, CRP e 208.º, I, CRFB), a materialização de outras prestações decorrentes deste mesmo direito fundamental não é assim tão dedutiva. Isso ocorre porquanto tenham sido integradas à Constituição como metas e objetivos que almejam concretizar o projeto de Estado traçado pelo constituinte originário, consubstanciando-se nas tão mal compreendidas normas programáticas.

Diferente do que ocorre com a educação básica, da leitura das Constituições brasileira e portuguesa não se encontra positivado, de forma expressa, o direito a bolsas de estudo em universidades privadas tampouco existe uma norma expressa determinando que o Estado crie linhas de financiamento de cursos em instituições de ensino superior não gratuitas. Estas prestações, entretanto, podem ser extraídas da norma inserida no artigo 208, V, da CRFB e artigo 74, n.º 2, alínea *d*, da CRP, na busca de tornar o ensino superior acessível na maior medida possível.

Essa conclusão decorre do fato de que as aludidas normas, que consagram a realização de políticas públicas de acesso ao ensino superior, são consideradas, na doutrina de Manuel Afonso Vaz, *princípios-incumbências do Estado*¹³⁰⁰, e, portanto, com base na estrutura normativa proposta por Robert Alexy, materializam-se em *mandamentos de otimização*¹³⁰¹. Desse modo, comandam que algo seja realizado na maior e melhor medida possível, em relação às

¹³⁰⁰ VAZ, Manuel Afonso. *Teoria da Constituição - O que é a Constituição, hoje?* Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 108, destaca que os princípios-incumbências do Estado são “*dinâmicos, prospectivamente orientados e que traçam para o legislador as linhas diretrizes da atividade política e legislativa*”.

¹³⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria...op.cit.*, pp. 148-167.



possibilidades jurídicas e fáticas, mas que estão sujeitos à ponderação, diversamente das regras que, preenchidos seus pressupostos, sucede a consequência jurídica¹³⁰².

Nessa ótica, na definição das políticas públicas direcionadas à expansão do acesso à educação superior, é assegurado ao legislador ordinário o legítimo espaço de conformação da norma para sua concretização. Isso, como ressaltado, é inerente ao pluralismo democrático, gerando, para o legislador, um *espaço de concretização autônomo*¹³⁰³, em função de legítimas opções políticas, econômicas e financeiras adequadas às circunstâncias históricas vivenciadas.

No entanto, como adverte Fernando Scaff, as escolhas públicas não são arbitrárias, mas, sim, discricionárias e limitadas ao cumprimento do *desiderato constitucional*¹³⁰⁴. É justamente a motivação racional mediante a exposição das razões que levaram o legislador a implementar ou revisar determinada política pública em prol da concretização dos bens jurídicos sociais tutelados pela Constituição que marca a diferença entre a discricionariedade e a arbitrariedade¹³⁰⁵.

Essas escolhas, conforme destacado no tópico 2.7 (Cap. V), recaem sobre a ponderação realizada pelo legislador na alocação de recursos no orçamento público para o financiamento adequado dos direitos sociais. Por conseguinte, há, então, por parte do legislador, inerente à atribuição de conformação da norma, o dever de motivar as opções realizadas. Essa obrigação existe, mesmo nos sistemas orçamentários, como no Brasil, em que a execução é vinculada para o custeio de determinadas prestações sociais (saúde e educação)¹³⁰⁶.

Desse modo, eventual inação do legislador ordinário, desde que de forma fundamentada em razão da escolha pela promoção de outros bens jurídicos relevantes ou por conta das condicionantes fáticas, jurídicas e políticas que impedem a sua integral efetivação em determinado momento, não gera, em regra, inconstitucionalidade por omissão. Trata-se de *omissão institucional tolerada*, embora de natureza relativa, posto que limitado pelo princípio da proporcionalidade, em ambas as dimensões da proibição do excesso e da proteção deficiente, bem como da constitucionalidade, conforme destacado no tópico 2.6 (Cap. V).

Nessa toada, a educação, em todos os seus graus de ensino, o que inclui o ensino superior, é um bem jurídico prioritário, o que gera no legislador a tarefa de progressiva e contínua

¹³⁰² ALEXY, Robert. *Teoria...op.cit.*, pp. 148-167.

¹³⁰³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 180.

¹³⁰⁴ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual...op.cit.*, p. 307.

¹³⁰⁵ FERNANDEZ, Thomaz R. *De La arbitrariedad de La Administración*. Madrid: Civitas, 1999, p. 82.

¹³⁰⁶ MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. *A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil: Devido Processo Orçamentário e Democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 276.



valorização do sistema de ensino. As inúmeras disposições a respeito da educação expressamente previstas na CRFB e na CRP demonstram que legislador tem o dever de lhe conferir especial proteção.

Tanto que Canotilho e Vital Moreira, tendo em vista a previsão de capítulo específico sobre direitos e deveres culturais na Constituição portuguesa (Capítulo III do Título III da CRP), consideram que o Estado português qualifica-se, simultaneamente, como *Estado de Direito Cultural*, posto que obrigado a respeitar a liberdade e a autonomia cultural dos cidadãos (liberdades culturais) e *Estado Democrático Cultural*, pois está compromissado com a expansão e a democratização da cultura (direitos à cultura)¹³⁰⁷.

Essa caracterização também pode ser estendida à Constituição brasileira, que igualmente dedica vasta regulamentação e, inclusive, capítulo específico para tratar sobre educação, cultura e desporto (Capítulo III do Título VIII da CRFB).

Ora, a elevação do nível cultural e tecnológico de um país passa não somente pela necessidade de alocar recursos públicos para assegurar o direito ao ensino básico obrigatório, universal e gratuito a todos, mas também pelo adequado financiamento do ensino superior. Essa incumbência demanda não somente a regular manutenção das instituições de ensino superior, como também a implementação de medidas aptas a ampliar o acesso ao maior número de pessoas a esse grau mais elevado do ensino.

A formação qualificada dos alunos, para além do interesse individual, atende a toda a coletividade, pois o investimento em pesquisa e ciência diminui a dependência tecnológica da nação em relação aos demais países e organizações mundiais, contribuindo, assim, para o fortalecimento da sua própria soberania.

Isso é corroborado em tempos de pandemia do novo coronavírus, quando se constatou que os países que investiram massivamente em pesquisa e ciência – e, conseqüentemente, no ensino superior – foram os que primeiro obtiveram, em tempo recorde, vacinas eficazes para o combate à COVID-19, assumindo uma posição geopolítica mundial de destaque.

Em razão desses incomensuráveis benefícios trazidos pelo investimento no incremento do ensino superior, é imprescindível que se defina a eficácia da norma constitucional prevista

¹³⁰⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República...op.cit.*, pp. 887-888.



no artigo 74.º, n.º 2, alínea d, da CRP e no artigo 208.º, V, da CRFB que garantem o acesso a todos ao ensino superior, de acordo com suas capacidades.

É, portanto, imprescindível que se saiba o que se pode ou não esperar e exigir da atuação legislativa no âmbito do desenvolvimento das políticas públicas de ensino superior. A Constituição, seja a portuguesa ou a brasileira, no tocante à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais, apesar de, como ressaltado, reconhecer o poder do legislador de conformação da norma constitucional, não lhe confere um cheque em branco, no qual pode, sem um mínimo de critérios pré-estabelecidos, escolher, ao seu bel prazer, a melhor hora para emití-lo.

O regime democrático considera legítimas as condicionantes fáticas, orçamentárias, sociais e jurídicas geradas não somente pela escassez de recursos na implantação da multiplicidade dos direitos fundamentais, mas também pela dificuldade da própria identificação de quais são os interesses coletivos de uma sociedade complexa, plural e em constante evolução.

Não obstante, impõe-se que a justificação dos atos estatais recaia também sobre as *escolhas não realizadas*, a fim de assegurar a transparência da administração pública e permitir que, não somente os tribunais constitucionais, mas também os cidadãos possam exercer a função fiscalizadora (*accountability function*)¹³⁰⁸.

Esta, na lição de Gloppen, Gargarella e Skaar, é direcionada para garantir três relevantes valores democráticos: *a*) transparência das ações e dos programas estatais (*transparency*); *b*) responsabilidade dos gestores públicos e justificação das suas condutas conforme os parâmetros constitucionais (*answerability*); *c*) controle de abusos que violam os direitos fundamentais e comprometem a democracia (*controllability*)¹³⁰⁹.

Deve-se, portanto, conciliar o poder de conformação do legislador com a necessidade de prestar contas à sociedade. O cidadão tem o direito não somente de saber as razões pelas quais o Estado escolheu a implementação de determinado bem jurídico relacionado aos direitos sociais, econômicos e culturais, mas também entender os motivos pelos quais outras possíveis prestações jurídicas deles decorrentes foram deixadas de lado, ainda que momentaneamente.

¹³⁰⁸ O termo *accountability* representa mecanismos de fiscalização em face da atuação de gestores, como a prestação de contas e a responsabilização por suas condutas. A *accountability* pode ser horizontal – quando a fiscalização ocorre entre instituições que não possuem relação hierárquica, como a realizada pelo judiciário sobre os atos do executivo e do legislativo – ou vertical – nos casos em que há hierarquia entre quem fiscaliza e aquele que exerce o poder, como a realizada pelos cidadãos nas eleições.

¹³⁰⁹ GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. *Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies*. Frank Cass: London and Portland, 2004, pp. 1-6.



Nessa perspectiva, apesar do regime democrático tolerar certo grau de omissão estatal na efetivação de algumas prestações jurídicas decorrentes das normas que consagram direitos sociais, notadamente por reconhecer ao legislador a competência de conformação da norma, é necessário identificar, com precisão, em que momento a sua legítima discricionariedade transfigurou-se em verdadeira arbitrariedade e resistência injustificada à concretização dos direitos sociais.

Em outras palavras, é necessário evidenciar quando se caracterizou o *abuso da atividade legislativa* ou o *desvio de finalidade*, seja por meio de uma omissão ou ação intoleráveis, tendo como parâmetro de controle as diretrizes constitucionais que impõe deveres de proteção de bens jurídicos prioritários, dentre os quais está a educação, em todos os seus graus de ensino¹³¹⁰.

Nessa ordem de ideias, um dos efeitos jurídicos que podem ser retirados do artigo 74.º, n.º 2, alínea d, CRP e artigo 208.º, V, CRFB, notadamente em sua dimensão objetiva, é impor ao legislador o *dever de adequada fundamentação das restrições orçamentárias*, ou seja, expor os motivos pelos quais optou por eventualmente reduzir os recursos orçamentários alocados em determinada política pública que visa a democratização do acesso ao ensino superior, tal como a do FIES.

Em outras palavras, essa eficácia jurídica consubstancia-se na imposição ao legislador de motivação racional por meio da qual exponha de forma transparente os parâmetros de eventual restrição de recursos públicos a serem alocados para o financiamento de políticas públicas que visam a democratização do ensino superior, como a que envolve a concessão de empréstimos aos estudantes.

Esse dever de motivação, conforme destacado no tópico 2.5 (Cap. V), foi reconhecido pelo Tribunal Constituição alemão na decisão *BVerfGE –1/09*, que versou sobre a política de assistência social contida nos artigos 20 e 28 do Código de Direito Social alemão (*Sozialgesetzbuch*). A ponto do referido Tribunal declarar a inconstitucionalidade dessas normas, por serem incompatíveis com a garantia fundamental à proteção do mínimo existencial, pois reduziu o valor do benefício assistencial pago a crianças até 14 anos, sem estabelecer, com transparência

¹³¹⁰ ANDRADE. José Carlos Vieira de. *In Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 371, sobre o tema, destaca tratar-se da necessidade de fundamentação dos atos legislativos retrocedentes de um valor constitucional que, no contexto fático, se revele mais forte. A este respeito, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 455, sustenta que a medida de cunho retrocessivo deve contar com uma justificativa de porte constitucional.



e fundamentação, os parâmetros de restrição do seu montante, destacando que a questão central residiu no fato de não se ter levado em consideração as situações excepcionais¹³¹¹.

Essa eficácia decorrente das normas constitucionais que garantem a democratização do ensino superior ao maior número de pessoas está relacionada com outro dever, delineado por Fernando Scaff como o de *limitação de insuficiência*¹³¹². Esta é entendida no sentido de que compete ao legislador assegurar a provisão de recursos suficientes para a implementação de determinado direito social, sob pena de torná-lo letra morta, isto é, mera folha de papel¹³¹³. Essa limitação restaria configurada, na visão do referido autor, tanto pela insuficiente provisão de recursos orçamentários quanto pela “*insuficiente liberação de recursos para a execução orçamentária, a despeito de terem sido originariamente previstos no orçamento*”¹³¹⁴.

Nessa toada, embora se permita que o legislador revise uma política pública voltada ao desenvolvimento do ensino superior, diminuindo, por exemplo, a quantidade de recursos públicos alocados para a concessão de empréstimos para o financiamento dos cursos nas instituições de ensino superior não gratuitas – o que como já destacado é inerente à alternância democrática – essa restrição não pode ser arbitrária, devendo ser racionalmente motivada.

3.2 A Capacidade de Resistência e a Margem de Estabilidade Mínima dos Direitos Sociais Concretizados

O segundo efeito jurídico das normas constitucionais que garantem o acesso a todos ao ensino superior, segundo as capacidades de cada um (artigo 74.º, n.º 2, alínea d, CRP e artigo 208.º, V, CRFB), é a possibilidade de estabelecer certa *capacidade de resistência* contra alterações supervenientes em políticas públicas de democratização do ingresso na educação superior que resultem em verdadeira supressão da normatividade dos seus preceitos, reconduzindo-as a uma inconcebível fórmula vazia.

Esse efeito irradia-se no estágio posterior à efetivação da prestação jurídica resultante da norma direcionada para proteger o bem jurídico tutelado contra restrições desproporcionais,

¹³¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang; KRONBAUER, Eduardo Luís. *Mínimo existencial, assistência...op.cit.*, pp. 02, 14-15.

¹³¹² SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade...op.cit.*, p. 313.

¹³¹³ *Ibid.*

¹³¹⁴ *Ibid.*



assegurando, assim, certa *margem de estabilidade* da promoção dos seus efeitos, ainda que mínima¹³¹⁵.

Não se impede, frise-se, a ocorrência de limitações posteriores ao direito social concretizado, em razão das circunstâncias econômicas, financeiras, sociais e jurídicas, a serem também ponderadas pelo legislador. Entretanto, tais restrições demandam, além da racional fundamentação, conforme abordado no tópico anterior, a impossibilidade que, de forma superveniente, aniquile-se o próprio bem jurídico, coletivamente considerado, qual seja, a progressiva democratização do acesso ao ensino superior.

Em suma, sustenta-se que a força normativa das normas constitucionais que garantem o acesso à educação superior (artigo 74.º, n.º 2, alínea *d*, CRP e 208.º, V, CRFB), na condição de princípio jurídico, irradia-se, na dimensão objetiva, delimitando a atividade do legislador tanto *antes* da concretização do direito social, mitigando a sua discricionariedade e direcionando-o à promover esse bem jurídico coletivo prioritário, quanto *depois* da sua efetivação, estabelecendo uma *margem de estabilidade* na produção dos seus efeitos.

Constata-se, então, que a eficácia mínima das normas que versam sobre a garantia de acesso de todos ao ensino superior resulta em consequências sobre as prestações jurídicas sociais decorrentes dos seus preceitos que, no caso em análise, dentre as inúmeras possibilidades disponíveis de sua promoção, é a política pública de financiamento estudantil do ensino superior, por meio da oferta de empréstimos subsidiados.

A política de financiamento dos cursos de ensino superior, embora como já ressaltado, não seja a única disponível ao legislador para o desenvolvimento de ensino superior, é, conforme destacado no tópico 1.3 (Cap. V), a que melhor se enquadra no conceito de despesa pública justa e que otimiza, em grau máximo, a capacidade de liberdade científica e cultural do aluno.

¹³¹⁵ HÄUBLING, Eva M. K. *Soziale Grundrechte in der portugiesischen Verfassung von 1976...op.cit.*, p. 63, leciona que os direitos sociais requerem técnicas jurídicas flexíveis, a fim de que se possa resguardar, dentro do possível, o bem-estar já alcançado. SCHAMBECK, HerBert. *Grundrechte und Sozialordnung – Gedanken zur Europäischen Sozialcharta*, Schrifte zum Öffentlichen Recht, vol. 88. Berlin: Duncker & Humblot, 1969, p. 108, adverte que os direitos sociais são como um edifício, que embora possa sofrer reformas, deve sempre manter a sua estrutura de construção. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 371, leciona tratar-se de uma *certa garantia de estabilidade* das situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador ao concretizar as normas constitucionais programáticas respectivas.



Logo, recai sobre a política pública de financiamento estudantil – bem como sobre as demais políticas que visam a expansão do ensino superior, embora tenham objetos distintos – a irradiação da eficácia das normas constitucionais que garantem a progressiva democratização da educação superior.

Não é o Estado diretamente garantindo o acesso universal de todos os cidadãos ao ensino superior, posto que tal pretensão é irrazoável. Mas é o Estado facilitando este ingresso por meio de instrumentos que, no momento, lhe são possíveis. Não deixa assim de materializar uma das faces do direito fundamental à educação, ainda que, no caso da política de financiamento por meio de concessão de empréstimos, dependente da iniciativa privada para tanto.

Nessa ordem de ideias, em que pese a expansão do ensino superior seja um objetivo institucional de progressiva implementação, o avanço do Estado rumo a esta universalização não pode sofrer rompimentos bruscos quando alcançado certo patamar de efetividade.

A uma, porque a despeito dos artigos 74.º, n.º 2, alínea *d*, CRP e 208.º, V, CRFB tratarem-se de normas com eficácia limitada e não gerarem direitos subjetivos, tomados na acepção de prestações fáticas e normativas a titulares determinados, por força da aplicação originária da Constituição, possuem a *eficácia negativa* de impedir que o legislador infraconstitucional legisle em desconformidade com as suas disposições.

Dito de outra forma, embora ostente eficácia reduzida, tais dispositivos geram ao menos certa posição jurídica-subjetiva, em sua acepção ampla – também entendida como *direito subjetivo de cunho negativo*¹³¹⁶ – consubstanciado na possibilidade de o particular exigir do Estado que se abstenha de agir contra os referidos preceitos constitucionais, que garantem o acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo as capacidades de cada um.

A duas porque, como já defendido, a norma irradia uma eficácia mínima, de dimensão objetiva, a incidir sobre as políticas públicas que visam a efetivação do seu bem jurídico tutelado (democratização do ensino), notadamente quando alcançado algum grau de efetividade, isto é, quando há o cumprimento da função social da política pública derivada das referidas normas constitucionais.

¹³¹⁶ Nesse sentido, vide SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, pp. 141-142; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...op.cit.*, p. 147 e BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade...op.cit.*, p. 243.



Alcançado tal patamar, estabelece-se certa capacidade de resistência da política pública concretizada que busca garantir a democratização do acesso ao ensino superior. Esse efeito tem a aptidão de, não somente impedir a sua aniquilação completa, mas também assegurar certa margem de estabilidade, ainda que mínima, da política pública decorrente dos artigos 74.º, n.º 2, alínea *d*, CRP e 208.º, V, CRFB e que logrou êxito em aproximar o programa normativo (âmbito do *dever-ser*) da realidade social (esfera do *ser*), alcançando, assim, efetividade.

Nessa toada, conforme exposto no capítulo IV, pode-se concluir que a política pública de financiamento estudantil, mediante a concessão de empréstimos subsidiados, alcançou certo nível de eficácia social, considerando os seguintes parâmetros: *a*) elevado tempo de sua disponibilização; *b*) grande quantidade de contratos de empréstimos celebrados; *c*) amplo volume de recursos públicos alocados desde a sua implantação.

Verificou-se que, no Brasil, essa política pública é ofertada desde 1992, inicialmente como PROCRED, sendo, em 2001, substituída pelo FIES, ou seja, sua prestação, de forma habitual, ocorre há 29 anos. Desde o início do FIES, conforme exposto no tópico 2.4 (Cap. IV), no período de 2000 a 2020, foram firmados 3.328.333 (três milhões, trezentos e vinte oito mil e trezentos e trinta e três) contratos de empréstimos, tendo sido investido na política do FIES, nos últimos vinte anos, mais de cem bilhões de reais em sua execução.

Por sua vez, em Portugal, conforme examinado no tópico 1.4 (Cap. IV), a política de contratos bonificados foi implementada em 2007, ou seja, há 14 anos e, não obstante os inúmeros períodos de suspensão de sua oferta, de forma total ou parcial, foram aplicados € 202.421.962,00 (duzentos e dois milhões, quatrocentos e vinte e um mil e novecentos e sessenta e dois euros), tendo sido firmados mais de 22.000 (vinte e dois mil) contratos de empréstimos.

Esses números demonstram que a política de financiamento estudantil alcançou certo grau de efetividade, principalmente no Brasil, cumprindo a função social da norma constitucional de assegurar a democratização do acesso ao ensino superior.

Nessa perspectiva, alcançado tal nível de concretização, sustenta-se que a eficácia das normas constitucionais que garantem o acesso à educação superior, tanto em Portugal quanto no Brasil (artigo 74.º, n.º 2, alínea *d*, CRP e 208.º, V, CRFB) criam uma margem de estabilidade



na promoção da política pública de financiamento estudantil (norma efetivada), protegendo-a quanto a restrições desproporcionais¹³¹⁷.

Essa capacidade de resistência do direito social concretizado, como já ressaltado, não impede que haja limitações posteriores ao seu conteúdo, sob pena de acabar por se instituir um regime normativo, quanto à eficácia, mais reforçado que o dos próprios direitos de liberdade, que admitem, em determinados casos, restrições proporcionais, desde que salvaguardado o núcleo essencial¹³¹⁸.

Logo, é possível que em momentos de crise financeira os Estados diminuam a oferta da quantidade de contratos de financiamento realizados, bem como reduzam o montante dos valores destinados ao programa. Essa maleabilidade e adaptabilidade é inerente ao princípio da alternância democrática, posto que ante a escassez de recursos, o legislador pode, desde que de forma fundamentada, optar pela promoção, em graus variáveis de intensidade, de determinados bens jurídicos prioritários em detrimento de outros.

Além disso, a educação não é o único bem jurídico constitucional taxado de prioritário, havendo outros, como a saúde, que pode receber a alocação de mais recursos públicos, a depender das circunstâncias concretas, como em se tratando de momentos de grave pandemia provocada pelo COVID-19 vivenciados atualmente.

Noutro giro, defende-se que essa margem de estabilidade gerada pela eficácia da norma constitucional sobre o direito social concretizado (efetividade da norma constitucional) impede que a política pública de financiamento estudantil seja suprimida, isto é, totalmente interrompida, embora possa ser reformulada, como, por exemplo, ocorreu no Brasil com a substituição do PROCRED pelo FIES, analisado no tópico 2.1 (Cap. IV).

Nestes termos, do ponto de vista objetivo, gera, por um lado, o dever do Estado de proteção e, por outro, o direito à prestação contínua da política pública de financiamento estudantil, salvaguardando-a, assim, contra suspensões totais da sua oferta, como se verificou em Portugal, conforme abordado no tópico 1.1 (Cap. IV).

¹³¹⁷ Considerando, com esteio na doutrina de ALEXYY, Robert *in Teoria... op.cit.*, pp.148-167, suas três máximas parciais – adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit, i.e., Sinn*).

¹³¹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *In Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 372.



É bem de ver que reconhecer uma certa estabilidade às prestações sociais efetivadas não significa, de modo algum, sustentar a existência do controverso princípio da proibição do retrocesso social (não reversibilidade, regressividade ou *reformatio in pejus*).

Entende-se ser possível que o legislador, como ressaltado, no uso do democrático poder de conformação da norma, altere a política pública de financiamento estudantil promovida, sem que necessite, em substituição, realizar medidas compensatórias dirigidas necessariamente para o desenvolvimento do ensino superior, por conseguinte não se proclama a inadmissão de retrocessos sociais.

A questão – deveras sensível – que se traz a debate reside no equilíbrio que se busca ao se garantir um piso mínimo de direitos efetivados em contraposição à inafastável necessidade de adaptação às condicionantes econômicas, culturais, de tempo e espaço. Se, de um lado, concebe-se a existência de um núcleo inegociável de direitos a serem continuamente garantidos pelo Estado, de outro, reconhece-se que não necessariamente uma prestação social efetivada hoje poderá ser cumprida da mesma forma que foi idealizada, ao longo de anos a fio e sempre progressivamente. Seria isso a vedação do retrocesso? Parece que não.

3.2.1 Vedação do Retrocesso: Princípio Constitucional Implícito ou Mote de Luta Política?

Gomes Canotilho conceitua o princípio do retrocesso social no sentido de que o núcleo dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve ser constitucionalmente “*garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial*”¹³¹⁹.

¹³¹⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional...op.cit.*, pp. 339-340.



No Brasil, os maiores defensores de aplicação da vedação do retrocesso são Luís Roberto Barroso¹³²⁰ e Ingo Wolfgang Sarlet¹³²¹, reconhecendo-o como princípio implícito na ordem constitucional brasileira.

Posteriormente, o próprio Canotilho minimizou a aplicação do referido princípio ao afirmar que o judiciário não pode neutralizar o poder de conformação do legislador, principalmente em épocas de escassez e austeridade fiscal¹³²². Sustentou que a chamada tese da irreversibilidade de direitos sociais adquiridos “*se deve entender com razoabilidade e com racionalidade, pois poderá ser necessário, adequado e proporcional baixar os níveis de prestações essenciais para manter o núcleo essencial do próprio direito social*”¹³²³.

Apesar do Tribunal Constitucional português ter inicialmente, no Acórdão n.º 39/84¹³²⁴, aceito o caráter normativo da vedação do retrocesso, em diversas decisões posteriores, como

¹³²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158, sustenta que “*por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido*”.

¹³²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...op.cit.*, pp. 444-446 e 455, defende que o Princípio da Vedação do Retrocesso representa uma proteção contra medidas retrocessivas do poder público, isto é, aquelas que não são propriamente retroativas (por não alcançarem o direito adquirido, a coisa julgada nem o ato jurídico perfeito), mas que implicam em ofensa ao núcleo essencial dos direitos sociais e, por conseguinte, ao Princípio da Máxima Eficácia e Efetividade das Normas Definidoras de Direitos Fundamentais (artigo 5.º, § 1.º, CF/88), bem como ao Princípio da Segurança Jurídica (artigo 5.º, caput, da CF/88), que tem íntima conexão com o da Proteção da Confiança. Ressalta o referido constitucionalista brasileiro que a noção desse núcleo essencial, embora compreenda as prestações materiais indispensáveis para um vida com dignidade para todas as pessoas, não necessariamente corresponde apenas a um conteúdo em dignidade, pois é possível que haja variações a depender do direito fundamental delineado pelo constituinte, razão pela qual admite, inclusive, eventual inconstitucionalidade de medidas que, mesmo não afetando diretamente a dignidade da pessoa humana, inequivocamente estejam a invadir o núcleo essencial do direito social.

¹³²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Bypass social e o núcleo essencial de prestações sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 266.

¹³²³ *Ibid.*

¹³²⁴ Vital Moreira, então Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional português, prolatou decisão no Acórdão n.º 39/84 no qual reconheceu o princípio da vedação do retrocesso dos direitos sociais ao afirmar que: “*em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados*”. Fonte: *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 3/95-131, pp. 117-118, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa, disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em 18 jan. 2021.



no Acórdão n.º 352/91¹³²⁵, no Acórdão n.º 101/92¹³²⁶ e no Acórdão n.º 509/2002¹³²⁷, mitigou a sua aplicação, optando por associá-lo a outros princípios, como o da proteção da confiança, o da proporcionalidade e o do mínimo para uma existência condigna.

No Acórdão n.º 509/2002, o Tribunal Constitucional português reconheceu a inconstitucionalidade do decreto do Governo que limitou as concessões futuras do benefício assistencial chamado “rendimento mínimo garantido” para parcela dos seus então beneficiários. Em linhas gerais, o referido ato normativo alterou o regime jurídico anterior, passando a assegurar a proteção assistencial apenas para pessoas com idade igual ou superior a 25 anos. Assim, o aludido ato normativo agravou os requisitos para sua obtenção existentes antes da sua publicação, pois os jovens entre 18 e 25 anos de idade apenas passavam a fazer jus ao benefício se tivessem encargos familiares, por terem menores a seu cargo, fossem mulheres grávidas ou estivessem casados ou unidos de fato a mais de um ano.

Relevante destacar trecho do voto do Conselheiro Luís Nunes de Almeida no mencionado Acórdão n.º 509/2002, no qual a proibição do retrocesso, embora tendo sido festejada no anterior Acórdão n.º 39/84, encontra-se, atualmente, na doutrina e jurisprudência lusitana, ofuscado pelo *princípio da alternância democrática* e o da *revisibilidade* das opções político-legislativas. Isso porque surge, como teorias contrapostas, que visam assegurar o respeito à uma estabilidade mínima dos direitos sociais já concretizados, o *mínimo de existência condigna* (mínimo existencial), nos seguintes termos:

Noutras circunstâncias, porém, a proibição do retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, *o princípio da alternância democrática, sob pena de se lhe reconhecer uma subsistência meramente formal, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais.*

Este Tribunal já teve, aliás, ocasião de se mostrar particularmente restritivo nesta matéria, pois que no Acórdão n.º 101/92 (Acórdãos do Tribunal Constitucional, 21.º vol., págs. 389-390), parece ter considerado que só ocorreria retrocesso social constitucionalmente proibido

¹³²⁵ No Acórdão n.º 352/91, Rel. Conselheiro Messias Bento, julgado em 04 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910352.html>. Acesso em 10 jan. 2021, o Tribunal Constitucional português destacou que não está obrigado a adotar o fundamento de decisões jurídicas anteriores tomadas pelo próprio Tribunal, isto é, não está vinculado à decisão tomada no anterior Acórdão n.º 39/84.

¹³²⁶ No Acórdão n.º 101/92, Rel. Conselheiro Monteiro Diniz, julgado em 17 de março de 1992. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920101.html>. Acesso em 10 jan. 2021, percebe-se que o Tribunal se inclina para não reconhecer a autonomia do princípio da proibição do retrocesso social, mas, sim, o de associá-lo a outros, como o princípio da proteção da confiança.

¹³²⁷ No Acórdão n.º 509/2002, Rel. Conselheiro Luís Nunes de Almeida, julgado em 19 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>. Acesso em 10 jan. 2021, o Tribunal Constitucional português adotou uma postura restritiva do princípio da proibição do retrocesso, pautado no princípio da alternância democrática, que permite a modificação das opções político-legislativas anteriores, ainda que marcadas com a nota da fundamentalidade.



quando fossem diminuídos ou afectados «direitos adquiridos», e isto «em termos de se gerar violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural», tendo em conta uma prévia subjectivação desses mesmos direitos. Ora, no caso vertente, é inteiramente de excluir que se possa obrigar uma alteração redutora do direito violadora do princípio da protecção da confiança, no sentido apontado por aquele aresto, porquanto o artigo 39º do diploma em apreço procede a uma expressa ressalva dos direitos adquiridos.

(...)

Por outro lado, o diploma em que se insere a norma questionada não procede a uma pura e simples eliminação da prestação de segurança social destinada a assegurar o direito a um mínimo de existência condigna, mas apenas a uma reformulação do seu âmbito de aplicação. É bem verdade que um certo grupo de cidadãos foi dele excluído para o futuro; todavia, nessa perspectiva, só se poderia falar, em bom rigor, em violação da proibição do retrocesso social pressupondo-se, desde logo, que uma tal exclusão colidiria com o conteúdo mínimo desse direito.

Ora, assim sendo, a apreciação da questão da proibição do retrocesso perderá interesse no caso de se concluir que o direito a um mínimo de existência condigna se encontra constitucionalmente garantido e que, quanto a esses cidadãos, não existem outros instrumentos que o possam assegurar, com um mínimo de eficácia jurídica. É que, então, sempre existirá uma inconstitucionalidade por violação desse direito, independentemente do conteúdo da legislação anteriormente vigente.

Nesta conformidade, o que importará é averiguar o que impõe a Constituição relativamente ao direito a um mínimo de existência condigna¹³²⁸. (grifo e negrito nossos).

Constata-se, com base no trecho acima transcrito, que o Tribunal Constitucional português, em acórdãos mais recentes, vem adotando uma postura *restritiva* em relação à aplicação do princípio da proibição do retrocesso social, inclinando-se a associá-lo a outros princípios, como o do mínimo existencial, bem como a da protecção da confiança e o da proporcionalidade.

Desse modo, ainda que se obtenha o mesmo resultado, ou seja, assegure-se a protecção do direito social concretizado contra indevidas e arbitrárias restrições supervenientes, a construção da decisão judicial é fundamentada com base nos princípios do mínimo existencial, da protecção da confiança e da proporcionalidade e não mais, ao menos expressamente, utilizando-se o da proibição da vedação do retrocesso.

Sobre o tema, Jorge Reis Novais, em precisa síntese, ressalta que, conforme o voto do Conselheiro Luís Nunes de Almeida (acima parcialmente transcrito), ao legislador ordinário é reconhecido uma ampla margem na realização ou conformação dos direitos sociais, só limitada em duas hipóteses: *a)* quando põe em causa os princípios estruturantes do Estado de Direito (igualdade e protecção da confiança); *b)* ou, num segundo grupo de situações, quando afeta o núcleo essencial já realizado dos direitos sociais e quando destrói um nível realizado de

¹³²⁸ Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>. Acesso em 10 jan. 2021.



concretização legislativa que já beneficiava de uma sedimentação na consciência jurídica geral que lhe conferia o estatuto de direito materialmente constitucional¹³²⁹.

Isso se verifica, pois, em Portugal, o princípio da vedação do retrocesso é criticado por parte da doutrina. Vieira de Andrade leciona que a proibição do retrocesso não pode constituir um princípio jurídico geral “*sob pena de se destruir a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição*”¹³³⁰.

O referido autor sustenta que a liberdade constitutiva e a autorrevisibilidade, ainda que limitadas, são características típicas da função legislativa, as quais seriam praticamente eliminadas “*se o legislador fosse obrigado a manter integralmente o nível de realização e a respeitar os direitos por ele criados*”¹³³¹. Isso implicaria numa eficácia mais intensa dos direitos sociais que a atribuída ao regime dos direitos, liberdades e garantias, que admitem restrições legais, desde que não afetem o seu conteúdo essencial, o que desvirtua a opção normativa adotada pela CRP¹³³².

Conclui o mencionado constitucionalista português que o princípio da proibição do retrocesso “*nos parece como um princípio dogmático, poderá ser válido no plano político-constitucional (onde, aliás, se situa, como conclui G. Canotilho, a sua garantia), mas não pode erigir-se em princípio jurídico-constitucional*”¹³³³.

Nesse sentido, também é a doutrina de Catarina Santos Botelho ao sustentar que “*o princípio da proibição do retrocesso social poderá operar como mote de luta política, mas não constitui um princípio jurídico-constitucional*”¹³³⁴.

Fundamenta a referida constitucionalista portuguesa que:

não serão precisos dons adivinatórios especiais para apreender que a proibição do retrocesso e a obrigação de progressividade, quando levadas ao limite e sem qualquer

¹³²⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, Dois Sistemas...op.cit.*, pp. 203-207, destaca que se trata de decisão arrojada, na medida em que ao invés do TC simplesmente entender pela inconstitucionalidade com base na aplicação do artigo 63.º da CRP (direito à segurança social), associado à clara violação ao princípio da igualdade e ao da proporcionalidade, ante a falta de justificação e total desrazoabilidade da medida, optou por reconhecer a existência de um direito subjetivo público, de natureza positiva e prestacional, a um *mínimo existencial*.

¹³³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 372.

¹³³¹ *Ibid.*

¹³³² *Ibid.*

¹³³³ *Ibid.*, p. 373.

¹³³⁴ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, pp. 510-511. Sobre o tema, vide também BOTELHO, Catarina Santos. Os Direitos Sociais num Contexto de Austeridade: um Elogio Fúnebre ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social?. (Social Rights in a Context of Austerity: An Eulogy to the Principle of the Prohibition of Social Retrogression?) (2015). *Revista da Ordem dos Advogados*, Vol. I/II, pp. 259-294, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2911142>. Acesso em: 10 jan. 2020.



tipo de matização, **assentam na perspectiva errónea ou na ilusão de que vivemos emergidos num festim dionisíaco de bens e recursos disponíveis**. A nosso ver, não se compreende a necessidade de se estar continuamente a falar sobre **um princípio que não só está morto como também nunca existiu enquanto princípio jurídico-constitucional, pois não é compaginável com uma Constituição consagradora de direitos fundamentais sociais**¹³³⁵. (negrito nossos).

No Brasil, o princípio da vedação do retrocesso social tem maior incidência do que em Portugal, visto que é expressamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, como na decisão tomada em 2020 na ADI n.º 4468 (Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2020, DJe 27/10/2020)¹³³⁶.

Curioso observar que o voto vencedor da referida decisão, prolatado pelo então ministro Celso de Mello, transcreve, expressamente, trechos do já mencionado Acórdão n.º 39/84, proferido pelo Tribunal Constitucional português, para defender a existência do referido princípio também na ordem constitucional brasileira, sem, contudo, ressaltar que o próprio Tribunal Constitucional português não mais aplica o referido precedente.

Não obstante ser realmente verificável esta maior aceitação da vedação do retrocesso no Brasil, é inegável que mesmo em terras brasileiras o princípio não tem um carácter absoluto a ponto de impedir a adaptação às situações concretas diversas das existentes quando de sua idealização.

Cita-se, nesse sentido, a decisão tomada pelo STF na ADI n.º 3.104/DF (Relatora: Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 26/09/2007)¹³³⁷ que, em síntese, entendeu que não há que se falar em aplicação do princípio da vedação do retrocesso nos casos em que se modificam, de forma superveniente, critérios para a concessão da aposentadoria aos servidores públicos, sem que haja a extinção do direito ao referido benefício.

¹³³⁵ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, pp. 510-511.

¹³³⁶ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754212136>. Acesso em: 15 dez. 2020.

¹³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3104, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 26 de setembro de 2007. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 9 de novembro de 2007, Brasília, 2007. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=3104&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em 20 abril 2021.



Nesse sentido, Gilmar Mendes destaca a necessidade de se compreender a vedação do retrocesso *cum grano salis*, a fim de não lhe conferir caráter absoluto contra revisões ou mudanças¹³³⁸.

Esse temperamento também é ressaltado por Fernando Scaff, ao destacar que leis supervenientes restritivas de direitos fundamentais sociais concretizados “*inegavelmente se trata de um retrocesso social, mas não existe norma que vede os efeitos futuros de tal mudança normativa*”¹³³⁹.

Sustenta o referido autor que “*aqui, a alteração seria uma opção política do legislador de plantão, que poderia ser revertida posteriormente, por outros governos, de coloração política diversa*”¹³⁴⁰, concluindo que “*logo, não se pode congelar uma política pública de modo a impedir que ajustes sejam feitos. A questão da proibição do retrocesso deve também ser analisada sob esse prisma*”¹³⁴¹.

Aliás, mesmo entre os que defendem a aplicação do referido princípio na condição de princípio jurídico implícito da ordem constitucional brasileira, como Ingo Sarlet, reconhece que não se reveste de caráter absoluto e que a controvérsia residiria na amplitude da sua incidência, de modo que aceita que haja determinadas reduções no âmbito das conquistas sociais ao nível constitucional, sem que haja, contudo, a sua supressão pura e simples¹³⁴².

Por outro lado, ainda entre os que sustentam a impossibilidade de considerar a vedação do retrocesso na condição de princípio jurídico da ordem constitucional lusitana, admitem a possibilidade de que outros princípios, como o da proporcionalidade, o da proteção da confiança e o mínimo existencial criem uma margem de resistência contra futuras restrições infundadas aos direitos sociais concretizados¹³⁴³.

¹³³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 557.

¹³³⁹ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual...op.cit.*, p. 311.

¹³⁴⁰ *Ibid.*

¹³⁴¹ *Ibid.*

¹³⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...op.cit.*, pp. 448-451.

¹³⁴³ BOTELHO, Catarina Santos. *Os Direitos Sociais...op.cit.*, pp. 510-511, ressalta que a “*jurisdição constitucional tem associado a violação da proibição do retrocesso à violação de outros princípios, tais como o princípio da proporcionalidade, da proteção da confiança legítima*”. Defende a mencionada autora que “*é, quanto a nós, tempo de direcionar esforços jurisprudenciais e doutrinários na análise de outros princípios jurídico-constitucionais que – esses sim – resultam vertidos na nossa Constituição ou dela se retiram por interpretação: a proteção da confiança, a igualdade, a reserva do possível, o mínimo para uma existência condigna, e a justiça intergeracional*”.



De todo modo, não obstante tais diferenças verificáveis entre a doutrina e a jurisprudência portuguesa e brasileira, é possível afirmar que, embora por caminhos diferentes, chega-se, em ambos os países, a um resultado comum: o reconhecimento de que há certo grau de estabilização dos direitos sociais efetivados, embora de forma não absoluta, o que resulta em alguma capacidade de resistência contra modificações futuras feitas pelo legislador.

Nesse sentido, Vieira de Andrade, mesmo, como já ressaltado, sem reconhecer a juridicidade da vedação do retrocesso, afirma que os direitos fundamentais sociais possuem força irradiante, conferindo “*uma certa capacidade de resistência, variável em intensidade, dos direitos derivados a prestações, enquanto direitos decorrentes das leis conformadoras, às mudanças normativas que impliquem uma diminuição do grau de realização dos direitos*”¹³⁴⁴.

Portanto, tanto a doutrina portuguesa quanto a brasileira, ainda que diverjam quanto à caracterização ou não da vedação do retrocesso como princípio constitucional autônomo – ainda que implícito – concordam que há certo grau de estabilização dos direitos sociais concretizados, embora de forma não absoluta, o que se materializa, ainda que em grau mínimo, em certa capacidade de resistência em face de supervenientes restrições realizadas pelo legislador.

Percebe-se, portanto, que a diferença reside propriamente na construção da fundamentação da decisão judicial, realizada pelo Tribunal Constitucional, no controle de constitucionalidade, para declarar se, no caso concreto, houve ou não ofensa a essa capacidade de resistência dos direitos fundamentais, ainda que mínima.

No Brasil, continua-se, em regra e mesmo que de forma não absoluta, preferindo utilizar-se da normatividade da vedação do retrocesso, enquanto princípio jurídico implícito, diferentemente do que ocorre em Portugal que o substituiu por outros princípios mais objetivamente consagrados na Constituição, tais como, frise-se, proporcionalidade, proteção da confiança e o mínimo existencial.

A despeito desse recorte, a fim de trazer à baila a inexistência de caráter absoluto do princípio da vedação do retrocesso no Brasil, é inegável que neste país o referido princípio tem uma maior aceitação do que em Portugal. Talvez isso ocorra, porque, no Brasil, prestações sociais mínimas como saneamento básico, educação infantil, moradia e alimentação adequada

¹³⁴⁴ ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 358.



sejam direitos ainda não plenamente concretizados, sendo difícil visualizar que condicionantes fáticas supervenientes possam reduzir o que já é diminuto (e às vezes inexistente).

Some-se a isso o fato de no Brasil haver uma desconfiança em relação à atividade do legislador infraconstitucional e até mesmo do poder constituinte derivado, no sentido de que sua atuação poderá resultar em restrição indevida de direitos já efetivados. Corroborando esse preconceito, vide, por exemplo, o teor do artigo 212.º da CRFB, ao dispor que a União deve aplicar, anualmente, nunca menos de 18%, e os estados, o Distrito Federal e os municípios, no mínimo, 25% da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino, analisado no tópico 2.7 (Cap. V).

Embora seja indispensável o adequado custeio das diversas prestações relacionadas ao desenvolvimento do ensino, caso houvesse uma consciência político-jurídica sedimentada a respeito da necessidade e importância da alocação prioritária de recursos suficientes para o financiamento das ações de educação, não seria necessário o estabelecimento, aos entes federados, dessa vinculação a patamares mínimos de aplicação de verbas públicas, pois se acreditaria que o legislador não iria reduzir o orçamento destinado à educação. Tanto que em outros países, como em Portugal, não há essa previsão de vinculação de receitas ao sistema de ensino no texto constitucional, o que, entretanto, não significa risco de diminuição dos gastos em educação.

Em verdade, o artigo 212.º da CRFB, norma constitucional originária, que, como destacado no tópico 2.7 (Cap. V), existe desde a Constituição brasileira de 1934, com pontuais supressões nas Constituições de 1937 e 1967/1969, embora de extrema relevância no contexto político-social brasileiro, demonstra que se não houvesse essa vinculação de receitas, o legislador ordinário acabaria por não alocar, de forma prioritária, os recursos públicos suficientes para o custeio das ações educacionais.

A despeito da sua inegável importância para a realidade brasileira, normas desse viés revelam que, infelizmente, o legislador infraconstitucional brasileiro ainda não atingiu a maturidade suficiente para poder conduzir suas atividades livre de parâmetros mínimos de razoabilidade previamente estabelecidos.

Parece, então, que no Brasil, a margem de liberdade de conformação da norma pelo legislador, amplamente assegurada nos países democráticos, como na Alemanha, conforme a



decisão do Tribunal Constitucional alemão¹³⁴⁵, ao versar sobre o controle de evidência (abordada no tópico 2.6 do Cap. V), apesar de reconhecida, não se materializa, na prática, nos mesmos patamares verificados em outras nações, por conta da grande desconfiança social – e até institucional – no legislador ordinário.

Tais observações, a nosso sentir, são aptas a justificar o maior grau de aceitação, no Brasil, da proibição do retrocesso na acepção de princípio jurídico quando comparado aos demais países, como Portugal.

De todo modo, é de se ressaltar que a rigidez dos que defendem a vedação do retrocesso a ponto de não se permitir que diante da alteração de circunstâncias fáticas uma política pública seja reelaborada, parece engessar a sociedade atual com condicionantes que não mais lhe pertencem.

O direito não é um objeto estanque. Pelo contrário, está em constante evolução e a concretização de projetos passados pode não se mostrar proveitosa no presente e no futuro. É aqui que entra o já trabalhado poder de conformação do legislador.

Prender-se a uma perspectiva de impossibilidade de regresso nos avanços sociais parece, em verdade, ser uma postura ingênua: de um lado, é facilmente defensável, posto que propagar o dever de progressiva ampliação dos direitos sociais sempre soa bem; é, no entanto, claramente inexequível, porquanto não há como afirmar que a situação de fato hoje vivenciada permanecerá incólume por anos a fio. Como impor esse dever progressivo a gerações futuras sem conhecer o contexto a elas vivenciados? Não se é senhor da verdade para aprisionar o futuro ao passado.

Isso não significa, no entanto, que se está à mercê das conveniências de qualquer Governo. O compromisso constitucional pactuado de proteção dos bens jurídicos prioritários e considerados essenciais à comunidade é um projeto de Estado e, por isso, não pode ser alterado ao bel prazer do poder dominante à época, ainda que apoiado por uma maioria transitória e circunstancial. Foi sob esse receio e em busca de um mínimo de segurança jurídica que se alçaram valores – até de forma excessiva – ao status constitucional.

Diante dessa premissa, é que mesmo os que defendem a inexistência da vedação do retrocesso na condição de princípio jurídico, reconhecem que as normas constitucionais

¹³⁴⁵ Caso *Mitbestimmungsgesetz* (1978 BVerfGE 50, 290).



veiculadoras de direitos sociais, ainda que de baixa determinabilidade, implicam em certa garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas concretizadas¹³⁴⁶. É justamente sob esta perspectiva que ora se defende um mínimo de estabilidade às políticas públicas de concessão de empréstimos para o custeio dos cursos de ensino superior não gratuitos.

3.2.2 Parâmetros da Estabilização da Política Pública de Financiamento do Ensino Superior

A amplitude da estabilidade da política pública de financiamento do ensino superior, por meio da oferta de empréstimos subsidiados, ora defendida, depende, além do alcance de certo grau de efetividade e de cumprimento da função social da norma, abordado no tópico 3.2 (Cap. V) – que demanda a análise dos já examinados parâmetros de *tempo* de disponibilização da política pública, *quantidade* de contratos celebrados e *montante* de recursos públicos investidos – exige também a verificação do *nível de realização do direito exigido pela dignidade da pessoa humana*¹³⁴⁷.

Este, nas lições de Vieira de Andrade, pode ser sistematizado nos seguintes graus: a) *mínimo*, que resulta na proibição de pura e simplesmente aniquilar essas situações ou posições; b) *intermediário*, representa a relação do direito concretizado com os efeitos ligados ao princípio da proteção da confiança, à necessidade de fundamentação dos atos legislativos e ao princípio da igualdade; c) *máximo*, quando o direito efetivado pelo legislador ordinário assume a status de norma materialmente constitucional¹³⁴⁸.

Entende-se que, além dessa conexão com o princípio da dignidade humana e da capacidade da política pública atingir certo grau de efetividade, a margem de estabilidade delineada pela força normativa dos preceitos constitucionais consagradores de direito social é ainda definida pela *relevância, significado e função* do bem jurídico comunitário no contexto constitucional.

Ou seja, tratando-se de bem jurídico considerado prioritário pela ordem constitucional, a qual impõe ao legislador a tarefa de valorização permanente, maior será a intensidade da

¹³⁴⁶ ANDRADE. José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 371.

¹³⁴⁷ *Ibid.*

¹³⁴⁸ *Ibid.*



margem de estabilidade e de capacidade de resistência das prestações jurídicas dele concretizadas contra posteriores medidas legislativas restritivas.

Com base nesses parâmetros, sustenta-se que a política de concessão de empréstimos para o financiamento dos cursos de ensino superior não gratuitos, enquanto uma das possíveis prestações jurídicas decorrente das normas constitucionais que garantem o acesso à educação superior (artigo 74.º, n.º 2, alínea *d*, CRP e 208.º, V, CRFB), possui íntima relação com a dignidade da pessoa humana em grau *intermediário*.

Isso porque, embora as prestações que asseguram a ampliação do acesso ao ensino superior não façam parte do mínimo existencial educacional, há intensa conexão com a dignidade da pessoa humana.

Defende-se, conforme exposto no tópico 1.3 (Cap. V), que a política de concessão de empréstimos para o financiamento dos cursos de ensino superior não gratuitos é a que otimiza, em grau máximo, nos termos da doutrina de Amartya Sen, a capacidade de liberdade científica e cultural do aluno¹³⁴⁹.

Isso porque, por meio dela, maximiza-se a garantia da pluralidade de pensamento, pois na oferta de ensino superior privado há maior diversidade de planos metodológicos, que podem, inclusive, assumir específica diretriz filosófica, política e religiosa, incabível de ser adotada pelo ensino público, em razão da laicidade e da não confessionalidade.

Criam-se, assim, mais opções ao aluno de buscar a linha de formação que entenda ser a mais apropriada, com o escopo de desenvolver, plenamente, as suas potencialidades para que escolha o projeto de vida que pretende seguir e tenha a efetiva liberdade para ser o que quiser.

Ademais, consoante também destacado no tópico 1.3 (Cap. V), a política de financiamento do ensino superior enquadra-se no conceito de despesa pública justa, com base na teoria de Maria d'Oliveira Martins¹³⁵⁰, tendo em vista que concilia as noções de sustentabilidade orçamentária com a solidariedade intergeracional.

¹³⁴⁹ SEN, Amartya. *A ideia de Justiça...op.cit.*, pp. 252-257, para o autor o foco da capacidade é “a liberdade que uma pessoa realmente tem para fazer isso ou ser aquilo – coisas que ela pode valorizar fazer ou ser”, ressaltando a relevância de podermos ser capazes para realizar o que mais valorizamos, cuja noção de capacidade também diz respeito a sermos livres “para determinar o que queremos, o que valorizamos e, em última instância, o que decidimos escolher”. Nessa perspectiva, o conceito de capacidade está intrinsecamente conectado “com o aspecto de oportunidades da liberdade, visto com relação a oportunidades abrangentes, e não apenas se concentrando no que acontece na culminação”.

¹³⁵⁰ MARTINS Maria d'Oliveira. *A despesa pública justa:...op.cit.*, p. 172.



Porquanto, tratando-se de um gasto público – melhor enquadrado como investimento – realizado na modalidade de empréstimo, será pago por quem o contraiu, ou seja, haverá a restituição do capital investido, ainda que não integralmente, na medida em que concedido com taxas subsidiadas e menores que as do mercado.

Essa possibilidade de retorno dos recursos alocados, mesmo que parcialmente, reduz o impacto orçamentário gerado pelas escolhas atuais do legislador a serem suportadas pelas futuras gerações, assegurando, assim, a solidariedade intergeracional.

Nota-se, destarte, que o progressivo acesso aos níveis superiores de educação deve ser sempre equalizado entre a disponibilização de universidades públicas e a garantia subsidiada de acesso às universidades privadas. Em ambas essas perspectivas deve ser assegurado um grau mínimo de estabilidade e capacidade de resistência contra restrições infundadas, pois o ensino superior é pressuposto fundamental à formação do cidadão autônomo e o acesso ao conhecimento consagra a autodeterminação do indivíduo de viver segundo o seu próprio projeto pessoal.

Isso impõe ao legislador ordinário não somente o dever de legislar para criar as condições essenciais ao exercício desse direito (criação do sistema de ensino público), mas também limita a sua discricionariedade. Protege-se, assim, o bem jurídico constitucional contra medidas supervenientes que impliquem em restrição desproporcional ao direito positivado, aptas a resultar em violação à missão estatal de valorização permanente da educação.

No âmbito supranacional, nos contextos da União Europeia e do direito internacional, diversos são os tratados de direitos humanos que reconhecem a educação, em todos os graus de ensino, como indispensável para a promoção plena da dignidade e da isonomia. Trata-se de autêntico mecanismo de superação das desigualdades econômicas e sociais, assumindo o status de direito humano e fundamental, conforme abordado no tópico 6.1 (Cap. I).

Tanto que Ana Paula Barcellos, com fundamento no PIDESC, sustenta o *dever de priorização* da aplicação dos recursos disponíveis na proteção dos bens jurídicos essenciais e prioritários, dentro os quais encontra-se a educação¹³⁵¹. Isso resulta, consoante a doutrina da

¹³⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de *in A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais...op.cit.*, pp. 284-185.



referida autora, na vinculação dos “*Estados signatários a investirem o máximo de recursos disponíveis na promoção dos direitos previstos em seus textos*”¹³⁵².

Portanto, ao se tratar das políticas públicas de ensino superior, embora o legislador mantenha a sua discricionariedade decorrente do legítimo poder de conformação da norma, há a limitação da sua atividade. Essa contenção manifesta-se, como já ressaltado, tanto *antes* (estabelecendo o dever de legislar e efetivar o bem jurídico coletivo considerado prioritário pela Constituição), quanto *depois* da sua concretização (criando uma margem de estabilidade direcionada para a continuidade da produção dos seus efeitos, embora variável em intensidade).

Significa dizer que não obstante seja possível eventuais variações na extensão e nas condições em que essas linhas de financiamento são ofertadas – como inclusive, já ocorreu no Brasil e em Portugal – o Estado não pode suprimi-las. Há de existir um certo nível de estabilidade nas prestações que garantem o acesso aos graus mais elevados de ensino, seja tanto pela manutenção de um número razoável de vagas ofertadas a cada semestre pelas universidades públicas, seja pela continuidade de mecanismos que auxiliam a entrada e permanência de mais alunos em universidades privadas.

A formação de indivíduos autônomos e reconhedores de seus direitos e possibilidades sociais constroem sociedades mais justas, livres e solidárias. Eis aí a materialização dos objetivos do Estado Democrático e, por conseguinte, a importância em se garantir o acesso ao ensino superior, progressivamente, ao maior número de pessoas.

3.2.3 O Princípio da Proteção da Confiança

A estabilização da oferta da política pública de financiamento estudantil, além da conexão com a dignidade da pessoa humana e a igualdade, destacadas no tópico anterior, relaciona-se também com o princípio da proteção da confiança.

O princípio da proteção da confiança representa que eventual restrição das prestações jurídicas sociais efetivadas pelo legislador submete-se a um juízo de ponderação entre o dano

¹³⁵² BARCELLOS, Ana Paula de in *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais...op.cit.*, pp. 284-185.



provocado pela lei restritiva à justa expectativa do indivíduo nas condutas estatais e a relevância do objetivo buscado pela medida retrocessiva para o bem comunitário¹³⁵³.

O referido princípio tem sido utilizado pelo Tribunal Constitucional alemão desde *BVerfGE 24* e seu conteúdo normativo implica, portanto, em verificar se a confiança do indivíduo na continuidade da situação legal concretizada pode ou não prevalecer sobre a finalidade buscada pelo legislador com as modificações posteriormente implementadas¹³⁵⁴.

Trata-se de elemento nuclear do Estado de Direito e relacionado com a segurança jurídica, impondo não somente ao poder público, mas também ao particular, como exigência da boa-fé nas relações privadas, o respeito pela confiança despertada nos indivíduos de uma certa estabilidade e continuidade do direito positivado ou de específicas relações jurídicas¹³⁵⁵.

Nessa perspectiva, como pontua Jorge Miranda, o princípio da proteção da confiança impõe que o Estado de Direito oferte aos cidadãos um quadro institucional-normativo pleno baseado em sete pilares, quais sejam:

Certeza, como conhecimento exato das normas aplicáveis, da sua vigência e das suas condições de aplicação;

Compreensibilidade, como clareza das expressões verbais das normas e suscetibilidade de compreensão pelos seus destinatários médios;

Razoabilidade, como não arbitrariedade, adequação às necessidades coletivas e coerência interna das normas;

Determinabilidade, como precisão, suficiente fixação dos comportamentos dos destinatários, densificação de conteúdo normativo;

Estabilidade, como garantia de um mínimo de permanência das normas, por uma parte, e garantia de atos e de efeitos jurídicos produzidos, por outra parte;

Previsibilidade, como suscetibilidade de se anteverem situações futuras e suscetibilidade de os destinatários, assim, organizarem as suas vidas¹³⁵⁶. (negrito nosso).

¹³⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 456. Vide também ARAÚJO, Valter Schuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. 2 ed. Niterói: Impetus, 2016. p. 29, o qual sustenta tratar-se de norma “*impeditiva ou atenuadora dos possíveis efeitos negativos decorrentes da frustração, pelo Estado, de uma expectativa legítima do administrado ou jurisdicionado*, bem como NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Estuturantes...op.cit.*, pp. 147-168. Sobre o tema, relevante ainda destacar o entendimento de SOUZA, Victor. *Proteção e promoção da confiança no Direito Previdenciário*. Curitiba: Alteridade Editora, 2018, p. 279, para o qual a proteção da confiança implica na previsão de regras de transição quando o legislador adotar interpretação ou impor novas condições ao exercício de um direito que sejam mais gravosas aos indivíduos e que modifiquem substancialmente a justa expectativa depositada na manutenção do entendimento então vigente.

¹³⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 456.

¹³⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 456. Vide também ARAÚJO, Valter Schuenquener de. *O princípio da proteção da confiança...op. cit.*, p. 295.

¹³⁵⁶ MIRANDA, Jorge. *Sobre Deveres Fundamentais...op.cit.*, p. 155.



A manutenção da política de financiamento dos cursos de ensino superior em instituições não gratuitas insere-se no âmbito de tutela da proteção da confiança, sendo plausível defender a conclusão de que a justa expectativa dos estudantes de continuarem sendo beneficiados por ela prepondere sobre a finalidade buscada pelo legislador ordinário em restringir a quantidades de contratos ofertados a cada semestre aos estudantes.

Essa conclusão fundamenta-se no fato de que os proveitos obtidos pela política de financiamento do ensino superior são inúmeros, tanto direcionados aos alunos quando à própria coletividade. Geram *individualmente* ao educando a qualificação para o desempenho de uma profissão e o pleno desenvolvimento da personalidade. A nível *coletivo*, para o Estado, asseguram a elevação do nível cultural do país e a criação de novas tecnologias e inovações científicas aptas a atender as crescentes necessidades da população. Esses benefícios, de médio a longo prazo, superam as eventuais vantagens meramente orçamentárias resultantes, a curto prazo, da diminuição dos gastos públicos decorrentes da interrupção da sua prestação.

Em outras palavras, embora os gastos com educação e, em especial com o financiamento ao ensino superior, por meio da concessão de empréstimos aos estudantes, enquadrem-se, contabilmente, como despesa pública, o grande benefício gerado ao interesse público, a médio e longo prazo, são aptos a qualificá-lo como verdadeiro investimento.

Nesse sentido, Fábio Comparato, Heleno Torres, Élide Pinto e Ingo Sarlet alertam que medidas de ajuste fiscal em um contexto de crise política e orçamentária que permitam uma ampliação irrestrita da discricionariedade orçamentária e afetem as prestações estatais voltadas ao desenvolvimento da educação, além de gerarem riscos na efetivação e nas noções de proporcionalidade e progressividade no financiamento dos direitos fundamentais, criam severas dificuldades na compreensão a respeito do quanto se possa ganhar a longo prazo¹³⁵⁷.

A responsabilidade do Estado em assegurar uma margem de estabilidade dessa política não se trata de estabelecer uma proibição absoluta do retrocesso, pois já ressaltado que não impede a liberdade de conformação do legislador democrático diante das condicionantes fáticas, políticas, jurídicas e orçamentárias para a sua concretização. Trata-se, sob outro aspecto,

¹³⁵⁷ COMPARATO, Fábio Konder; TORRES, Heleno Taveira; PINTO, Élide Graziane Pinto; SARLET, Ingo Wolfgang. *Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação...op.cit.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis>.



de estabilizar um conteúdo mínimo de políticas educacionais já efetivadas, ainda que possam sofrer limitações fundamentadas.

Tanto que Carla Amado Gomes, ao defender a noção de mínimo educacional garantido (abordado no tópico 2.6 do Cap. V) destaca que a responsabilidade estatal pelas expectativas criadas na prestação do serviço educacional “*em nada tem a ver com a proibição do retrocesso*”¹³⁵⁸, na medida em que respeita-se o legítimo poder de conformação da norma pelo legislador ordinário, relacionando-se “*com o princípio da protecção da confiança, pressupondo o enraizamento da atitude de expectativa do cidadão em face da prestação que lhe vem sendo concedida, o nível de comprometimento a que o Estado se vinculou*”¹³⁵⁹.

Nessa toada, a finalidade das medidas restritivas da celebração dos contratos de empréstimo relacionados à política de financiamento do ensino superior é, em regra, como ressaltado, motivada pela escassez de recursos financeiros e orçamentários do Estado, seja para alocar os recursos nessa política (como ocorre no Brasil na modalidade FIES), seja para atuar como garantidor dos contratos celebrados pelos bancos (conforme se verifica em Portugal).

Essas condicionantes fáticas e jurídicas que limitam a eficácia do direito social de acesso à educação superior, embora aceita para a caracterização da teoria da reserva do possível (abordada no tópico 2.5 do Cap. V), não tem o condão de aniquilar a política pública de financiamento estudantil. É dizer, pode-se diminuir sua amplitude e até as condições ofertadas. Não se pode, todavia, extinguir as linhas de financiamento.

Porquanto, o acesso ao ensino superior, além da sua relevância para a capacitação da pessoa para o exercício profissional qualificado, por meio do qual pode superar as desigualdades econômicas e sociais, vincula-se também com a liberdade de ensino, abordado nos tópicos 2.2 (Cap. II) e 2.2 (Cap. III).

Isso porque, como destacado, o financiamento estudantil permite que o estudante escolha a instituição de ensino superior que entenda ser a mais adequada ao seu projeto educativo, ainda que se trate de universidade particular. Desse modo, o financiamento estudantil é a política pública que melhor desenvolve a dimensão da liberdade de ensino, porquanto incentiva o

¹³⁵⁸ GOMES, Carla Amado. Direitos e Deveres dos Alunos nas Escolas Públicas de Ensino Não Superior: Existe um direito à qualidade de ensino? *In Temas de Direito...op.cit.*, p. 74.

¹³⁵⁹ *Ibid.*



aluno a matricular-se em um curso superior numa instituição de ensino que tenha razão pela valorizar e real interesse em frequentar.

Enfim, tratando-se a política de financiamento do ensino superior, como ressaltado, de uma despesa pública justa que otimiza a capacidade de liberdade científica e cultural do aluno em grau máximo – possuindo, assim, íntima relação com a dignidade humana – argumentos meramente econômicos não podem ter o condão de determinar a interrupção total da sua prestação.

Portanto, a descontinuidade da sua prestação, conforme os argumentos acima expostos, viola o princípio da proteção da confiança, notadamente quando a política pública, além de estar estreitamente associada com a dignidade humana, já alcançou certo grau de efetividade, observado pelo considerável lapso temporal de sua disponibilização, a elevada quantidade de contratos de empréstimo celebrados e a alta quantia de recursos públicos investidos desde a sua implantação tanto no Brasil quanto em Portugal¹³⁶⁰.

3.2.4 O Dever de Progressiva Valorização da Educação

A continuidade da oferta da política pública de financiamento estudantil ora defendida não simboliza necessariamente sua expansão a cada semestre letivo, ou seja, não se está a sustentar que as políticas públicas de financiamento do ensino superior aumentem, invariavelmente, a cada ano, o número de contratos celebrados e a quantidade de estudantes beneficiados.

Com efeito, o que se pretende demonstrar é que tanto a ordem constitucional brasileira quanto a portuguesa, por meio da eficácia objetiva das normas que garantem o acesso ao ensino superior a todos, segundo suas capacidades (artigos 74.º, n.º 2, alínea *d*, CRP e 208.º, V, CRFB), aliada ao fato de ambas Constituições considerarem a educação um bem jurídico prioritário cuja permanente valorização, em todos os graus do ensino, é imposta como tarefa fundamental dos Estados brasileiro (artigos 205.º e 214.º, ambos da CRFB) e português (artigos 9.º, alínea *f* e 81.º, alínea *b*, ambos da CRP) irradiam seus efeitos para as políticas públicas dela decorrentes que visam efetivar a democratização do ensino superior, dentre as quais está a de concessão de empréstimos subsidiados.

¹³⁶⁰ Tratou-se sobre a quantidade de contratos de empréstimo celebrados tanto em Portugal quanto no Brasil, respectivamente, nos tópicos 1.4 e 2.4, ambos do Cap. IV.



Essa projeção da eficácia objetiva das referidas normas constitucionais sobre a política pública de concessão de empréstimos subsidiados (que se trata de uma prestação derivada de seus preceitos, na medida que busca a democratização do ensino superior) gera, após a sua concretização, uma *margem de estabilidade e continuidade* da sua oferta, que impede o legislador de suprimi-la ou reduzi-la, a ponto de afetar o seu núcleo essencial.

O fato da educação superior, diferentemente do ensino básico, não ser universal, não impede, como ressaltado, que a atividade legislativa, seja em Portugal ou no Brasil, gradualmente, implemente mecanismos que visam assegurar o seu acesso ao maior número de pessoas.

Pelo contrário, como bem destaca Vieira de Andrade, há um direcionamento constitucional apontado para a progressiva implementação de ações que fortaleçam o sistema de ensino, até porque os direitos a prestações materiais do Estado correspondem a *fins políticos de realização gradual*¹³⁶¹. Gomes Canotilho e Vital Moreira, sobre o tema, afirmam que o desenvolvimento contínuo da educação se trata de uma *imposição constitucional permanente*¹³⁶², de realização progressiva, de acordo com as disponibilidades públicas.

O *dever de progressiva valorização da educação*, ou, no magistério de Élide Graziane Pinto, o *dever estatal de progressividade*¹³⁶³, em todos os graus de ensino, implica no atendimento pelo gestor público das seguintes situações: *a)* planejamento contínuo com a perene atualização do Plano Nacional de Educação (No Brasil, o PNE é a Lei n.º 13.005/2014) sem a ocorrência de interrupções na sua elaboração; *b)* gestão eficiente dos recursos gerando reflexos na qualidade do ensino prestado com base na apuração pelos índices de desempenho dos alunos (IDEB, PISA); *c)* prioridade na alocação dos recursos para a concretização das ações de universalização da educação, principalmente do ensino fundamental e médio; *d)* proibição de estagnação ou restrição interpretativa que retire do sistema de ensino a possibilidade de progredir¹³⁶⁴; *e)* dever de gasto mínimo nos países que adotam o sistema de vinculação de receitas para a educação, como no Brasil, conforme destacado no tópico 2.6 (Cap. V).

Some-se a isso o fato de que esse dever de progressiva valorização do ensino, que se estende por todos os seus graus, incluindo, portanto, o nível superior, resulta, com base na doutrina de Fernando Scaff, no dever de proteção estatal contra a *limitação de insuficiência*¹³⁶⁵,

¹³⁶¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais ...op.cit.*, p. 175.

¹³⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição...op.cit.*, p. 899, ao abordarem a extensão da gratuidade a todos os graus de ensino (artigo 74.º, n.º 2, alínea e, CRFB).

¹³⁶³ PINTO, Élide Graziane. *Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação...op.cit.*, p. 43.

¹³⁶⁴ *Ibid.*

¹³⁶⁵ Expressão usada por SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade...op.cit.*, p. 313.



compreendida na noção de que compete ao legislador assegurar a provisão de recursos suficientes para a implementação de determinado direito social, sob pena de tornar a norma que o assegura letra morta, isto é, mera folha de papel¹³⁶⁶.

Essa limitação restaria configurada, na visão do referido autor, tanto pela insuficiente provisão de recursos orçamentários quanto pela “*insuficiente liberação de recursos para a execução orçamentária, a despeito de terem sido originariamente previstos no orçamento*”¹³⁶⁷.

O artigo 2.º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC de 1966 ressalta, expressamente, a progressividade dos direitos fundamentais sociais, no sentido de que os Estados implementem, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo dos seus recursos disponíveis, todos os meios apropriados a fim de se garantir o pleno exercício dos direitos sociais.

O referido tratado foi incorporado no ordenamento interno tanto por Portugal, ratificação pela Assembleia Nacional portuguesa pela Lei n.º 45, de 11 de julho de 1978, quanto pelo Brasil, por meio do Decreto n.º 591, de 06 de julho de 1992, conforme destacado no tópico 6.1 (Cap. I).

Essa previsão no PIDESC, no magistério de Ana Paula Barcellos, resulta no *dever de priorização* da aplicação dos recursos disponíveis na proteção dos bens jurídicos essenciais e prioritários, dentre os quais encontra-se a educação, o que implica, conforme a referida autora, na vinculação dos “*Estados signatários a investirem o máximo de recursos disponíveis na promoção dos direitos previstos em seus textos*”¹³⁶⁸.

Cita-se, no Brasil, como exemplo do exercício desse dever de progressividade no desenvolvimento da educação, a Emenda Constitucional n.º 59/2009 que alterou a redação do artigo 208.º, I, da CRFB, substituindo o termo “*ensino fundamental obrigatório e gratuito*” por “*educação básica obrigatória e gratuita*”, conforme explanado no tópico 3.1 (Cap. III).

Desse modo, assegurou-se, expressamente no texto constitucional, que o ensino médio – e não apenas o ensino primário – também faz parte do ensino obrigatório e gratuito no Brasil, expandindo o seu acesso. Isso gerou reflexos na legislação infraconstitucional, a ponto de, em 2013, ocorrer a alteração da redação do artigo 4.º da Lei n.º 9.394/96 realizada pela Lei n.º 12.796/2013, passando a constar que a educação básica engloba o ensino pré-escolar, o ensino fundamental e o ensino médio.

¹³⁶⁶ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade...op.cit.*, p. 313.

¹³⁶⁷ *Ibid.*

¹³⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de in *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais...op.cit.*, pp. 284-185.



Esse dever de progressividade também foi exercido em Portugal, conforme abordado no tópico 2.5 (Cap. II), posto que a universalidade foi estendida pelo legislador ordinário para o ensino pré-escolar a partir dos 4 (quatro) anos de idade e, no âmbito do ensino básico, foi alargada até os 18 (dezoito) anos.

Nessa ótica, o dever de progressiva valorização – agora aplicado no âmbito do ensino superior – resulta na obrigação de planejamento contínuo pelo Estado direcionado para a implantação e manutenção de medidas que assegurem o seu acesso ao maior número de pessoas.

A democratização do ensino superior requer, como já destacado, a execução contínua de políticas públicas que reduzam os impactos causados pelas diversas condicionantes, sejam as *estruturais* (regime *numerus clausus* que estabelece o número de vagas ofertadas a cada semestre letivo), *pessoais* (conclusão do ensino médio) e *financeiras* (custeio da taxa de matrícula e mensalidades), que limitam a universalidade do ensino superior.

Em outras palavras, o Estado deve pôr em prática ações que tenham o condão de, progressivamente, aumentar o número de vagas ofertadas a cada semestre pelas instituições públicas de ensino superior, expandir a quantidade de alunos que concluam o ensino médio e a qualidade do ensino ministrado, bem como alargar os beneficiados com isenção das taxas de matrícula e mensalidades ou com subsídios para custear tais despesas escolares.

A política pública de concessão de empréstimos bonificados, nesse trilhar, trata-se de uma dessas atividades voltadas à democratização do acesso ao ensino superior, por meio da qual concede-se subsídios para que os alunos possam custear o pagamento das mensalidades dos cursos de graduação e pós-graduação do ensino superior em instituições não gratuitas.

Entretanto, é de se ressaltar que essa responsabilidade estatal, consubstanciada no dever de progressiva valorização do ensino superior, não impõe, necessariamente, em termos práticos, que a cada ano deva haver o aumento da oferta de contratos de empréstimo.

Por outro lado, demanda do legislador a realização de planejamento adequado por meio de uma gestão eficiente que gere resultados – concretamente verificáveis – no incremento da qualidade da educação superior, proibindo que haja a redução do orçamento destinado às políticas de acesso ao ensino superior, de forma injustificada e arbitrária, a ponto de provocar o seu sucateamento e a própria interrupção da sua prestação.



Em outras palavras, não se busca atribuir ao legislador um dever de ampliar, sucessivamente a cada semestre letivo, a política pública de financiamento estudantil, posto que pode, com base nas circunstâncias fáticas e jurídicas ponderadas, notadamente em momentos de crise econômica, e de forma devidamente fundamentada e transparente, reduzir a quantidade de contratos de empréstimos celebrados em comparação com o semestre anterior, bem como o montante de valores destinados ao programa.

Desse modo, resguarda-se o legítimo poder de conformação da norma e de escolhas justificadas do legislador, inerente ao regime democrático. Lado outro, apesar de ser possível a eventual limitação dos recursos aplicados a cada semestre letivo e, conseqüentemente, dos alunos beneficiários do financiamento estudantil, impede-se que haja a sua interrupção total, como ocorreu em Portugal em diversos momentos, conforme abordado no tópico 1.1 (Cap. III).

É de se destacar, inclusive, que em Portugal essa suspensão total da política pública de financiamento estudantil teve lugar no período de 2015 a 2018 sem que sequer houvesse a promulgação de ato normativo posterior revogando o Decreto-Lei n.º 309-A/2007. Isso porque, considerando que utiliza recursos próprios dos bancos para a celebração dos contratos, atuando o Estado português como fiador, por meio dos fundos FCGM e FSE, o que houve foi a cessação total da oferta da linha de crédito bonificada pelas instituições financeiras.

Nesses casos, sustenta-se haver o *dever estatal de proteção e promoção* do bem jurídico prioritário – democratização do acesso ao ensino superior – direcionado para assegurar a manutenção da disponibilidade da linha de crédito ao financiamento estudantil, ainda que, como frisado, em quantidade reduzida de contratos firmados e, inclusive, dos valores alocados no orçamento para tal finalidade.

Verifica-se, portanto, que no período de suspensão completa da política pública de financiamento estudantil o Estado português vivenciou uma inconstitucionalidade por omissão. Isso porque violou, na perspectiva ora defendida, a margem de estabilidade e continuidade da política pública de financiamento estudantil que vinha sendo disponibilizada aos estudantes desde 2007, ou seja, há 14 (catorze) anos.

Essa constatação pauta-se no fato de que a valorização contínua e permanente da educação é um bem jurídico-constitucional prioritário e tarefa essencial do Estado, o que resulta, para fins de aplicação do princípio da proteção da confiança, abordado no tópico anterior, em



um juízo de ponderação que tutele as justas expectativas dos estudantes de ingressar no ensino superior em detrimento do fim estatal de suprimir tal política, com viés meramente fiscal.

Note que o fundamento para a suspensão total da política de financiamento estudantil em Portugal decorreu essencialmente por razões econômico-financeiras. Estas, embora relevantes para conformar a norma por meio de restrições no seu âmbito de incidência, como a quantidade de contratos a serem ofertados a cada semestre letivo, não podem configurar sua aniquilação, por se tratar, como também destacado, de uma despesa pública justa, apta, inclusive, a enquadrar-se como autêntico investimento.

Nessa perspectiva, a atuação do Estado é imprescindível para assegurar que a “porta” de acesso ao ensino superior por meio do financiamento estudantil esteja constantemente aberta, ainda que o seu “tamanho” possa variar a cada semestre letivo, de acordo com as condicionantes fáticas, econômicas, jurídicas e políticas enfrentadas e devidamente ponderadas pelo legislador.

Em outras palavras, a valorização permanente do ensino superior na condição de tarefa fundamental dos Estados português e brasileiro, aliada à intrínseca relação que ostenta com a dignidade humana, o desenvolvimento da personalidade, a qualificação profissional, a elevação do nível científico e cultural do país e a proteção da confiança implicam no dever estatal de proteger as justas expectativas dos estudantes.

Isso resulta em certa margem de estabilidade da política pública de financiamento estudantil, ainda que variável em grau de intensidade, sob pena de inconstitucionalidade por omissão por conta da sua proteção deficiente, uma das facetas da proporcionalidade analisada no tópico 2.6 (Cap. V).

Não se está mais diante do que se denominou, no tópico 2.5 (Cap. V), de omissão institucional tolerada, tendo em vista que a política de financiamento estudantil já foi concretizada e encontra-se em funcionamento em Portugal desde 2007 (há 14 anos) e no Brasil desde 1992 (há 29 anos) com elevado número de contratos celebrados e de recursos públicos alocados para o financiamento dos empréstimos concedidos.

Desse modo, o grande lapso temporal de disponibilização da política pública, aliado à elevada quantidade de contratos já celebrados e do montante aplicado desde a sua implantação – o que implica no cumprimento da função social da norma – bem como a relevância, função e significado que a democratização do ensino superior ostenta na ordem constitucional brasileira e lusitana e a intrínseca relação da política de empréstimos com a dignidade humana são aptos



a criar, sobre a referida política pública voltada ao acesso ao ensino superior, uma *capacidade de resistência* que, embora não absoluta, impede que o Estado interrompa totalmente a sua prestação, configurando inadmissível supressão ou reduzi-la a tal ponto que afete o seu núcleo essencial.

Não se almeja, frise-se, estabelecer uma espécie de piso mínimo de quantidade de contratos firmados ou de recursos públicos alocados em cada ano letivo no âmbito da política pública de financiamento estudantil. O legislador ordinário, mesmo depois de concretizado o direito social, continua tendo sua margem de discricionariedade para conformar a norma, inclusive para revisar as anteriores escolhas políticas, atento às novas realidades supervenientes à sua implementação, o que é inerente à alternância democrática.

Entretanto, sustenta-se que em razão da íntima conexão com a dignidade da pessoa humana, a otimização da capacidade de liberdade científica-cultural do aluno e a conciliação da sustentabilidade orçamentária com a solidariedade intergeracional, enquadrando-se no conceito de despesa pública justa, geram na política pública de financiamento estudantil certa margem de estabilidade dos seus efeitos e capacidade de resistência contra modificações futuras. Isso implica no dever estatal de proteção direcionado para a continuidade da sua oferta, embora variável em amplitude, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas, notadamente a disponibilidade dos recursos financeiros para sua promoção.

Essa manutenção da política de financiamento estudantil, embora, como já destacado, não necessariamente seja expansiva – no sentido de aumentar o número de contratos ofertados a cada ano letivo – exige que, no caso de restrições, haja a adequada e racional fundamentação e a preservação do núcleo essencial do dever de democratização contínua do acesso ao ensino superior. Em outras palavras, a quantidade de contratos celebrados, apesar de poder ser reduzida a cada semestre letivo, não pode ser ínfima, sob pena de caracterizar indevida supressão, maculando o dever de progressiva valorização da educação superior.

Portanto, o dever estatal de proteção adequada da política de financiamento estudantil ora defendido, apesar de não impedir o legítimo poder de conformação do legislador ordinário, resulta em certa continuidade da sua prestação e obsta a *proteção deficiente* da educação superior, como decorrência do princípio da proporcionalidade, abordada no tópico 2.6 (Cap. V). Isso pode se configurar quando é ofertado, em determinado semestre letivo, uma quantidade ínfima de contratos, somente a pretexto de estar mantendo a prestação do financiamento estudantil.



Ademais, por se tratar a educação de bem jurídico prioritário e tarefa essencial do Estado a sua valorização permanente, a omissão no dever de salvaguardar o sistema de ensino superior tem a aptidão, inclusive, de gerar, pelo Tribunal Constitucional, o *controle de intensidade material* da constitucionalidade da medida, em seu grau máximo, conforme destacado no tópico 2.6 (Cap. V), ou seja, tendo por objeto a própria ponderação realizada pelo legislador para reduzir o âmbito de proteção do ensino superior.

3.2.5 O Direito à Participação e à Continuidade da Política Pública de Financiamento Estudantil

A eficácia da estabilidade mínima do programa de financiamento estudantil ora defendida, por força da irradiação da dimensão objetiva dos preceitos constitucionais previstos no artigo 74.º, n.º 2, alínea d, CRP e artigo 208.º, V, CRFB, não significa, contudo, que qualquer pessoa poderá se socorrer do judiciário para lhe ter adjudicado o direito à celebração de empréstimo para o custeio de cursos do ensino superior em instituições não gratuitas.

Não se trata, portanto, de direito subjetivo a determinada prestação em benefício de estudantes específicos, tomado na acepção de reserva de vaga em instituição de ensino superior ou do direito à celebração de específico contrato de financiamento estudantil.

No entanto, conforme destacado no tópico 3.2 (Cap. V), embora ostente eficácia reduzida, é possível gerar ao menos certa posição jurídica-subjetiva, em sua acepção ampla – também entendida como *direito subjetivo de cunho negativo*¹³⁶⁹ – consubstanciado na possibilidade de o particular exigir do Estado que se abstenha de agir contra o preceito constitucional, previsto nos artigos 74.º, n.º 2, alínea d, da CRP e 208.º, V, da CRFB, que garantem o acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo as capacidades de cada um.

Constata-se, assim, quanto à justiciabilidade, a configuração de um direito à manutenção da política pública de acesso ao ensino superior, decorrente da dimensão objetiva e da eficácia dos referidos preceitos que asseguram a democratização do ensino superior.

¹³⁶⁹ Nesse sentido, vide SARLET, Ingo Wolfgang.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *Curso...op.cit.*, pp. 141-142; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade...op.cit.*, p. 147 e BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade...op.cit.*, p. 243.



Por não conter titular determinado, mas, sim, toda a coletividade, sua exigibilidade, no entanto, pode ser buscada pelos órgãos de proteção aos estudantes, como o Ministério Público ou por qualquer cidadão, quanto puder ser titular de ação coletiva.

O objeto da ação, portanto, seria o de exigir que o poder público mantenha a oferta da política pública de financiamento estudantil, em nível razoável que não configure proteção deficiente da educação superior, sem que isso implique, frise-se, em direito à prestação específica à vaga em instituição de ensino superior ou à celebração de contrato de empréstimo.

Trata-se, ao fim e ao cabo, por um lado, no *dever estatal de proteção* desse bem jurídico prioritário e essencial – democratização do acesso ao ensino superior – que resulta na continuidade da prestação do financiamento estudantil, ainda que a quantidade de contratos de empréstimos a serem celebrados e os recursos públicos alocados variem a cada semestre, a depender da disponibilidade financeira, sem, entretanto, disso resultar em aniquilação dessa política pública.

Por outro lado, ainda na dimensão objetiva e sem resultar em direitos subjetivos à celebração de contratos a titulares determinados, resulta no *direito à participação* do processo seletivo de concessão de empréstimos subsidiados, ainda que se realize no âmbito das instituições financeiras gestoras dessa linha de crédito bonificada.

Busca-se, desse modo, considerar a política pública de financiamento estudantil como umas das possíveis prestações decorrentes da norma constitucional que garante a democratização do ingresso no ensino superior (artigo 74.º, n.º 2, alínea d, CRP e artigo 208.º, V, CRFB), projetando sobre ela a eficácia objetiva dos seus preceitos.

Desse modo, ao assegurar a estabilidade, ainda que mínima, da sua oferta, mantém-se a *porta aberta* e continuamente disponível aos estudantes que almejam ingressar no ensino superior. Cumpre-se, assim, o dever estatal de proteção e promoção da educação, notadamente no ensino superior, enquanto bem jurídico constitucional prioritário, bem como observa-se a tarefa de valorização permanente desse grau mais elevado da educação.

3.3 O Dever de Proteção Contra Abusos Cometidos por Agentes Privados



O terceiro efeito jurídico que se pode extrair das normas constitucionais que garantem o acesso a todos aos níveis mais elevados de ensino, de pesquisa e da criação artística, segundo as capacidades de cada um (artigo 74.º, n.º 2, alínea d, CRP e artigo 208.º, V, CRFB) é o *dever de proteção contra abusos cometidos por agentes privados*, em especial aqueles de elevado poder econômico, que enfraqueçam o bem jurídico fundamental, qual seja, a progressiva democratização do acesso ao ensino superior.

Os deveres estatais de proteção, como destacado no tópico 2.3 (Cap. V), vão além da concretização de prestações específicas, isto é, ultrapassam a noção de Estado enquanto prestador de direitos fundamentais para implicar em uma concepção de garantidor contra abusos cometidos por terceiros.

Marca, assim, a transformação do Estado da condição de “inimigo” para “amigo” dos cidadãos, por meio do reconhecimento de que, em certas situações, os direitos fundamentais não são exigíveis contra o Estado, mas promovidos por meio da sua atuação responsável, ainda que em uma relação jurídica entre particulares¹³⁷⁰.

O Estado deve, nessa ótica, prevenir a ameaça, reprimir a conduta ou reparar determinado abuso cometido aos direitos fundamentais e aos bens jurídicos essenciais nas relações privadas. Esse efeito jurídico pode estar associado com a *proibição da proteção deficiente*, uma das dimensões do princípio da proporcionalidade, abordado no tópico 2.6 (Cap. V), que resulta em *imperativos de tutela*¹³⁷¹.

Notadamente porque, em determinados casos, o desrespeito aos direitos e bens jurídicos fundamentais pode decorrer não de uma conduta exagerada por parte do legislador, mas, sim, insuficiente, impondo o dever de atuação para protegê-lo de forma adequada e conforme o nível de satisfação delimitado pela Constituição, ainda que em face de agentes privados.

Aplicada tal noção à política pública de financiamento estudantil, o Estado deve coibir quaisquer tentativas ou corrigir concretas violações realizadas por particulares que possam abalar o bem jurídico fundamental, qual seja, a progressiva democratização do acesso ao ensino

¹³⁷⁰ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Artigo 18.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa...op.cit.*, pp. 342-343; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 135; BOTELHO, Catarina Santos. *Direitos Sociais, op.cit.*, p. 215; SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental...op.cit.*, pp. 241-242.

¹³⁷¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional...op.cit.*, p. 400.



superior, garantido pelos preceitos constitucionais previstos no artigo 74.º, n.º 2, alínea d, CRP e artigo 208.º, V, CRFB.

Nessa perspectiva, sustenta-se que a decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n.º 1.155.684/RN, julgado em 12/05/2010, que fixou o precedente da não aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos do FIES gerou, em linhas gerais (o que será melhor detalhado no capítulo seguinte), o descumprimento do dever de proteção contra abusos cometidos por particulares e a salvaguarda deficitária do bem jurídico prioritário (democratização do ensino superior).

Isso porque, o referido precedente acabou por legitimar transgressões provocadas pelas instituições financeiras, na condição de agentes executoras da referida política, contra os direitos dos estudantes-consumidores, no momento da celebração dos contratos do FIES, que apenas podem ser adequadamente reparados com a incidência da legislação consumerista.

Cita-se, por exemplo, a aplicação de multa moratória nos contratos do FIES no patamar de 10% (dez por cento) sobre o montante do crédito liberado. Trata-se de cláusula claramente abusiva, por violar frontalmente o §1.º do artigo 52.º do CDC, que limita o valor da multa moratória decorrente do inadimplemento da obrigação para até 2% (dois por cento) do valor da prestação.

Contudo, o STJ está autorizando a aplicação dessa multa moratória, apesar de flagrantemente ilegal, sob a alegação de que, conforme a tese fixada no Recurso Especial n.º 1.155.684/RN, não se aplica o CDC nos contratos do FIES¹³⁷².

Ressalte-se que, além de se poder identificar a ofensa ao direito fundamental dos estudantes enquanto consumidores (artigo 5.º, XXXII, CRFB), o referido precedente debilita o próprio bem jurídico fundamental salvaguardado no artigo 74.º, n.º 2, alínea d, da CRP e artigo 208.º, V, da CRFB (progressiva democratização do ensino superior).

¹³⁷² Conforme o decidido no AgRg no REsp 1230711/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 15/02/2016), disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57307273&num_registro=201100078232&data=20160215&tipo=64&formato=PDF, bem como no REsp 1.256.227/RS (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/08/2012, DJe 21/08/2012), disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22441426&num_registro=201101226186&data=20120821&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2020.



Porquanto, o não reconhecimento dos direitos consumeristas dos estudantes no momento da celebração dos empréstimos pode desestimular o interesse dos alunos em ingressar ou permanecer vinculado à essa política pública, mitigando, assim, a expansão da educação superior ao maior número possível de pessoas.

A correção dessa abusividade contratual cometida pelo agente econômico privado que ofende tanto o direito fundamental do consumidor-estudante quanto o bem jurídico tutelado pela Constituição brasileira e portuguesa (democratização do ensino) somente pode ser reparada, de forma eficaz, com a incidência do CDC.

Portanto, é insuficiente para a adequada correção do abuso cometido por terceiro de elevado poder econômico (instituições financeiras) a aplicação das regras previstas na Lei n.º 10.260/01.

É premente, então, a relevância do *overruling* (superação total) do referido precedente, considerando, inclusive, as equivocadas – e em parte ultrapassadas – premissas utilizadas como fundamentos para a definição da *ratio decidendi*, com base nos argumentos detalhadamente expostos no capítulo e tópicos seguintes.

Capítulo VI – A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DO FIES E O *OVERRULING* DA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL N.º 1.155.684/RN

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n.º 1.155.684/RN, julgado em 12/05/2010, sob a técnica de julgamento de recursos repetitivos, sedimentou o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor é inaplicável aos contratos de financiamento do FIES.

O cerne de investigação deste capítulo é a análise dos fundamentos que sustentaram o precedente resultante deste julgamento e a necessidade de refutá-los, operando-se, assim, a superação jurisprudencial (*overruling*).

1. FRAGMENTAÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: A Filtragem Constitucional e o Diálogo das Fontes



A rígida separação entre direito público e privado vem se dissolvendo desde a passagem do Estado Liberal ao Social. As estruturas do Estado Liberal impunham uma clara e bem definida distinção entre os regimes normativos publicista e privatista, posto que caberia a este maximizar a autonomia da vontade, assegurando a liberdade dos cidadãos, enquanto aquele deveria conter a atuação abusiva dos governantes¹³⁷³.

No entanto, essa dicotomia perde a força na medida em que as constituições sociais do período posterior à Segunda Guerra Mundial desagregaram o direito privado e criaram ramos autônomos, como o direito do trabalho¹³⁷⁴.

Impulsionada pela intensa exploração provocada pela Revolução Industrial e pelo reconhecimento de que a autonomia da vontade de quem detinha os meios de produção preponderava sobre a da classe trabalhadora assalariada e detentora da mão de obra, as bases do Estado Social assentam-se na ampliação dos direitos sociais e na concretização da incompleta e ainda deficitária justiça social¹³⁷⁵.

Visando alcançar tais objetivos, passou-se a limitar a autonomia da vontade em prol da solidariedade, conforme destacado no tópico 5 (Cap. I), criando institutos jurídicos, como a função social da propriedade, dos contratos e da empresa, que buscam, em última análise, reduzir o poder explorador dos agentes econômicos detentores do capital¹³⁷⁶.

Nesse ambiente, o Código Civil deixa de ser o estatuto único e monopolizador das relações privadas e a Constituição transforma-se na base unificadora e justificadora do ordenamento jurídico, impondo uma releitura do direito privado conforme os fundamentos de validade estabelecidos pela ordem constitucional¹³⁷⁷.

Isso implica em uma *filtragem constitucional*, compreendida, na lição de Luís Roberto Barroso, no reconhecimento de que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados, tratando-se, portanto, de reinterpretar os institutos do direito infraconstitucional sob uma ótica constitucional¹³⁷⁸.

¹³⁷³ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos...op.cit.*, p. 40.

¹³⁷⁴ *Ibid.*, p. 41.

¹³⁷⁵ A respeito da transição do Estado Liberal para o Estado Social, vide LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. *Os Desafios...op.cit.*, pp. 53-63.

¹³⁷⁶ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos...op.cit.*, p. 41.

¹³⁷⁷ *Ibid.*, p. 43.

¹³⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito...op.cit.*, pp. 15-20.



Nessa perspectiva, a doutrina reconhece que as normas referentes aos direitos fundamentais, ainda que pertencentes ao chamado âmbito do regime jurídico público, isto é, idealizadas originariamente para serem aplicadas pelo cidadão em face do Estado, tem incidência também nas relações entre particulares (*eficácia horizontal dos direitos fundamentais*)¹³⁷⁹.

Trata-se do fenômeno da *constitucionalização do direito privado* que implica na justificação constitucional de determinadas regras que regulam as relações jurídicas privadas, irradiando sobre elas padrões valorativos decorrentes da Constituição¹³⁸⁰.

Essa nova diretriz normativa-axiológica contribuiu para o fenômeno da fragmentação do Código Civil, enquanto macrossistema das relações privadas, que fora decomposto em diversos microsistemas¹³⁸¹, dentre eles o CDC que rege as relações de consumo e equiparadas, devendo manter entre si uma aplicação normativa complementar, dentro das suas competências¹³⁸².

Diante dessa pluralidade de fontes existentes nos complexos sistemas jurídicos da pós-modernidade, que rege as relações jurídicas privadas, Erik Jayme idealizou a Teoria do Diálogo das Fontes (*le dialogue des sources*), buscando solucionar os conflitos dela decorrentes¹³⁸³.

Almeja-se, por meio dela, conferir coerência ao ordenamento, mediante a aplicação de critérios de coordenação ao invés do meramente hierárquico no caso de antinomias normativas.

¹³⁷⁹ A vinculação da dignidade da pessoa humana às relações eminentemente particulares encontra eco tanto na doutrina alemã, quanto na brasileira e portuguesa. Sobre o tema, consulte Neuner, Jörg. *Privatrecht und Sozialstaat*, p. 153 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana...op.cit.*, p.100; ANDRADE, J. C. Vieira, *Os Direitos Fundamentais...op.cit.*, p. 293; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107; SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização de Direitos: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹³⁸⁰ NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Constitucionalização do Direito Civil*. *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, v. 141, jan./mar. 1999, pp. 100-101.

¹³⁸¹ Antes do Código Civil brasileiro de 2002, como ressalta EFING, Antônio Carlos. *In Fundamentos...op.cit.*, p. 43, o direito civil brasileiro estava dividido basicamente em dois grandes macrossistemas: o civil (Código Civil de 1916) e o comercial (Código Comercial de 1850). Estes, contudo, se fragmentaram em diversos microsistemas, tais como: CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), LI (Lei do Inquilinato), ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente); CDC (Código de Defesa do Consumidor), Estatuto do Idoso, Estatuto do Torcedor, Estatuto da Pessoa com Deficiência.

¹³⁸² EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos...op.cit.*, p. 43.

¹³⁸³ ERIK, Jayme. *Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne*. Recueil des Cours de Académie de Droit International de la Haye. Kluwer: Doordrecht, vol.2, 1995, pp. 60-61 e 259.



O referido doutrinador afirma que “*um método que tende a coordenar fontes é preferível a uma solução hierárquica*”¹³⁸⁴.

A mencionada teoria, cujo âmbito de aplicação voltava-se ao direito internacional privado¹³⁸⁵, foi trazida com proeminência ao Brasil por Cláudia Lima Marques, que defende o diálogo de fontes entre a legislação civilista (Código Civil de 2002) e a consumerista (Código de Defesa do Consumidor de 1990)¹³⁸⁶, considerando ser este em um ramo do direito privado solidário (*solidarprivatrecht*)¹³⁸⁷. A autora almeja, desse modo, a coerência do sistema plural e complexo dos ordenamentos da atualidade que não mais permitem “*mono-solução*”¹³⁸⁸.

Nesse ambiente normativo, a constitucionalização do direito e a nova pauta axiológica que passou a se irradiar por todo o ordenamento afetou não somente o regime jurídico privado, mas também o público. Este é fundamentado nos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e o da indisponibilidade do interesse público, considerados *pedras de toque*¹³⁸⁹ do direito administrativo.

¹³⁸⁴ Tradução livre por este autor do original em francês : “*A mon avis, une méthode qui tend à coordonner les sources est préférable à une solution hiérarchique.*” In ERIK, Jayme. *Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne*. Recueil des Cours de Académie de Droit International de la Haye. Kluwer: Dordrecht, vol.2, 1995, pp. 60-61 e 259.

¹³⁸⁵ ERIK, Jayme. *Identité Culturelle...cit.*, p. 60 destaca que “*qualquer legislador atual enfrenta o problema colocado pelo uso das diversas fontes do direito internacional privado.*”, tradução livre do autor do original em francês “*Tout législateur actuel se trouve face au problème posé par le recours aux diverses sources du droit international privé.*”

¹³⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (ESMESE)*, nº 7, 2004. pp. 42-53.

¹³⁸⁷ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 73, que, utilizando a expressão *solidarprivatrecht*, usada pelo jurista alemão Hannes Rösler in *Europäisches Konsumentenvertragsrecht*. Munique: Beck, 2004. p. 93, sustenta que a Constituição Brasileira de 1988 é o marco da reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade, no qual se inclui o direito do consumidor. Nesse sentido, vide também MARQUES, Claudia Lima in *Contrato na sociedade de consumo: vontade e confiança*, de André Perin Schmidt Neto. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 102. ano 24. p. 509-515. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015, p.510.

¹³⁸⁸ MARQUES, Cláudia Lima in *Superação das antinomias...op. cit.*, p.43, destaca que “*É denominada “coerência derivada ou restaurada” (“cohérencedérivée ou restaurée”), que procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo. Erik Jayme alerta-nos que, nos atuais tempos pós-modernos, a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do “droit à la différence” (direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade de ser “igual” aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de “mono-solução”. A solução atual ou pós-moderna é sistêmica e tópica ao mesmo tempo, pois deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções.*”

¹³⁸⁹ Expressão usada por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 55.



Como leciona José Manuel Sérvulo Correia, o regime jurídico público contemporâneo assume uma *perspectiva relacional*, que impõe a reconstituição do estatuto jurídico administrativo, cujos mecanismos devem assegurar o equilíbrio entre a realização do interesse público e o respeito aos legítimos interesses privados¹³⁹⁰.

Feitas essas considerações, fundamentais para compreender as transformações sofridas nas estruturas normativas que regem as relações jurídicas públicas e privadas nos ordenamentos constitucionais contemporâneos, passa-se, nos tópicos seguintes, a analisar a teoria dos precedentes e, em seguida, expor as razões pelas quais se entende pela necessidade de superação da tese fixada no Recurso Especial n.º 1.155.684/RN.

2. TEORIA DOS PRECEDENTES: CONSIDERAÇÕES INICIAIS

2.1 A Evolução da Decisão Judicial nos sistemas da *Common Law*, *Civil Law* e *Stare Decisis*

Um sistema jurídico baseado no respeito aos precedentes é, em regra, ligado de forma automática ao desenvolvimento da *common law*, como se este não existisse sem aquele. A premissa, no entanto, como bem pontuado por Luiz Guilherme Marinoni, é equivocada em dois turnos: primeiro, os conceitos de *common law* e *stare decisis* não se confundem¹³⁹¹; segundo, porque é plenamente possível uma lógica de precedentes dentro de um sistema de tradição do *civil law*¹³⁹².

Essa última conclusão é obtida quando se investiga as raízes do desenvolvimento da *civil law* e as modificações na teoria do direito que exigiram um redimensionamento da importância das decisões judiciais para garantia da unidade do ordenamento.

¹³⁹⁰ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 16, n. 63, p. 45–66, 2016, pp.53-55, afirmando, sobre o tema, que “*não parece, pois, que, nos nossos dias, o conteúdo do regime jurídico-administrativo se possa caracterizar pela sistemática e absoluta supremacia do interesse público sobre o privado. Não se pode, em primeiro lugar, inferir que exista uma constante colisão entre os dois tipos de interesses*”. Conclui o ilustre professor português que há uma constante aproximação entre Estado e sociedade pautada na ideia do *Kooperative Staat*, isto é, o Estado que estabelece mecanismos de cooperação com os destinatários das normas jurídicas e que permite ao particular, ainda que no âmbito do regime publicista, espaços de autodeterminação.

¹³⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 26.

¹³⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 28.



A Revolução Francesa é o marco histórico na construção do *civil law*¹³⁹³. Antes dela, o Poder Judiciário francês era constituído por uma classe aristocrática sem qualquer compromisso com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade¹³⁹⁴. Os cargos eram comprados e herdados, sendo usufruídos como propriedade particular¹³⁹⁵.

Disso decorre que com a Revolução de 1789 tornou-se imprescindível limitar a atividade do judiciário, subordinando-o de forma rígida ao Parlamento¹³⁹⁶. Procurou-se, então, criar um direito que fosse capaz de eliminar as tradições herdadas de outros povos, negando-se o *ius commune*¹³⁹⁷.

No novo sistema, que parte do pressuposto de que o juiz não era confiável¹³⁹⁸, imaginou-se a figura utópica do julgador que sempre atua segundo a vontade da lei¹³⁹⁹. Nesse trilhar, a certeza do direito residiria na própria lei e em sua aplicação estrita¹⁴⁰⁰. Isso seria suficiente para garantir a segurança jurídica, a previsibilidade nas relações sociais e a igualdade dos cidadãos¹⁴⁰¹.

Nicola Picardi ressalta que, durante os primórdios do constitucionalismo clássico e liberal, aos juízes era vedado decidir por meio de disposição geral e regulatória (artigo 5.º do Código Civil Napoleônico), bem como motivar as sentenças com base única em precedentes judiciais que assumissem um caráter de autêntica regulação, isto é, de uma verdadeira e própria lei¹⁴⁰². Assim, o referido processualista italiano conclui que, diferente dos países anglo-saxões, na Europa continental consolidava-se a noção de que a jurisprudência não era fonte de direito¹⁴⁰³.

Não obstante a tentativa da *civil law* em conter a atuação do juiz e de garantir a aplicação estrita da lei como materialização da igualdade e da separação dos poderes, constatou-se que a atividade interpretativa do julgador não é (e nem poderia ser) um ato mecânico¹⁴⁰⁴.

¹³⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 41.

¹³⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 41.

¹³⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 41.

¹³⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 42.

¹³⁹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 45.

¹³⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 45.

¹³⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 48.

¹⁴⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 48.

¹⁴⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, pp. 48-49.

¹⁴⁰² PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 145.

¹⁴⁰³ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 145.

¹⁴⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 50.



Estabelecer que o Direito se restringe à lei não impediu que juízes prolatassem decisões diversas em casos iguais ou que leis injustas fossem aplicadas em detrimento dos interesses da população. Porquanto, a maioria poderia criar textos de lei egoístas e discriminatórios¹⁴⁰⁵.

Tornou-se, então, necessário resgatar a substância da lei e os valores de justiça negados pelo legislador¹⁴⁰⁶, criando-se instrumentos que obrigassem a conformação da lei aos ideais de justiça: surgem as constituições rígidas¹⁴⁰⁷. Com elas, a lei encontra o seu limite nos princípios constitucionais, não valendo por si só. O Direito não está apenas nas leis, mas na Constituição, sendo o papel da jurisdição conformar aquelas a esta¹⁴⁰⁸.

É dentro desta perspectiva que se percebeu a necessidade de superação da ideia do julgador como um mero instrumento de aplicação da lei, eis que de um texto podem ser extraídas diversas normas, seja em um sistema do *common law*, seja sob a égide da *civil law*. Foi superando a ideia utópica do juiz como materializador da vontade do parlamento que, no seio da *civil law*, desenvolveram-se as teorias da interpretação e atribui-se o controle de constitucionalidade das leis aos juízes¹⁴⁰⁹.

Nessa ordem, inarredável se chegar à conclusão de que a lei, por si só, não é suficiente para garantir a igualdade na sua aplicação e trazer previsibilidade ao sistema. Conquanto esta descoberta não seja novidade, fato é que o sistema do *civil law* brasileiro se manteve inerte na tentativa de garantir a estabilidade da jurisprudência¹⁴¹⁰.

O juiz brasileiro é tradicionalmente individualista e as próprias cortes encarregadas pela uniformização da jurisprudência proferem decisões contraditórias¹⁴¹¹. Assim, se por um lado chegou-se à noção de que de um texto legal podem ser extraídas diversas normas, o questionamento agora centra-se na operação realizada pelo julgador acerca de qual norma deve ser aplicada ao caso concreto.

Essa nova teoria da interpretação, em conjunto com o princípio da constitucionalidade, coloca nas mãos das Cortes Supremas a função de definir o sentido adequado ao texto legal,

¹⁴⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 49.

¹⁴⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes...op.cit.*, p. 50.

¹⁴⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes...op.cit.*, p. 50.

¹⁴⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, pp. 52-51.

¹⁴⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes...op.cit.*, p. 100.

¹⁴¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 50.

¹⁴¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes...op.cit.*, p. 100.



atribuindo-lhe a competência de interpretar a lei e aferir a sua validade, de modo que, por consequência lógica, nenhum juiz ou tribunal, nem mesmo a própria Corte Suprema, poderá decidir em desacordo ao precedente firmado¹⁴¹².

Tem-se, portanto, a importância dos precedentes e, conseqüentemente, da estabilidade e previsibilidade das decisões judiciais introduzidas no sistema *civil law*, direcionados a assegurar a segurança jurídica, valor essencial e estruturante do Estado de Direito.

Nota-se que enquanto no sistema *civil law* equivocadamente se imaginou que a segurança e a previsibilidade seriam alcançadas por meio do juiz que realiza a aplicação restrita da lei, afastando a importância dos tribunais e de suas decisões, na *common law* o precedente, cuja noção surgiu no âmbito dos julgamentos consuetudinários, se materializou no instrumento capaz de garantir a segurança jurídica que a sociedade precisaria para se desenvolver¹⁴¹³, o que possibilitou o nascimento de um sistema de precedentes – *stare decisis*.

É bem de ver que a despeito de o *stare decisis* – eficácia vinculante dos precedentes – ter se desenvolvido no âmbito da *common law*, os conceitos não se confundem¹⁴¹⁴. O *common law*, compreendido como costumes gerais que determinam o comportamento, existiu por séculos sem que se cogitasse o *stare decisis* e *rule precedent*, cuja noção é relativamente mais recente¹⁴¹⁵. A necessidade de realçar esta distinção – *common law* e *stare decisis* – além de evitar confusões, tem o condão de sustentar a possibilidade de um sistema brasileiro de precedentes¹⁴¹⁶.

A doutrina da *stare decisis et non quita movere*, em sua denominação mais extensa, é independente da *common law* e tem como pressuposto a existência de uma jurisprudência íntegra¹⁴¹⁷. Para tanto, é imprescindível haver a preocupação de se criar decisões das quais se poderá extrair um precedente (uma orientação, e não uma decisão judicial qualquer) que deverá ser seguido pelo próprio tribunal ou pelos demais tribunais do país (*stare decisis* vertical e horizontal)¹⁴¹⁸.

¹⁴¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes...op.cit.*, p. 100.

¹⁴¹³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 49.

¹⁴¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 27.

¹⁴¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 27.

¹⁴¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 28.

¹⁴¹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de Direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015. *Revista dos Tribunais-RT*, v. 974, 2016, pp. 129-154.

¹⁴¹⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Integridade, estabilidade e coerência...op.cit.*, p. 135.



2.2 Ratio Decidendi, Overruling, Overriding, Distinguishing e Overruled

O precedente é, antes de tudo, uma decisão judicial tomada à luz do caso concreto. Esta decisão, no entanto, além de solucionar a lide posta em juízo, gera uma norma – *a ratio decidendi* – que pode vir a servir como diretriz para o julgamento de casos futuros que lhe sejam análogos¹⁴¹⁹.

Nessa ordem de ideias, a *ratio decidendi* ou *a holding*, na doutrina americana, consubstancia-se nos fundamentos que sustentam aquela decisão. Sem ela a decisão não teria sido proferida da forma como foi, sendo, portanto, a essência da tese jurídica suficiente para o caso concreto (*rule of law*)¹⁴²⁰.

Os precedentes podem ser persuasivos (*persuasive precedent*), constituindo-se em um indício de solução racional da qual toda decisão judicial fundamentada é dotada ou, ainda, vinculantes (*binding precedent*), quando dotados de autoridade vinculante (*binding authority*), sendo obrigatória sua aplicação aos casos que lhe forem análogos e supervenientes¹⁴²¹.

Não obstante a observância a um sistema de precedentes, as decisões judiciais sob um sistema de precedentes não se tornam imutáveis, ainda que positivado pelo legislador este efeito vinculante.

A atividade jurisdicional espelha a sociedade em que está inserida e esta, como atesta a história, está em constante e célere mudança. Em razão disso, a jurisprudência consolidada pode ser alterada quando as premissas fáticas e de direito que geraram a decisão se modificarem ou nos casos em que posteriormente são identificadas como equivocadas ou injustas.

Um sistema de precedentes permite o desenvolvimento do direito de modo positivo e sofisticado: o poder de atribuir sentido traz em si o poder de desenvolvê-lo¹⁴²². Isso porque o precedente não é sinal de engessamento do direito, mas de estabilidade¹⁴²³.

¹⁴¹⁹ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 14ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 550.

¹⁴²⁰ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil...op.cit.*, p. 551.

¹⁴²¹ *Ibid.*, p. 563.

¹⁴²² MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes...op.cit.*, p. 101.

¹⁴²³ *Ibid.*



Se por um lado, não se concebe um precedente vinculante com a vida útil de poucos meses¹⁴²⁴, de outro também não é recomendável acorrentar-se a posicionamentos ultrapassados e equivocados em nome da segurança jurídica.

A Corte possui o dever de revogar um precedente que foi superado, seja em razão da modificação do contexto social, de uma nova concepção de direito ou quando o precedente até então existente sobre a matéria se mostra equivocado¹⁴²⁵.

Em razão disso, a superação da jurisprudência consolidada – ainda que baseada em premissas equivocadas – exige do julgador uma maior carga argumentativa a fim de transpor os fundamentos que alicerçaram o posicionamento a ser superado. Maximize quando o próprio legislador elenca as hipóteses em que a jurisprudência firmada é vinculativa a todos os julgadores, como ocorre nos termos do artigo 927.º do Código de Processo Civil brasileiro.

Importando o termo da doutrina americana, convencionou-se chamar a técnica de superação de precedentes de *overruling*. Trata-se da atividade pela qual um precedente perde sua força vinculante (*overruled*) e vem a ser substituído por outro¹⁴²⁶.

No ordenamento brasileiro, esta superação deve ser explícita (*express overruling*), a teor do disposto no § 4º do artigo 927.º do Código de Processo Civil, ao impor que a modificação da jurisprudência pacificada deverá ser instrumentalizada por fundamentação adequada e específica e respeitar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. Nota-se que se faz imprescindível dialogar com o precedente anterior para superá-lo¹⁴²⁷.

Ainda exportado da doutrina americana, tem-se o *overriding*, que nada mais é do que uma superação parcial do precedente, não implicando a substituição da norma, mas restringindo sua incidência em razão de um novo posicionamento. Não se trata de *distinguishing*, porque neste uma questão de fato impede a incidência do precedente. Já no *overriding* é um novo

¹⁴²⁴ Foi o caso da Súmula 603 do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 22/02/2018 e cancelada pouco mais seis meses depois, em 22/08/2018.

¹⁴²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes...op.cit.*, p. 101.

¹⁴²⁶ Trata-se, como bem pontuado por CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno Processo Civil Brasileiro. In *Direito jurisprudencial*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2012, p.553, de método em que os tribunais, depois da reavaliação dos fundamentos que levaram à formação de um precedente que ordinariamente se aplicaria ao caso em julgamento, decidem cancelar a fórmula anterior e atribuir uma interpretação, total ou parcialmente, diferente da antecedente. Essa superação do precedente judicial pode ocorrer com eficácia *ex tunc* (*restrospective overruling*), quando o jurisdicionado é julgado com base na regra nova, mesmo que inexistente no momento do fato que deu ensejo à demanda, ou com eficácia *ex nunc* (*prospective overruling*), quando a nova orientação do precedente somente valerá da data da decisão em diante.

¹⁴²⁷ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso...op.cit.*, p. 607.



posicionamento (uma questão de direito) que altera parcialmente a aplicação do precedente inicial¹⁴²⁸.

2.3 O Sistema de Precedentes Obrigatórios no *Civil Law* Brasileiro: Em busca de Coerência, Previsibilidade e Igualdade de Tratamento

Partindo da premissa de que o direito perde autoridade na proporção de sua indeterminação, Luiz Guilherme Marinoni sustenta que um sistema de precedentes obrigatórios no sistema *civil law* brasileiro resulta na unidade do direito e reflete a coerência da ordem jurídica, viabilizando a previsibilidade e a igualdade de tratamento¹⁴²⁹. Isso, na visão do referido autor, só é possível com o funcionamento das Cortes Supremas como Cortes de Precedentes¹⁴³⁰.

O aludido autor não deixa de apontar a dificuldade de se instituir um sistema de precedentes diante da formação da nossa cultura sob a égide do patriarcalismo e o patrimonialismo peculiares ao “homem cordial” de Sérgio Buarque de Holanda, que, acostumado ao ambiente íntimo e de troca de favores, vê a lei como algo a ser contornado e não possui visão institucional, possibilitando a figura do juiz individualista, mascarado pela “*liberdade de julgar*”¹⁴³¹.

É bem de ver que a dificuldade não se encontra apenas na resistência dos juízes em seguir o entendimento fixado nas instâncias superiores, mas também nos advogados em lançar-se em pretensões claramente dissonantes dos precedentes vinculantes, bem como dos próprios tribunais em estabelecer com clareza a *ratio decidendi*, por meio de argumentos claros e amplamente debatidos, possibilitando a sua aplicação segura aos casos correlatos¹⁴³².

Não basta decidir ser este ou aquele o resultado do julgamento, faz-se necessário esclarecer racionalmente o porquê de se estar optando por determinada conclusão para que uma decisão seja qualificada como precedente.

Não obstante destacar a resistência brasileira a um sistema precedencialista, Luiz Guilherme Marinoni sustenta que o respeito aos precedentes é a maneira de efetivar o Estado de Direito, estabelecendo um modo de vida em que o direito assume sua dignidade na medida em

¹⁴²⁸ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso...op.cit.*, p. 623.

¹⁴²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes...op.cit.*, p. 101.

¹⁴³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes...op.cit.*, p. 113.

¹⁴³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes...op.cit.*, pp. 84-88.

¹⁴³² MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes...op.cit.*, pp. 84-88.



que é aplicado de modo igualitário, marcado pela noção de responsabilidade, unidade e previsibilidade do sistema¹⁴³³.

Sem a pretensão de exaurir o tema, mas com o objetivo de delinear os aspectos gerais do complexo sistema de precedentes no Brasil, é preciso, antes de tudo, ter a noção de que precedente e jurisprudência constituem conceitos distintos¹⁴³⁴.

Jurisprudência é um conceito típico de cortes de correção que, ainda sem o reconhecimento da missão de colaborar com o Legislativo na construção do Direito, julgam diversos recursos a respeito de uma mesma questão em igual sentido¹⁴³⁵. Essas cortes já não têm espaço no contexto do Estado Constitucional¹⁴³⁶. Nesse novo cenário, a razão de existir das Cortes Supremas é a interpretação do texto legal e a extração da norma jurídica válida, o que significa a atribuição de sentido e o desenvolvimento do direito segundo as necessidades sociais¹⁴³⁷.

Também é preciso conceber que todo precedente ressaia de uma decisão, a despeito de nem toda decisão gerar um precedente¹⁴³⁸. Só se pode falar em precedente quando se tem uma decisão dotada de potencialidade de se firmar como paradigma de orientação dos jurisdicionados e magistrados¹⁴³⁹, veiculando questão de direito – *point of law* – sem cingir-se a anunciar o que já está na lei (ainda que em primeiro lugar) ou em outras decisões¹⁴⁴⁰.

Uma decisão a qual se atribui a qualificação de precedente deve, assim, enfrentar todos os principais argumentos relacionados a questão de direito e ser resolvida com base em argumentos compartilhados por uma maioria¹⁴⁴¹. Por conseguinte, não se pode entender como precedente uma decisão que se limita a afirmar a letra da lei ou a reafirmar um precedente¹⁴⁴².

A consolidação de um direito processual que pretende o respeito aos precedentes fora paulatinamente se inserindo no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente por meio das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal

¹⁴³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A Ética dos Precedentes...op.cit.*, pp. 84-100.

¹⁴³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 286.

¹⁴³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 288.

¹⁴³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 287.

¹⁴³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 287.

¹⁴³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 154.

¹⁴³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 153.

¹⁴⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 154.

¹⁴⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 154.

¹⁴⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 155.



Federal. Após, com a Emenda Constitucional n.º 45/2004¹⁴⁴³, através do regime de repercussão geral e das súmulas vinculantes.

Ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, os artigos 543.º-B e 543.º-C foram incluídos pela Lei nº 11.672/2008 para albergar o julgamento das causas repetitivas através de um caso modelo, do qual seria extraída a norma jurídica a ser posteriormente aplicada a casos futuros assemelhados.

Em que pese essa aparente evolução linear, para analisar a introdução do sistema de precedentes no direito pátrio, é preciso realçar as peculiaridades do sistema jurídico brasileiro: há o controle de constitucionalidade difuso (inspirado no *judicial review* estadunidense) e concentrado (baseado no modelo austríaco); tem-se inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais complexo (súmulas vinculantes, súmulas impeditivas, julgamento modelo para causas repetitivas), de clara inspiração no *common law*¹⁴⁴⁴.

Um grande salto foi dado com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o qual dispõe no artigo 926.º a respeito do dever dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

José Miguel Garcia Medina defende que o supracitado dispositivo legal utiliza a expressão “jurisprudência” em sentido amplo, compreendendo precedentes e as súmulas¹⁴⁴⁵. Dos precedentes deve ser extraída a *ratio* geral que poderá ser replicado em situações análogas, em que pese obtida de um caso concreto.

A síntese da jurisprudência, por sua vez, pode ser apresentada em um enunciado de súmula dos tribunais¹⁴⁴⁶. Veja-se, portanto, que a integridade, coerência e uniformização como deveres estabelecidos no artigo 926.º do Código de Processo Civil brasileiro abrangem a jurisprudência, os precedentes e a súmula¹⁴⁴⁷.

¹⁴⁴³ BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. *Diário Oficial*, Brasília, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

¹⁴⁴⁴ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 21ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2019, p. 65.

¹⁴⁴⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Integridade, estabilidade e coerência...op.cit.*, p. 133.

¹⁴⁴⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. *Integridade, estabilidade e coerência...op.cit.*, p. 133.

¹⁴⁴⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Integridade, estabilidade e coerência...op.cit.*, p. 133.



Já o artigo 927.º do CPC enumerou quais seriam os precedentes vinculantes, ou seja, aqueles que deverão necessariamente ser observados pelos juízes e tribunais, sendo eles: *a)* decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; *b)* enunciados de súmula vinculante; *c)* acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; *d)* enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; *e)* orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A interpretação sistemática do Código de Processo Civil, no entanto, permite extrair outras decisões que se qualificam como precedentes, pelo que não se podem desconsiderar as súmulas não vinculantes ou ainda a orientação firmada na jurisprudência, a teor do disposto no artigo 489.º, § 1º, do CPC¹⁴⁴⁸.

Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni sustenta ser desnecessário o artigo 927.º do CPC, diante de seu caráter exemplificativo. Explica o referido autor que as decisões lembradas nos incisos I e III do referido dispositivo estão situadas entre os precedentes da Cortes Supremas¹⁴⁴⁹. Já os recursos repetitivos e o incidente de assunção de competência deveriam ser observados em razão de sua natureza *erga omnes*¹⁴⁵⁰.

De mais a mais, não somente as decisões proferidas em recursos extraordinários e especiais repetitivos podem obrigar os juízes e tribunais, mas também as ditadas em qualquer recurso dessa natureza, sem que isso precise estar escrito. Sobre as súmulas, o mencionado autor entende que não se qualificam como precedentes e só existem por terem que ser respeitadas¹⁴⁵¹.

¹⁴⁴⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. *Integridade, estabilidade e coerência...op.cit.*, p. 133.

¹⁴⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 286.

¹⁴⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, pp. 282 e 286, destaca, nesse sentido, que “os incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas não visam formar precedentes, ao menos quando se tem em conta que o precedente constitui resposta à função das Cortes Supremas de atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo de acordo com as necessidades sociais. Tais incidentes objetivam apenas proibir a rediscussão de uma questão de direito. Realmente, o verdadeiro precedente não tem a pretensão de proibir a relitigação de questão decidida, mas objetiva conferi sentido ao direito e abrir oportunidade para o seu desenvolvimento”.

¹⁴⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, pp. 284-286, leciona que “As súmulas nunca conseguiram contribuir para a unidade do direito. Foram pensadas a partir de uma compreensão muito superficial do sistema em que as decisões têm efeito obrigatório ou a partir das máximas, uma lamentável e ineficaz tentativa de alguns sistemas de civil law para o encontro da uniformidade de interpretação. As súmulas foram concebidas como enunciados da interpretação das Cortes de correção e destinadas a facilitar os julgamentos dos recursos. Note-se, porém, que a súmula é o enunciado da tese de direito e não pode, como é óbvio, explicar os motivos da adoção da tese em face de uma determinada situação concreta”.



Disso se conclui que a norma do artigo 927.º do CPC consubstancia-se em uma lembrança de alguns precedentes que deverão ser adotadas pelos tribunais e juízes¹⁴⁵².

O que se verifica é que no contexto brasileiro, o precedente considerado vinculante é o *ex vi legis*, ou seja, aquele estabelecido pelo legislador, de modo diverso ao que ocorre no sistema *common law*¹⁴⁵³. Mas o direito brasileiro não deve se contentar com um precedente formal, mas substancialmente fraco, já que assim tenderá a ser desrespeitado¹⁴⁵⁴.

Ainda que o Código de Processo Civil traga o rol de decisões a ser qualificada como precedente vinculante, o fato de se estar diante de precedentes persuasivos, ainda que não vinculantes, não autoriza que os julgadores simplesmente os desconsiderem¹⁴⁵⁵.

Em um raciocínio semelhante, o fato de um precedente ser formalmente qualificado como vinculante, por se encaixar no artigo 927.º do CPC, sem, no entanto, preencher as características substanciais que tornam uma simples decisão em precedente, devem ser devolvidos à discussão jurisprudencial e analisados pela doutrina.

Se na cultura brasileira já existem dificuldades em se estabelecer um sistema de precedentes, a instituição de precedentes fracos, que apenas possuem a veste formal de vinculante, sem que, todavia, tenham sido enfrentadas todas as questões de direito que lhe são correlatas, apenas contribui para a fragmentação do sistema e ausência de segurança jurídica.

É dizer: ainda que o processo civil brasileiro pretenda instituir um sistema de precedentes elencando quais decisões são vinculantes, não é possível contentar-se com um mero status formal.

Faz-se necessário exigir das cortes responsáveis pela uniformização jurisprudencial – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal – um exercício de fundamentação substancial, a fim de possibilitar que os demais intérpretes possam extrair a *ratio decidendi* daquele julgado e, no caso de modificações sociais ou do Direito, argumentar de forma racional a sua superação.

¹⁴⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 286.

¹⁴⁵³ MEDINA, José Miguel Garcia. *Integridade, estabilidade e coerência...op.cit.*, p. 136.

¹⁴⁵⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Integridade, estabilidade e coerência...op.cit.*, p. 136.

¹⁴⁵⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Integridade, estabilidade e coerência...op.cit.*, p. 139.



3. A MOTIVAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RECURSO ESPECIAL 1.155.684/RN PARA A NÃO INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS DO FIES

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro possui entendimento pacificado, firmado em sede de recurso repetitivo no Recurso Especial n.º 1.155.684/RN (Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 12/05/2010, DJe 18/05/2010)¹⁴⁵⁶, no sentido de que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos contratos celebrados no âmbito do FIES.

Na referida decisão foram firmadas duas teses em sede de recurso repetitivo: a legalidade da exigência de garantia pessoal para a celebração dos contratos do FIES (Tema 349)¹⁴⁵⁷ e a impossibilidade de capitalização de juros nos contratos pactuados no âmbito do FIES (Tema 350)¹⁴⁵⁸.

Embora não tenha se materializado em um tema específico, consta na fundamentação do voto vencedor da referida decisão que o CDC não é aplicável aos contratos celebrados no âmbito do FIES¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵⁶Disponível:https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9232576&num_registro=200901575736&data=20100518&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 10 jan. 2015.

¹⁴⁵⁷ Entendeu-se que a existência de outras modalidades de garantia previstas no artigo 5.º, §9.º da Lei n.º 10.260/01, tal como a fiança solidária e a autorização para a desconto em folha de pagamento não impedia as instituições financeiras de exigirem a fiança pessoal como garantia do empréstimo, cuja decisão contribuiu para conferir sustentabilidade ao FIES. Conforme abordado no tópico 2.1 (Cap. IV), a partir da vigência da Lei n.º 13.530/2017, a fiança solidária foi extinta e somente incide nos contratos celebrados até o segundo semestre de 2017 e seus aditamentos, não mais se aplicando àqueles firmados após essa data (artigo 5.º, §9.º, II, Lei n.º 10.260/01).

¹⁴⁵⁸ Decidiu-se, à época, que nos contratos de crédito educativo não se admite a capitalização de juros em razão da ausência de previsão legal específica nesse sentido, o que resultou na aplicação da Súmula n.º 121 do STF: “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente pactuada”. No entanto, posterior à aludida decisão do STJ no Resp n.º 1.155.684/RN, foi publicada a MP n.º 517, de 30/12/2010, convertida na Lei n.º 12.431/2011, que alterou a redação do art. 5.º, II, da Lei 10.260/2001, norma específica do FIES, de modo a autorizar, somente a partir de sua vigência, a cobrança de juros capitalizados mensalmente. Portanto, a tese firmada no Tema 350 do STJ aplica-se apenas aos contratos de financiamento celebrados no âmbito do FIES antes da vigência da MP n.º 517/2010.

¹⁴⁵⁹ Isso foi, inclusive, destacado pelo próprio Ministro Benedito Gonçalves, relator do REsp 1.155.684/RN, quando prolatou decisão semelhante em outro julgado, no Resp n.º 1.188.926/RS (Primeira Turma, julgado em 28/09/2010, DJe 07/10/2010), ao afirmar que “*Acréscase que a questão inserta nestes autos, aplicabilidade do CDC aos contratos de crédito educativo foi abordada no corpo do voto do Resp n.º 1.155.684/RN, de minha relatoria, julgado sob o rito dos repetitivos, que, a despeito de ser representativo da matéria “a legalidade da cobrança de juros capitalizados e da exigência de prestação de garantia pessoal (fiador) para a celebração de contrato de financiamento estudantil vinculado ao FIES”, mostra-se extremamente pertinente à hipótese dos autos, ratificando a jurisprudência desta Corte quanto ao tema.*” Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000620122&dt_publicacao=07/10/2010. Acesso em: 10 abril 2020.



Essa orientação reverbera atualmente em outras decisões do STJ, tal como na temática envolvendo a aplicação, pelas instituições financeiras, da multa moratória de 10% (dez por cento) nos contratos do FIES, referida no tópico 3.3 (Cap. V).

Não obstante a sua clara abusividade, por violar o §1.º do artigo 52.º do CDC, que a limita ao patamar de até 2% (dois por cento) do valor da prestação, o STJ no AgRg no REsp n.º 1.230.711/RS (Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 15/02/2016), entendeu pela sua legalidade, sob o fundamento da existência de precedente no sentido de que não se aplica o CDC aos contratos do FIES¹⁴⁶⁰.

3.1 Não Caracterização de Relação Jurídica de Consumo: Política Pública em Prol do Estudante

A primeira fundamentação utilizada pelo STJ para concluir pela não incidência do CDC aos contratos de empréstimo do FIES pauta-se na alegação de que a relação jurídica travada com o estudante que adere à referida política pública não se identificaria como de consumo.

Isso porque entendeu-se que o objeto do contrato é um programa de governo, em benefício do estudante, sem conotação de serviço bancário, nos termos do artigo 3.º, § 2.º, do CDC¹⁴⁶¹, de modo que as instituições bancárias atuam como mero prepostos ou mandatários dos órgãos públicos.

Constata-se, assim, que enquanto no sistema de financiamento estudantil português é possível a aplicação da Lei de Defesa do Consumidor, diversamente, no Brasil, o judiciário entende que não cabe a incidência do Código de Defesa do Consumidor, o que fragiliza a defesa dos estudantes no âmbito do FIES.

Esse posicionamento expresso na decisão do Resp n.º 1.155.684/RN foi firmado em 12/05/2010. Na ocasião, havia uma divergência sobre a matéria no âmbito do STJ, pois a

¹⁴⁶⁰ Decisão disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57307273&num_registro=201100078232&data=20160215&tipo=64&formato=PDF. Acesso em 10 abril 2021.

¹⁴⁶¹ O artigo 3.º, §2º do CDC dispõe que “*Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista*”.



Primeira Turma entendia pela aplicabilidade do CDC aos contratos do FIES, por considerar que os empréstimos celebrados se tratavam de serviço bancário¹⁴⁶².

Diversamente, a Segunda Turma decidia em sentido contrário, pela inaplicabilidade do CDC no âmbito do FIES, por considerar que a instituição financeira atuava como mero agente executor da política pública em prol do estudante¹⁴⁶³.

Diante das decisões conflitantes, a Primeira Seção do STJ, ao julgar o supracitado REsp n.º 1.155.684/RN, confirmou a orientação da Segunda Turma, o que gerou a revisão do posicionamento anterior da Primeira Turma sobre o tema¹⁴⁶⁴.

No entanto, a referida decisão que uniformizou o entendimento não fundamentou de forma detalhada as razões pelas quais considerou que o CDC não se aplicava aos contratos do FIES. Limitou-se a afirmar que “*não carecia de maiores ilações, uma vez que a hodierna jurisprudência desta Casa está assentada no sentido de que os contratos firmados no âmbito do Programa de Financiamento Estudantil- FIES não se subsumem às regras do CDC*”¹⁴⁶⁵.

Em seguida, visando corroborar essa genérica conclusão, o referido acórdão transcreveu três decisões anteriores da Segunda Turma do STJ que adotaram o entendimento da inaplicabilidade do CDC aos contratos do FIES, quais sejam: REsp n.º 1.031.694/RS (Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 02.06.2009, DJe de 19.06.2009)¹⁴⁶⁶; Resp n.º

¹⁴⁶² Firmando o entendimento de que o CDC podia incidir nos contratos bancários de crédito educativo vide BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 614.695/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06 de maio de 2004. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 14 de junho de 2004, Brasília, 2004, p.181. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1179212&num_registro=200302238368&data=20040614&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 17 abril 2021.

¹⁴⁶³ Entendendo pela impossibilidade de aplicação do CDC no âmbito do contratos bancários de crédito educativo, consulte BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 831.837/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2 de junho de 2009. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 17 de junho de 2009, Brasília, 2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5293681&num_registro=200600699935&data=20090617&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 17 abril 2021.

¹⁴⁶⁴ Essa revisão de entendimento da Primeira Turma, após a pacificação do tema pela Primeira Seção do STJ, foi feito no BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.188.926/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 28 de setembro de 2010. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 07 de outubro de 2010, Brasília, 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=11692480&num_registro=201000620122&data=20101007&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 17 abril 2021.

¹⁴⁶⁵ Disponível: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9232576&num_registro=200901575736&data=20100518&tipo=91&formato=PDF, p.12. Acesso em 20 jan. 2020.

¹⁴⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.031.694/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2 de junho de 2009. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 19 de junho de 2009,



831.837/RS (Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 02.06.2009, DJe de 17.06.2009)¹⁴⁶⁷ e REsp n.º 793.977/RS (Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.04.2007, DJe de 30.4.2007)¹⁴⁶⁸.

Bem de ver que, em essência, a ausência de fundamentação adequada para a construção da *ratio decidendi*, limitando-se a referir-se a decisões anteriores tomadas pelo STJ sobre o assunto, põe, inclusive, em xeque se, efetivamente, está-se diante de um autêntico precedente.

Isso porque, como já destacado, com base na doutrina de Luiz Guilherme Marinoni, a construção de um precedente demanda a utilização de argumentos claros e amplamente debatidos, possibilitando a sua aplicação segura aos casos correlatos, de modo que não se pode entender como precedente uma decisão que se limita a afirmar a letra da lei ou a confirmar decisões anteriores¹⁴⁶⁹.

3.2 Não Configuração de Serviço Bancário: Aplicação de Recursos da União e não de Verbas Próprias da Instituição Financeira

O segundo fundamento utilizado como *ratio decidendi* na decisão tomada no Resp n.º 1.155.684/RN, para a não incidência do CDC aos contratos do FIES, refere-se à alegação de que não se configura serviço bancário na relação existente entre o estudante e a instituição financeira, por se tratar de programa do governo custeado inteiramente pela União, ou seja, sem a utilização de recursos próprios dos bancos¹⁴⁷⁰.

Brasília, 2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5271218&num_registro=200800324540&data=20090619&tipo=51&formato=PDF.

Acesso em 17 abril 2021.

¹⁴⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 831.837/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2 de junho de 2009. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 17 de junho de 2009, Brasília, 2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5293681&num_registro=200600699935&data=20090617&tipo=51&formato=PDF.

Acesso em 17 abril 2021.

¹⁴⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 793.877/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17 de abril de 2007. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 30 de abril de 2007, Brasília, 2007, p.303. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2967118&num_registro=200501811610&data=20070430&tipo=51&formato=PDF.

Acesso em 17 abril 2021.

¹⁴⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios...op.cit.*, p. 155.

¹⁴⁷⁰Disponível:https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800324540&dt_publicacao=19/06/2009. Acesso em: 20 jan. 2020.



Entendeu-se, nesse sentido, que “a Caixa Econômica Federal oferece esse serviço como espécie de preposta ou delegada, não entrando no financiamento nenhum subsídio de seus cofres”¹⁴⁷¹.

Tal posicionamento foi tomado ainda sob a luz do antigo PROCRED, em face do artigo 4.º, da Lei n.º 8.436/92, sob a alegação de que a CEF ou o Banco do Brasil não ostentavam, portanto, a condição de fornecedores, pois seriam meros executores do programa.

Essa fundamentação foi também aplicada no âmbito do FIES, agora em face do artigo 3.º, II, da Lei n.º 10.260/01, mantendo a orientação de que os referidos bancos atuavam apenas na qualidade de agente operadores da referida política pública de financiamento estudantil.

Em suma, o STJ entendeu que a CEF ou o Banco do Brasil não poderiam ser considerados fornecedores para fins de caracterização de uma relação de consumo com o estudante, posto que tão somente eram os agentes executores de uma política pública de incentivo dos estudantes ao ingresso no ensino superior, cujos recursos aplicados eram integralmente públicos e não próprios das instituições financeiras, de modo que não se encontraria configurado o serviço bancário.

4. FUNDAMENTOS PARA O OVERRULING DA DECISÃO DO STJ NO RESP N.º 1.155.684/RN: ATUAÇÃO DO ESTADO COMO AGENTE ECONÔMICO E O REGIME JURÍDICO APLICADO AO FIES

Uma jurisprudência ordenada traz efetividade e racionalidade à prestação judicial, posto que há uma orientação a ser seguida pelos julgadores, tornando mais célere a aplicação das teses de direito.

Ademais, materializa as aspirações de segurança jurídica e igualdade, na medida que o cidadão sabe como pautar sua conduta em suas relações jurídicas, bem como o que esperar do judiciário nos casos de eventual necessidade de ingressar com ação judicial visando corrigir determinado abuso ou irregularidade sofrida aos seus legítimos interesses.

¹⁴⁷¹Disponível:https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200800324540&dt_publicacao=19/06/2009, p. 01. Acesso em: 20 jan. 2020.



A Lei n.º 13.105/2015¹⁴⁷², o novo Código de Processo Civil (CPC), foi publicada sob à égide da tentativa de sedimentar essa percepção acerca dos precedentes, trazendo expressamente os deveres do juiz na fundamentação e efetivação do direito (artigos 139.º, 489.º, § 1º e 927.º, § 4º, ambos do CPC) e, por conseguinte, aspirando uma maior segurança jurídica na prestação jurisdicional.

Importando o termo da doutrina americana, conforme abordado no tópico 2.2 (Cap. VI) convencionou-se chamar a técnica de superação de precedentes de *overruling*. Trata-se da atividade pela qual um precedente perde sua força vinculante (*overruled*) e vem a ser substituído por outro¹⁴⁷³.

No ordenamento brasileiro, como destacado, esta superação deve ser explícita (*express overruling*), a teor do disposto no § 4º do artigo 927.º do Código de Processo Civil que impõe que a modificação da jurisprudência pacificada deverá ser instrumentalizada por fundamentação adequada e específica e respeitar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. Nota-se que se faz imprescindível dialogar com o precedente anterior para superá-lo¹⁴⁷⁴.

Tem-se, ainda, o *overriding*, que nada mais é do que uma superação parcial do precedente, não implicando a substituição da norma, mas restringindo sua incidência em razão de um novo posicionamento. Não se trata de *distinguishing* porque neste uma questão de fato impede a incidência do precedente. Já no *overriding* é um novo posicionamento (uma questão de direito) que altera parcialmente a aplicação do precedente inicial¹⁴⁷⁵.

Não obstante as referidas diferenciações, em ambos os casos a superação da jurisprudência – seja total, seja parcial – exigirá do julgador um debate com os fundamentos que sustentaram a tese que se pretende superar e, ainda, uma alta carga de argumentação para demonstrar porque os novos fundamentos – sejam fáticos ou de direito – representam uma melhor

¹⁴⁷²BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 12 fev. 2021.

¹⁴⁷³ Trata-se, como bem pontuado por CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno Processo Civil Brasileiro. In *Direito jurisprudencial*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2012, p. 553, de método em que os tribunais, depois da reavaliação dos fundamentos que levaram à formação de um precedente que ordinariamente se aplicaria ao caso em julgamento, decidem cancelar a fórmula anterior e atribuir uma interpretação, total ou parcialmente, diferente da antecedente. Essa superação do precedente judicial pode ocorrer com eficácia *ex tunc* (*restrospective overruling*), quando o jurisdicionado é julgado com base na regra nova, mesmo que inexistente no momento do fato que deu ensejo à demanda, ou com eficácia *ex nunc* (*prospective overruling*), quando a nova orientação do precedente somente valerá da data da decisão em diante.

¹⁴⁷⁴ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. In *Curso...op.cit.*, p. 607.

¹⁴⁷⁵ DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. In *Curso...op.cit.*, p. 623.



solução ao caso concreto. É o que se pretende fazer neste capítulo com o Recurso Especial n.º 1.155.684/RN, a fim de sustentar a superação total (*overruling*) do referido precedente e defender a possibilidade de aplicação do CDC aos contratos do FIES.

4.1 A Superação Normativa da Ratio Decidendi: As Mudanças Trazidas pela Lei n.º 13.530/2017

O entendimento firmado pelo STJ no Recurso Especial n.º 1.155.684/RN ocorreu em 12/05/2010, data do seu julgamento. Todavia, conforme destacado no tópico 2.1 (Cap. IV), houve, desde então, muitas mudanças normativas no FIES que passou por grande reformulação feita pela MP n.º 785/2017, convertida na Lei n.º 13.530/2017.

A referida norma criou a modalidade P-FIES, que, como visto, permite a utilização exclusiva de recursos próprios das instituições financeiras. Por conta disso, nessa modalidade, os bancos têm, desde a referida alteração legislativa, plena autonomia para definir as condições da contratação, como as taxas de juros remuneratórios, o valor total do crédito financiado e as garantias a serem prestadas pelo estudante para a liberação do empréstimo.

Verifica-se, então, que a fundamentação utilizada na decisão do STJ, em sede de recurso repetitivo, que continua a ser aplicada atualmente, encontra-se ultrapassada em razão das mudanças trazidas pela MP n.º 785/2017, convertida na Lei n.º 13.530/2017. A partir da referida norma, passou-se a permitir a utilização de recursos próprios dos bancos (não somente da CEF ou do Banco do Brasil, mas de qualquer instituição financeira) para o financiamento dos contratos no âmbito da modalidade P-FIES.

Portanto, desde a vigência dos aludidos atos normativos, os bancos não são mais considerados meros agentes executores do programa de financiamento estudantil no âmbito do P-FIES. Assumem, na modalidade P-FIES, a condição de fornecedores de um serviço bancário de operação de crédito, pois têm autonomia para estabelecer os requisitos da contratação, tais como a taxa de juros remuneratórios, caracterizando uma relação de consumo.

Isso, por si só, implicaria no *overriding* (superação parcial do precedente em face de superveniente razão de direito) da tese fixada no Resp n.º 1.155.684/RN, a fim de modificar em parte o referido entendimento e permitir a aplicação do CDC aos contratos de financiamento estabelecidos no âmbito da modalidade P-FIES, a partir da vigência da MP n.º 785/2017



convertida na Lei n.º 13.530/2017, que incidiu para os contratos celebrados desde o primeiro semestre de 2018 e os respectivos aditamentos.

De toda sorte, considera-se que a amplitude da superação do referido precedente do STJ é maior do que apenas a ressalva da aplicação do CDC aos contratos firmados na modalidade P-FIES. Defende-se que há também relação de consumo no âmbito dos contratos celebrados na modalidade FIES, ainda que nesse tipo contratual haja a aplicação de recursos públicos e não dos bancos.

Em outras palavras, sustenta-se a necessidade de se realizar uma superação não apenas parcial, mas total (*overruling*) do precedente firmado no REsp n.º 1.155.684/RN, no sentido de rever a referida tese firmada para se permitir a aplicação do CDC aos contratos celebrados no âmbito da política pública de financiamento estudantil, tanto na modalidade P-FIES, quanto na FIES, conforme se demonstrará nos tópicos seguintes.

4.2 A Equivocada Premissa da Ratio Decidendi: A Autorização Constitucional de Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Contratos do FIES

O fato da modalidade FIES tratar-se de um programa governamental, em benefício dos estudantes, com a utilização de recursos públicos e não próprios das instituições financeiras, não impede a configuração da relação de consumo, uma vez presentes os seus requisitos caracterizadores.

Isso porque há determinadas situações em que o Estado, mesmo desenvolvendo programas governamentais, submete-se a um regime jurídico híbrido que mescla características próprias dos regimes publicista e privatista, atualmente delimitado no Estatuto das Empresas Públicas e das Sociedades de Economia Mistas (Lei n.º 13.303/2016)¹⁴⁷⁶.

¹⁴⁷⁶ BRASIL. Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016. Diário Oficial, Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 10 fev. 2021. A respeito das características específicas desse regime híbrido delimitado pelo referido Estatuto, vide ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regime jurídico das empresas estatais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: *Direito Administrativo e Constitucional*. Vidal Serrano Nunes Jr., Mauricio Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/ver-bete/44/edicao-1/regime-juridico-das-empresas-estatais>. Acesso em 10 fev. 2021.



Busca-se, desse modo, conferir maior eficiência e dinamicidade à atuação estatal, aproximando-se dos fundamentos da esfera privada, sem se descuidar da impessoalidade, da transparência e do controle dos recursos públicos inerentes ao regime público.

Esse regime jurídico híbrido está expressamente previsto no artigo 173.º, §1.º, da CRFB ao destacar que a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

A referida norma constitucional determina que tais entidades sujeitam-se, dentre outros aspectos, ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (artigo 173.º, §1º, II, CRFB), bem como à licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública (artigo 173.º, §1º, III, CRFB). Essa mescla de normas inerentes tanto ao regime privado quanto ao pública caracteriza o hibridismo ora destacado.

Luís Roberto Barroso leciona que a intervenção do Estado na atividade econômica pode ocorrer das seguintes formas: *a) atuação direta*, quando o Estado assume, ele próprio, o papel de produtor ou prestador de bens e serviços públicos, podendo a intervenção ocorrer por meio da prestação de serviços públicos ou de exploração de atividade econômica; *b) fomento*, mediante o apoio à iniciativa privada, estimulando ou desestimulando determinados comportamentos dos agentes econômicos, como por meio de incentivos fiscais; *c) disciplina*, na condição de agente normativo e regulador, exercendo a função de fiscalização para fins de preservação e promoção dos princípios da ordem econômica¹⁴⁷⁷.

No caso em análise, a intervenção estatal se materializa por meio de uma atuação direta na modalidade de exploração de atividade econômica. Isso porque o programa de crédito estudantil do FIES é uma política pública que tem por objeto a celebração de contratos de empréstimo para fins de financiamento dos cursos de instituições do ensino superior não gratuitas.

Por meio dessa política pública, o Estado (União) está explorando diretamente uma atividade econômica, consistente em uma operação de crédito (empréstimo), inerente ao sistema financeiro nacional e que, inclusive, somente pode ser realizada por instituições financeiras

¹⁴⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista de Direito Administrativo*, v. 226, out./dez. 2001, pp. 187-212, pp. 201-204.



devidamente constituídas e com prévia autorização do Banco Central (artigo 18.º, Lei n.º 4.595/64).

Essa intervenção direta do Estado na condição de agente econômico é excepcional e possui, portanto, limitações para o seu exercício, a fim de se proteger o princípio da livre iniciativa¹⁴⁷⁸.

A primeira limitação refere-se à impossibilidade de se criar novos monopólios públicos além daqueles já previstos na CRFB¹⁴⁷⁹.

A segunda relaciona-se com a necessidade da existência de lei autorizando a atuação estatal como agente econômico, cujos pressupostos materiais são os imperativos de segurança nacional ou o relevante interesse coletivo (artigo 173.º, *caput*, CRFB)¹⁴⁸⁰.

A terceira limitação diz respeito à necessidade de que, na condição de agente econômico, o Estado submeta-se às mesmas condições que os particulares, de modo a evitar a concorrência desleal¹⁴⁸¹.

Portanto, se para efetivar o objeto de determinada política pública o Estado tiver que atuar diretamente como agente econômico poderá fazê-lo, desde que sejam observados os seguintes requisitos: *a*) não se trate da criação de novo monopólio, diverso dos taxativamente previstos na CRFB; *b*) seja publicada lei autorizadora; *c*) haja razões de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo que legitimem o seu exercício; *d*) submeta-se às normas aplicadas aos agentes privados.

É possível, então, que o Estado, por meio do FIES, atue diretamente como agente econômico, realizando operação de crédito de concessão de empréstimo para o financiamento estudantil, pois não se trata de monopólio, na medida em que as instituições financeiras também

¹⁴⁷⁸ O princípio da livre iniciativa, consoante as lições de BARROSO, Luís Roberto *in A ordem...op.cit.*, pp.189-190, pode ser decomposto nos seguintes elementos constitucionais que lhe conferem conteúdo: a) existência da propriedade privada (artigo 5.º, XXII e 170.º, II, ambos da CRFB); b) liberdade de empresa (artigo 170.º, parágrafo único, CRFB) que assegura o livre exercício da atividade econômica, independentemente de autorização, salvo os casos previstos em lei; c) livre concorrência (artigo 170.º, IV, CRFB) que assegura a faculdade do empreendedor de estabelecer os seus preços, determinados pelo mercado em um ambiente competitivo; d) liberdade de contratar, decorrência lógica do princípio da legalidade de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5.º, II, CRFB).

¹⁴⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A ordem...op.cit.*, p.202, destacando que a CRFB seguiu o critério da enumeração taxativa dos setores ou atividades em que existe o monopólio estatal da atividade econômica, independente de criação por lei, nos termos dos artigos 177.º e 21.º, X, XI e XII, ambos da CRFB.

¹⁴⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A ordem...op.cit.*, p. 202.

¹⁴⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. *A ordem...op.cit.*, p. 202.



podem oferecer linhas de crédito aos estudantes, bem como há norma autorizadora (Lei n.º 10.260/2001).

Encontra-se também presente um dos pressupostos constitucionais para essa atuação direta, qual seja, o relevante interesse coletivo. Este se verifica na necessidade de desenvolvimento do ensino superior no Brasil, pois a valorização contínua da educação, em todos os seus níveis, como já ressaltado, é tarefa estatal prioritária, devendo constar no plano nacional de educação as medidas direcionadas à formação para o trabalho e à promoção científica do país (artigo 214.º, IV e V, CRFB).

O FIES, portanto, ao assegurar o ingresso de milhares de estudantes no ensino superior contribui para a democratização do seu acesso, tratando-se de política pública direcionada para a formação de profissionais qualificados. Ademais, o FIES, conforme destacado no tópico 1.3 (Cap. V), além de enquadrar-se como despesa pública justa, otimiza a capacidade de liberdade científica do aluno e eleva o nível cultural e tecnológico do país.

A exploração direta do Estado na realização dessa operação de crédito, própria das instituições financeiras particulares, trata-se, assim, de uma das possibilidades previstas no referido artigo 173.º, *caput*, da CRFB, notadamente em face da existência de relevante interesse público de promoção da educação superior e elevação do nível científico do país.

Todavia, como ressaltado, embora legítima, nesse caso, a atuação estatal como agente privado, explorando uma atividade econômica (realização de operação de crédito), deve se submeter ao mesmo regime normativo aplicado às instituições financeiras que atuam no sistema financeiro nacional, para as quais se aplica o CDC, conforme decidido pelo STF na ADI n.º 2591 (Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 29.09.2006)¹⁴⁸².

Portanto, ainda que presente alguma dessas duas hipóteses permissivas (imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo) que legitimam a atuação direta na exploração de atividade econômica, deve o Estado se submeter ao mesmo regime jurídico a que se sujeitam as empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais,

¹⁴⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2591, Rel. Ministra Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 07 de junho de 2006. *Diário de Justiça Eletrônico*, publicado em 29 de setembro de 2006, Brasília, 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>. Acesso em 20 abril 2021. Na aludida decisão, o STF entendeu que as normas do Código de Defesa do Consumidor se aplicam a todas as instituições financeiras. Entendeu-se que o artigo 192.º da CRFB, ao exigir lei complementar, abrange exclusivamente a regulamentação da estrutura do sistema, não impedindo, portanto, a aplicação do CDC.



trabalhistas, a fim de se respeitar os princípios da ordem econômica, dentre os quais está o da defesa do consumidor (artigo 170.º, V, CRFB).

Por conseguinte, a motivação utilizada pelo STJ no Resp n.º 1.155.684/RN, ao considerar que por ser o FIES um programa governamental, com a utilização de recursos públicos, não caberia a incidência do CDC, viola o disposto no artigo 173.º, §1º, II, da CRFB.

Isso porque o referido preceito constitucional determina, expressamente, que o Estado, ao desenvolver uma política pública governamental em que tenha que explorar diretamente uma atividade econômica, ainda que em razão de relevante interesse público, como no caso do FIES, deve se sujeitar ao mesmo regime jurídico das instituições financeiras privadas, que engloba a possibilidade de incidência do CDC, uma vez caracterizada a relação de consumo.

Verifica-se, desse modo, que mesmo em sede de políticas públicas, o Estado pode se sujeitar ao regime jurídico privado, quando explorar diretamente atividade econômica de produção, comercialização de bens ou prestação de serviços. Por certo, há diversas outras políticas públicas que asseguram ao Estado a incidência do regime jurídico público, como, por exemplo, no caso de celebração de contratos administrativos, realização de obras públicas e prestação de serviços públicos (artigos 37.º, XXI e 175.º, ambos da CRFB).

Logo, a presença do Estado na relação jurídica ou a aplicação de recursos exclusivamente públicos não impedem a incidência do regime jurídico privado no âmbito de determinado programa governamental, como equivocadamente entendeu o STJ no REsp n.º 1.155.684/RN, no caso do FIES. Deve-se analisar a natureza jurídica do objeto da política pública, a fim de se definir adequadamente a qual regime normativo está sujeita, isto é, se o exclusivamente público ou o híbrido, no qual se permite a incidência de normas tanto do âmbito público quanto do privado.

Tratando-se de contratos administrativos, realização de obras públicas ou prestação de serviços públicos relacionados às atribuições materiais de competência do Estado definidas pela Constituição (artigos 37.º, XXI e 175.º, ambos da CRFB) indubitavelmente incide o regime normativo publicista. Este, como ressaltado, confere determinadas prerrogativas ao poder público, pautadas no princípio da indisponibilidade e no da supremacia do interesse público sobre o particular.

Por outro lado, atuando o Estado como agente privado na exploração direta de atividade econômica, motivado por relevante interesse social, como verificado no âmbito dos contratos



do FIES, aplica-se o já mencionado regime jurídico híbrido, cabendo a sua sujeição a certas normas que também são incidentes às empresas particulares, dentre as quais a possibilidade de aplicação do CDC.

Portanto, a decisão do STJ no REsp n.º 1.155.684/RN, ao não aplicar o CDC sob o argumento de que se trata de programa governamental desconsiderou o disposto no artigo 173.º, *caput* e §1.º, II da CRFB, não analisando de forma adequada a natureza jurídica do objeto da política pública do FIES.

Por envolver operação de crédito realizada pelo Estado, com recursos públicos, ainda que a favor dos estudantes, trata-se de exploração direta da atividade econômica e, nessa qualidade, submete-se ao regime híbrido, sujeitando-se a determinadas normas da esfera privada em igualdade de condições com as instituições financeiras, dentre as quais o CDC.

Logo, mesmo na condição de agente econômico, o Estado tem a obrigação de observar os princípios gerais da ordem econômica, dentre os quais está a defesa do consumidor (artigo 170.º, V, CRFB), que é efetivada por meio da aplicação do CDC.

O entendimento do STJ ofendeu, também, o referido dispositivo, pois desincumbiu o Estado, mesmo quando atua na condição de agente privado, da obrigação constitucional de tutela adequada ao consumidor, o que não pode ser admitido, e, portanto, precisa de revisão.

Além de violar os mencionados preceitos constitucionais (artigos 170.º, V, e 173.º, *caput* e §1.º, II, ambos da CRFB), verifica-se que o entendimento prolatado pelo STJ ainda ofendeu a proporcionalidade, no viés da *proibição da proteção deficiente* (abordada no tópico 2.6 do Cap. V), pois atuou de forma deficitária na salvaguarda de bem jurídico prioritário, qual seja, a democratização do ensino superior, previsto no artigo 208.º, V, da CRFB, ao maior número de pessoas, segundo as capacidades de cada um.

A não aplicação do CDC, nessa situação, implica em autêntica permissão de que diversas lesões aos direitos dos estudantes realizadas pelas instituições financeiras no âmbito dos contratos de empréstimos não sejam reparados pela incidência da legislação consumerista.

Essa ausência de dever de proteção contra abusos cometidos por terceiros tem a aptidão de afetar a própria vontade do aluno em continuar sujeito ao FIES, desestimulando a nele ingressar ou manter-se vinculado o que, por conseguinte, acaba por reduzir o universo de interessados em acessar o ensino superior por meio da referida política pública.



Esse entendimento, portanto, está na contramão da garantia constitucional prevista no artigo 208.º, V, CRFB, caracterizando, assim, a proteção deficiente da democratização do ensino superior.

Observa-se, assim, que o imperativo de tutela decorrente da proibição da proteção deficiente é aplicado não somente à atividade legislativa, mas também à judicial, como no caso em questão.

Logo, o entendimento firmado no referido precedente não foi adequado para proteger de forma ótima o bem jurídico considerado essencial pela Constituição (progressiva democratização do ensino superior), porquanto, além de desconsiderar o disposto nos artigos 170.º, V, e 173.º, *caput* e §1.º, II, ambos da CRFB, ainda gerou um grau de satisfação inferior ao exigido pela norma constitucional prevista no artigo 208.º, V, da CRFB, na medida em que violou o dever de proteção contra abusos de terceiros, decorrente da sua eficácia objetiva¹⁴⁸³.

Refuta-se, então, com bases nos argumentos ora delineados, a premissa utilizada pelo STJ no Resp n.º 1.155.684/RN de que o CDC não pode ser aplicado ao FIES porque se trata de programa governamental com a utilização de recursos públicos em benefício dos estudantes.

4.3 A Caracterização da Relação de Consumo nos Contratos Celebrados no Âmbito do FIES

Não havendo, portanto, óbice normativo à incidência do CDC no âmbito do programa de crédito estudantil, em face da permissão constitucional prevista nos artigos 170.º, V, e 173.º, *caput* e §1.º, II, ambos da CRFB, conforme explanado no tópico anterior, passa-se a analisar a outra fundamentação constante no aludido acórdão que foi a alegação de que no âmbito dos contratos celebrados pelo FIES não há a caracterização de uma relação de consumo, por não se verificar a existência de um serviço bancário.

4.4 A Relação Jurídica de Consumo: Conceito de Consumidor e as Teorias Finalista, Maximalista e Finalista Mitigada

¹⁴⁸³ O dever de proteção contra abusos cometidos por agentes privados, decorrente da eficácia objetiva da norma constitucional prevista no artigo 208, V, da CRFB, foi examinado no tópico 3.3 do Cap. V.



A relação jurídica consumerista, em linhas gerais, é entendida como um vínculo jurídico existente entre o fornecedor e o consumidor tendo como objeto um produto ou serviço¹⁴⁸⁴.

O consumidor, nos termos do artigo 2.º do CDC é “*toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”, admitindo-se, ainda, sua configuração por equiparação¹⁴⁸⁵.

Portanto, na acepção jurídica, consumidor é qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou conjuntamente, contrata para consumo final, em benefício próprio ou alheio, a aquisição ou a locação de bens e a prestação de serviços¹⁴⁸⁶.

Há três correntes que buscam definir os contornos jurídicos que envolvem a qualificação do contratante como consumidor. A corrente finalista restringe a sua configuração apenas àquele que adquire um produto para uso próprio e de sua família ou utiliza um serviço. Engloba, desse modo, apenas o não profissional, sob o fundamento de que a tutela do CDC é direcionada para esse grupo¹⁴⁸⁷.

Por sua vez, a corrente maximalista sustenta um caráter objetivo à sua caracterização, representando todo aquele que retira o produto do mercado e, portanto, o consome, pouco importando se quem o faz tem ou não finalidade lucrativa ou o realiza em razão de atividade profissional¹⁴⁸⁸.

Há, ainda, uma terceira corrente chamada de finalismo mitigado (ou aprofundado) que se materializa como um meio termo entre as correntes finalista e maximalista, na medida em que reconhece a qualidade de consumidor das pessoas jurídicas e dos profissionais liberais, independentemente da destinação final dada ao produto adquirido ou ao serviço contratado, desde que se constate, no caso concreto, a sua vulnerabilidade¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸⁴ NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, v.3, set./dez. 1992, pp. 46-47.

¹⁴⁸⁵ O consumidor equiparado é aquele que, ainda que não se enquadre na definição padrão prevista no artigo 2.º do CDC, recebe a proteção do Código consumerista, por ter participado da relação jurídica de consumo, seja utilizando o bem, ainda que não o tenha adquirido (artigo 2.º, §único, CDC) ou seja uma vítima de fato do produto ou serviço (artigo 17.º, CDC) ou seja exposto às práticas mercadológicas comerciais (artigo 29.º, CDC.). Sobre o tema, vide NETTO, Felipe Braga. In *Manual...op.cit.*, pp. 158-161.

¹⁴⁸⁶ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos...op.cit.*, p. 59, destacando o autor que o conceito de consumidor não é estático, mas dinâmico, pois a mesma pessoa considerada consumidora pode, em outra relação jurídica, ainda que concomitante àquela apresentar-se como fornecedora.

¹⁴⁸⁷ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos...op.cit.*, p. 67.

¹⁴⁸⁸ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos...op.cit.*, p. 68, ao qual se filia o autor, por entender que é a que melhor se adequa à normatização que se orienta por uma vulnerabilidade presumida e a que se reveste de instrumento de moralização das relações de consumo.

¹⁴⁸⁹ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos...op.cit.*, p. 68.



A vulnerabilidade fundamenta-se no fato de que a “*situação do consumidor é a de submissão e exposição ao poder dos fornecedores, uma vez que sua escolha de bens de consumo não poderá exceder aquilo que é oferecido no mercado*”¹⁴⁹⁰ e constitui um dos princípios da Política Nacional de Relações de Consumo (artigo 4.º, I, CDC).

Portanto, nessa ótica, reconhece-se que o consumidor está na condição de sujeição dos bens e serviços ofertados pelo fornecedor, notadamente considerando que as transações realizadas na relação jurídica consumerista são efetivadas mediante contratos de adesão, que são padronizados e não admitem discussão das suas cláusulas¹⁴⁹¹.

A jurisprudência, notadamente a do STJ, tem aplicado, para fins de caracterização do consumidor, a teoria finalista mitigada, nas hipóteses em que a parte, embora não seja a destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade (técnica, jurídica, fática ou informacional)¹⁴⁹².

4.4.1 A Definição do Conceito de Fornecedor: Habitualidade dos Atos Negociais ou o seu Exercício Profissional

Fornecedor, por sua vez, é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (artigo 3.º, CDC).

Apesar da generalidade do referido dispositivo legal, somente enquadra-se como fornecedor aquele que exerce profissionalmente ou com habitualidade as atividades descritas no mencionado preceito normativo¹⁴⁹³.

¹⁴⁹⁰ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos...op.cit.*, p. 111.

¹⁴⁹¹ Os contratos de adesão estão sendo cada vez mais utilizados na sociedade contemporânea e tecnológica, principalmente nas compras de produtos e serviços pela internet. A respeito dessa modalidade contratual vide EFING, Antônio Carlos *in Fundamentos do Direito...op.cit.*, pp. 325-329.

¹⁴⁹² Vide o decidido no AgInt nos EDcl no AREsp 615.888/SP (Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 14/09/2020, DJe 22/09/2020). Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=111354542®istro_numero=201402935050&peticao_numero=202000348946&publicacao_data=20200922&formato=PDF. Acesso em: 10 dez. 2020.

¹⁴⁹³ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos...op.cit.*, p. 82.



Entende-se por habitualidade a prática reiterada de atos negociais, de modo organizado e unificado, visando a uma finalidade econômica¹⁴⁹⁴. Por sua vez, o profissionalismo refere-se ao estado ou à condição de profissional em certa arte ou ofício, exercido de forma permanente, mediante certa paga ou ajuste¹⁴⁹⁵.

O que se deve ter em mente é que habitualidade e profissionalismo são institutos que não se confundem e não se exige necessariamente a presença de ambos para a caracterização do fornecedor, bastando um desses requisitos¹⁴⁹⁶.

Isso porque alguém pode ser proprietário de uma imobiliária, devidamente regularizada, mas em razão da crise econômica realizar apenas uma locação durante o ano¹⁴⁹⁷. Nesse caso, há o profissionalismo, mas não a habitualidade, todavia, qualifica-se como fornecedor e a prestação de serviço locatício sujeita-se ao CDC¹⁴⁹⁸.

Por outro lado, alguém pode ser um profissional irregular, como um vendedor ambulante, mas que em razão da prática reiterada e habitual da venda de produtos alimentícios, enquadra-se como fornecedor e sujeita-se às regras do CDC¹⁴⁹⁹.

Por conseguinte, a empresarialidade, que é o exercício profissional e organizado dos fatores de produção, não é condição indispensável para a configuração do status de fornecedor, na medida em que seu conceito é mais amplo do que o de empresário¹⁵⁰⁰.

4.4.2 O Objeto da Relação Consumerista: Serviço ou Produto

O serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (artigo 3.º, §2º, CDC). Precisa ser remunerado para que haja a configuração da relação jurídica consumerista e, por consequência, a incidência do CDC.

¹⁴⁹⁴ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos...op.cit.*, p. 88.

¹⁴⁹⁵ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos...op.cit.*, p. 82.

¹⁴⁹⁶ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos...op.cit.*, p. 82.

¹⁴⁹⁷ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos...op.cit.*, p. 82.

¹⁴⁹⁸ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos...op.cit.*, p. 82.

¹⁴⁹⁹ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos...op.cit.*, p. 81.

¹⁵⁰⁰ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos...op.cit.*, p. 91.



Entretanto, essa onerosidade pode ser *direta*, quando há uma compensação imediata ou a retribuição instantânea pelo serviço prestado, ou *indireta*, que é o benefício econômico auferido pelo fornecedor, mas que não se verifica no exato momento da prestação, podendo este desfrutar futuramente¹⁵⁰¹.

Portanto, na remuneração indireta o benefício econômico não se manifesta em uma contraprestação econômica direta e delimitada, mas em vantagens comerciais ao fornecedor que podem se expressar de diversas formas, tais como no aumento de sua credibilidade no mercado, na valorização da sua marca ou até mesmo na caracterização da responsabilidade socioambiental de sua atividade.

Por sua vez, produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial (artigo 3.º, §2º, CDC). O traço da onerosidade é extensivo aos produtos, embora esta também se configure na modalidade indireta, o que ocorre no caso das chamadas amostras grátis, que contém benefício comercial indireto ao fornecedor.

4.4.3 A Configuração da Relação de Consumo nos Contratos Celebrados pelo FIES

Sustenta-se que nos contratos de empréstimo celebrados no âmbito do FIES, tanto da modalidade FIES quanto na P-FIES, encontram-se caracterizados todos os requisitos da relação consumerista, quais sejam: consumidor final, fornecedor e serviço remunerado.

O estudante, independentemente da teoria adotada (finalista, maximalista ou finalismo mitigado) é considerado *consumidor* final, tendo em vista que, na modalidade FIES, é o destinatário final de um serviço de operação de crédito (empréstimo para fins de financiamento estudantil) ofertado pela União e operacionalizado, atualmente, apenas pela CEF.

Na modalidade P-FIES, mantém-se a existência do consumidor final (estudante), modificando apenas o fornecedor, que deixa de ser o Estado, e passa a ser a instituição financeira (que pode ser qualquer uma e não apenas a CEF).

Há, inclusive, a vulnerabilidade do estudante, posto que se encontra na condição de sujeição dos serviços ofertados pelo Estado no âmbito do FIES (ou pelos bancos privados no

¹⁵⁰¹ EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos...op.cit.*, p. 98.



âmbito do P-FIES), notadamente por serem implementados por contratos de adesão, que são padronizados e não admitem discussão das suas cláusulas.

No outro lado, está caracterizado o *fornecedor* que, na modalidade FIES, é o Estado (União), ente público (expressamente previsto no artigo 3.º do CDC) que está prestando um serviço de operação de crédito (empréstimo para fins de financiamento estudantil), mediante a aplicação de recursos públicos, com habitualidade, isto é, de forma contínua e reiterada.

Isso porque a política pública de crédito educativo, como destacado, vem sendo aplicada desde a instituição de PROCRED em 1992, o qual foi substituído pelo FIES em 1999 e se mantém até hoje. Portanto, há mais de 29 (vinte e nove) anos o Estado brasileiro desenvolve esse programa de financiamento estudantil, o que configura a sua prestação com habitualidade.

Na modalidade P-FIES, o fornecedor é a instituição financeira que celebra o contrato com o estudante e aplica recursos próprios do banco. Nesse caso, há não somente a habitualidade, em razão da prestação contínua de operações de crédito, mas também a empresarialidade, na medida em que as instituições financeiras exercem essa atividade econômica de forma profissional e com organização dos meios de produção.

Encontra-se, ainda, caracterizado o *serviço* de operação de crédito (empréstimo) que é típico das instituições financeiras autorizadas pela Banco Central. Na modalidade FIES, esse serviço é desenvolvido pelo Estado (União), nos termos do artigo 173.º, *caput*, da CRFB, como já destacado, que o autoriza a atuar no mercado como verdadeiro agente privado explorando essa atividade econômica em razão do relevante interesse coletivo (desenvolvimento da educação superior).

Por sua vez, na modalidade P-FIES, esse serviço de operação de crédito é realizado pelas instituições financeiras, na qualidade de pessoas jurídicas privadas, autorizadas pelo Banco Central a atuar no sistema financeiro nacional, nos termos do artigo 18.º da Lei n.º 4.595/64.

Relevante destacar que esse serviço é remunerado, o que é necessário, como ressaltado, para a caracterização da relação de consumo. A onerosidade é verificada em razão das taxas de juros remuneratórios existentes sobre os contratos firmados no âmbito do FIES, embora inferiores à média do mercado.



As taxas de juros remuneratórios incidentes nas operações de financiamento do FIES iniciaram no percentual de 9% a.a. (ao ano), fixadas pelo artigo 6.º da Resolução do BACEN n.º 2.647/99¹⁵⁰², mantendo-se nesse patamar de 09/1999 até 06/2006. Em seguida, o artigo 1.º da Resolução BACEN n.º 3.415/06¹⁵⁰³ reduziu-as para 6,5% a.a. (salvo para os cursos de licenciatura, pedagogia, normal superior e cursos superiores de tecnologia, aos quais a taxa de juros remuneratórios reduziram-se para 3,5% a.a.), desde 07/2006 até 02/2010.

Em seguida, o artigo 1.º da Resolução BACEN n.º 3.842/2010¹⁵⁰⁴ diminuiu novamente a taxa de juros remuneratórios para 3,40% a.a. (para quaisquer cursos) desde 03/2010 até 06/2015. A partir de 07/2015, houve a elevação da taxa de juros remuneratórios de 3,40% a.a. para 6,5% a.a., nos termos do artigo 1.º da Resolução BACEN n.º 4.432/15¹⁵⁰⁵, mantendo-se até 12/2017.

Constata-se, então, que até 12/2017, havia remuneração *direta* pelo serviço de operação de crédito prestado pelo Estado, consistente na incidência de juros remuneratórios sobre o capital emprestado, embora em percentual menor que a média do mercado aplicado pelas instituições financeiras para a concessão de linhas de financiamento.

Com a instituição do Novo FIES realizado pela MP n.º 785/2017, convertida na Lei n.º 13.530/2017, a taxa de juros remuneratórios, para a modalidade P-FIES, a partir de 01/2018, foi zerada, incidente sobre os contratos celebrados a partir do primeiro semestre de 2018 (artigo 5.º-C, II, Lei n.º 10.260/01), conforme analisado no tópico 2.3 (Cap. IV).

Nesse sentido, a Resolução n.º 4.628, de 25 de janeiro de 2018 do Ministério da Fazenda/Banco Central do Brasil¹⁵⁰⁶, conforme aprovado pelo Conselho Monetário Nacional, estabeleceu que para os contratos de financiamento na modalidade FIES, celebrados a partir de janeiro/2018, a taxa efetiva de juros será equivalente apenas à variação do Índice Nacional de

¹⁵⁰²BRASIL. Banco Central. Resolução n.º 2.647, de 22 de setembro de 1999. *Diário Oficial*, Brasília, 1999. Disponível: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1999/pdf/res_2647_v1_O.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

¹⁵⁰³BRASIL. Banco Central. Resolução n.º 3.415, de 13 de outubro de 2006. *Diário Oficial*, Brasília, 2006. Disponível: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48190/Res_3415_v1_O.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

¹⁵⁰⁴BRASIL. Banco Central. Resolução n.º 3.842, de 10 de março de 2010. *Diário Oficial*, Brasília, 2010. Disponível: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=4037-resolucao-3842-10-03-2010&Itemid=30192. Acesso em: 11 jan. 2020.

¹⁵⁰⁵BRASIL. Banco Central. Resolução n.º 4.432, de 23 de julho de 2015. *Diário Oficial*, Brasília, 2015. Disponível: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2015/pdf/res_4432_v1_O.pdf. Acesso em: 11 jan. 2020.

¹⁵⁰⁶BRASIL. Banco Central. Resolução n.º 4.628, de 25 de janeiro de 2018. *Diário Oficial*, Brasília, 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/2190885/do1-2018-01-29-resolucao-n-4-628-de-25-de-janeiro-de-2018-2190881. Acesso em: 12 jan. 2020.



Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), e terá capitalização anual. Desse modo, a partir de então, aplica-se apenas a correção monetária ao saldo devedor dos contratos celebrados no âmbito da modalidade FIES.

Poder-se-ia pensar que a partir da instituição do Novo Fies, aos contratos celebrados nessa modalidade desde o primeiro semestre de 2018, o serviço de operação de crédito (empréstimo) passaria a ser gratuito. Entretanto, não é o que ocorre, pois mantém-se o seu caráter oneroso, modificando apenas a forma de remuneração, que deixa de ser direta e transforma-se em *indireta*.

Nesse caso, o Estado, embora não receba uma contraprestação específica pelo montante emprestado ao estudante para financiar o seu curso superior, auferir vantagem econômica pela oferta do serviço de operação de crédito. Isso porque, em termos de custo-benefício, é mais barato à União financiar a matrícula e as mensalidades do estudante em uma instituição particular do que criar novas universidades públicas federais ou aumentar a estrutura e as vagas ofertadas pelas instituições públicas de ensino superior já existentes.

Percebe-se, portanto, que há um claro benefício econômico indireto ao Estado, pois cumpre a sua obrigação constitucional de desenvolvimento do ensino superior, de formação de profissionais qualificados e de elevação do nível científico nacional, mediante a destinação de menor quantia de recursos públicos para tais finalidades.

Estudo realizado pelo Banco Mundial em 2017, a respeito da eficiência e equidade dos gastos públicos no Brasil, constatou que os valores investidos pelo Governo Federal, por aluno, nas universidades públicas são de duas a cinco vezes maiores que o gasto por aluno em universidades privadas, nos seguintes termos:

As despesas com ensino superior são, ao mesmo tempo, ineficientes e regressivas. Uma reforma do sistema poderia economizar 0,5% do PIB do orçamento federal. O Governo Federal gasta aproximadamente 0,7% do PIB com universidades federais. A análise de eficiência indica que aproximadamente um quarto desse dinheiro é desperdiçada. Isso também se reflete no fato que os níveis de **gastos por aluno nas universidades públicas são de duas a cinco vezes maior que o gasto por aluno em universidades privadas**¹⁵⁰⁷. (destaque nosso).

¹⁵⁰⁷ WORLD BANK GROUP. *A fair adjustment: efficiency and equity of public spending in Brazil*: Volume I: síntese (Portuguese). Washington, D., pp.13-14. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/Volume-I-síntese>. Acesso em: 10 jan. 2020. O referido relatório sugere, inclusive, mudanças na estrutura do FIES, nos seguintes termos: “Além disso, embora os estudantes de universidades federais não paguem por sua educação, mais de 65% deles pertencem aos 40% mais ricos da população. Portanto, as despesas com universidades federais equivalem a um subsídio regressivo à parcela mais rica da população



Logo, ainda que os contratos celebrados no âmbito da modalidade FIES, a partir do primeiro semestre de 2018, não tenham mais juros remuneratórios sobre o capital emprestado, mas apenas correção monetária pelo IPCA, resulta em vantagem econômica indireta ao Estado.

Esta se verifica na medida em que o custo de criação e manutenção dessas vagas nas instituições públicas de ensino superior seria de, no mínimo, o dobro do montante financiado, conforme o supracitado relatório confeccionado pelo Banco Mundial. Portanto, resta verificada a vantagem econômica do Estado por meio de remuneração indireta pelo serviço de operação de crédito prestado, caracterizando a relação de consumo.

No âmbito da modalidade P-FIES, a remuneração pelo serviço prestado continua sendo direta, pois há a incidência de juros remuneratórios. No caso de recursos utilizados pelos fundos constitucionais de desenvolvimento regional, conforme destacado no tópico 2.3 (Cap. IV), a taxa de juros remuneratórios foi estabelecida nos termos da Resolução BACEN/CMN n.º 4.642, de 28 de fevereiro de 2018¹⁵⁰⁸ e estimada em 5,38% ao ano para 2021¹⁵⁰⁹.

Em relação à modalidade P-FIES que utiliza recursos privados dos bancos, no qual qualquer instituição financeira pode ser o agente operador, as taxas de juros remuneratórios, como também ressaltado no tópico 2.3 (Cap. IV), são definidas pelos próprios bancos no momento da contratação, dentro dos limites estabelecidos pelo Conselho Monetário Nacional (artigo 15-G, Lei n.º 10.260/01).

Constata-se, assim, que tanto na modalidade FIES quanto na modalidade P-FIES, há a presença de todos os requisitos definidores da relação de consumo: consumidor final (estudante), fornecedor (União ou instituição financeira, a depender da modalidade) e prestação de serviço remunerado (operação de crédito de empréstimo para o financiamento estudantil e, na

brasileira. Uma vez que diplomas universitários geram altos retornos pessoais (em termos de salários mais altos), a maioria dos países cobra pelo ensino fornecido em universidades públicas e oferece empréstimos públicos que podem ser pagos com os salários futuros dos estudantes. O Brasil já fornece esse tipo de financiamento para que estudantes possam frequentar universidades particulares no âmbito do programa FIES. Não existe um motivo claro que impeça a adoção do mesmo modelo para as universidades públicas. A extensão do FIES às universidades federais poderia ser combinada ao fornecimento de bolsas de estudo gratuitas a estudantes dos 40% mais pobres da população (atualmente, 20% de todos os estudantes das universidades federais e 16% de todos os estudantes universitários no país), por meio da expansão do programa PROUNI. Todas essas reformas juntamente melhorariam a equidade e economizariam pelo menos 0,5% do PIB do orçamento federal.*

¹⁵⁰⁸Disponível:https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50541/Res_4642_v1_O.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.

¹⁵⁰⁹ Conforme divulgado pelo próprio Banco do Nordeste. Disponível: <https://www.bnb.gov.br/financiamento-estudantil>. Acesso em: 10 abril 2021.



modalidade FIES, a partir de 2018, a vantagem econômica da União é indireta; tratando-se da modalidade FIES a remuneração dos bancos é direta), o que enseja a aplicação do CDC aos contratos celebrados no âmbito dessa política pública de financiamento estudantil.

Portanto, a outra alegação constante na fundamentação do STJ no Resp n.º 1.155.684/RN de que a CEF está agindo como mera proposta da União na execução do programa de crédito estudantil do FIES não impede a configuração da relação de consumo.

Isso porque, como apontado, o artigo 173.º, *caput* e §1º, II, da CRFB destaca que, embora o Estado possa explorar a atividade econômica, atuando como agente privado, nos casos de segurança nacional e relevante interesse público coletivo, não pode exercer diretamente, devendo fazê-lo por empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias.

Em outras palavras, a União não pode realizar o serviço de operação de crédito mediante a concessão de empréstimo do FIES diretamente, por algum dos seus órgãos, pois, por se tratar de exploração de atividade econômica somente pode realizá-la por entidade que também se revista de natureza jurídica privada, embora constituída com capital público.

Portanto, a participação da CEF na celebração dos contratos de financiamento na modalidade FIES é uma exigência constitucional para que a União possa efetivar os empréstimos aos estudantes, pouco importando se há ou não aplicação de recursos próprios da instituição financeira.

Ou seja, o Estado somente pode alocar os recursos orçamentários nessa política pública e exercer essa atividade econômica através de uma empresa pública ou sociedade de economia mista e, atualmente, a CEF é a entidade escolhida para celebrar com exclusividade os contratos da modalidade FIES.

Por fim, nos contratos celebrados na modalidade FIES, além da existência de relação de consumo entre a União e o estudante, decorrente da prestação do serviço de operação de crédito (empréstimo) devidamente remunerado (de forma indireta a partir de 2018), conforme acima abordado, é possível ainda identificar outra relação jurídica, agora estabelecida entre a CEF e o estudante.

Nesta, a CEF realiza um *serviço bancário* (de operacionalização dos contratos celebrados na modalidade FIES e de administração dos passivos dele decorrentes), devidamente *remunerado*, o que, por si só, também configura uma relação jurídico de consumo.



A CEF é a única entidade responsável por realizar, atualmente, os contratos na modalidade FIES, sendo remunerada por esse serviço bancário que engloba as seguintes atividades: *a)* firmar o contrato com o aluno; *b)* analisar a sua documentação; *c)* exigir as garantias previstas na Lei n.º 10.260/2001 e nas portarias do MEC e do CG-FIES; *d)* executar o título executivo extrajudicial em caso de inadimplemento.

A remuneração devida à CEF para a prestação desse serviço bancário de operacionalização e administração dos passivos dos contratos celebrados no âmbito do FIES está expressamente prevista no §3º do artigo 2º da Lei n.º 10.260/01, o qual prevê o montante de até 2% a.a. (dois por cento ao ano), calculados sobre o saldo devedor dos financiamentos concedidos, ponderados pela taxa de adimplência, na forma do regulamento.

Note que, a respeito dessa remuneração dos agentes financeiros, a Lei n.º 12.202/2010 aumentou passando do percentual de 1,5% (um e meio por cento) para até 2% (dois por cento), calculada sobre o saldo devedor dos financiamentos concedidos.

Entretanto, relatório desenvolvido pelo MEC apontou que essa remuneração paga pela administração dos passivos do FIES estava em valor elevado, em razão do aumento exponencial do saldo devedor dos contratos que, no início de 2017, alcançou o montante de R\$ 85 bilhões¹⁵¹⁰. Isso gerava uma remuneração anual de aproximadamente R\$ 1,7 bilhão aos agentes financeiros apenas pelo serviço de administração dos contratos do FIES (que antes da criação do Novo Fies em 2017 podia ser realizado tanto pela CEF quanto pelo Banco do Brasil).

Por conta dessa apuração, em seguida, foi publicada a Lei n.º 13.366/2016 que incluiu o §6º no artigo 2.º da Lei n.º 10.260/01 e estabeleceu que essa remuneração pela administração dos passivos do FIES passaria a ser custeada pelas instituições particulares de ensino e correspondia a 2% sobre o valor dos encargos educacionais liberados, o qual, após recolhido, será repassado diretamente aos agentes financeiros.

Constata-se, então, que em razão do elevado valor devido à CEF para operacionalizar e administrar os passivos dos contratos do FIES, a Lei n.º 13.366/2016 transferiu a responsabilidade pelo pagamento da sua remuneração da União para as instituições privadas de ensino.

¹⁵¹⁰ Relatório FIES 2017, p. 30, disponível em: https://www.gov.br/mec/pt-br/media/auditorias/processos_fies/rg-fies-2017.pdf. Acesso em: 10 jan. 2020.



Verifica-se, assim, que o supracitado §6º do artigo 2.º da Lei n.º 10.260/01, em comparação com o disposto no §3º do mesmo artigo, trata do mesmo tema (remuneração das instituições financeiras pela operacionalização dos contratos do FIES), mas de forma diversa. Isso porque, a partir da Lei n.º 13.366/2016, o percentual deixa de ser variável e passa a ser fixo (no percentual de 2% e não mais “até” esse montante) e incide sobre os encargos educacionais liberados à instituição particular de ensino (e não mais sobre o saldo devedor dos contratos).

Constata-se, então, que mesmo na modalidade FIES, encontra-se configurada a relação jurídica de consumo tanto no vínculo do aluno (consumidor) em face do Estado (União) que explora atividade econômica como fornecedor na prestação do serviço de operação de crédito (empréstimo para fins de financiamento estudantil) remunerado, ainda que de forma indireta, quanto do aluno (consumidor) com a CEF que atua como fornecedor de serviço bancário (operacionalização dos contratos e administração dos passivos) devidamente remunerado.

E aqui pode estar outro equívoco na fundamentação tomada no Resp n.º 1.155.684/RN, é que mesmo não ocorrendo a aplicação de recursos próprios da CEF no âmbito da modalidade FIES, continua havendo a prestação de um serviço bancário pela referida instituição financeira, que é a operacionalização dos contratos e a administração dos passivos referentes às operações de crédito de financiamento estudantil realizadas com os recursos da União.

Em outras palavras, ainda que o dinheiro utilizado para realizar as operações de crédito de financiamento seja proveniente das dotações orçamentárias do MEC e direcionados para a execução do programa governamental de concessão de empréstimos, a CEF presta serviço bancário de operacionalização dos contratos e administração dos passivos devidamente remunerado, razão pela qual também está sujeita à observância do CDC.

Portanto, ainda que na modalidade FIES a CEF não realize a operação de crédito (empréstimo) com recursos próprios, atuando como agente executora da política pública da União, o serviço bancário na relação travada com o estudante no FIES não se resume à liberação do capital emprestado, caracterizando-se pela operacionalização dos contratos e administração dos passivos, que também se trata de serviço de prestação exclusiva das instituições financeiras.

Em suma, sustenta-se que mesmo na modalidade FIES, é devida a aplicação do CDC tanto em face da União quanto da CEF.

No tocante ao ente público, frise-se, isso se verifica porque está explorando uma atividade econômica mediante a prestação de um serviço de operação de crédito, com recursos



públicos, para a concessão de financiamento estudantil devidamente remunerado, ainda que de forma indireta, em razão de atualmente a taxa de juros remuneratórios nessa modalidade contratual ser zero.

Configurado, então, a prestação habitual de um serviço oneroso, o Estado assume a condição de fornecedor, nos termos do artigo 3.º do CDC, que expressamente permite que o ente público assumam tal status. Por sua vez, o aluno é o consumidor final da operação de crédito, presentes, assim, os requisitos caracterizadores da relação de consumo.

É também cabível a incidência do CDC em face da CEF, pois, ainda que na modalidade FIES atue como executora da política pública de crédito estudantil, sem a utilização de recursos próprios, presta um serviço bancário remunerado, conforme o §6º do artigo 2.º da Lei n.º 10.260/01.

Este consiste na operacionalização e na administração dos passivos decorrentes das operações de crédito do FIES cujos contratos foram celebrados com a utilização dos recursos públicos. Caracterizada a prestação habitual – e nesse caso empresarial – de um serviço bancário oneroso, a CEF assume, então, a condição de fornecedora (artigo 3.º, CDC) e o aluno o de consumidor final, presentes, também, os requisitos caracterizadores da relação de consumo.

Portanto, o fato de na modalidade FIES não haver a utilização de recursos próprios da CEF para compor o capital emprestado não implica na ausência de prestação de serviço bancário, o qual, como verificado, encontra-se presente.

Por conseguinte, seja qual for o viés analisado na relação jurídica travada no âmbito dos contratos de financiamento estudantil celebrados na modalidade FIES, isto é, tanto na relação do aluno com a União quanto com a CEF, há a presença dos requisitos da relação consumerista, o que implica na incidência do CDC.

O que se deve ter em mente é que, ainda que a CEF não prestasse o serviço remunerado de operacionalização e administração dos passivos dos contratos firmados no âmbito do programa de financiamento estudantil, aplica-se o CDC na modalidade FIES, por conta da relação existente entre o aluno e o Estado.

Logo, mesmo que a CEF exercesse a operacionalização dos contratos e administração dos passivos do FIES de forma gratuita (o que, como visto, não ocorre, pois é muito bem



remunerada por esse serviço bancário) a sua conduta, enquanto agente executivo dessa política pública, não pode ser dissociada da União.

Isso porque, como ressaltado, o ente público, consoante o artigo 173.º, caput, da CRFB, apenas está constitucionalmente autorizado a explorar essa atividade econômica por meio de uma empresa pública ou sociedade de economia mista, não podendo a desenvolver diretamente, por meio dos seus órgãos.

Desta forma, a CEF, no âmbito dos contratos celebrados na modalidade FIES, corporifica a União, a qual atua, através dessa instituição financeira, como agente particular explorando a atividade econômica de operação de crédito, mediante a aplicação de recursos públicos, visando o desenvolvimento de relevante interesse coletivo (democratização do ensino superior).

Nessa perspectiva, tanto a União quanto a CEF, no âmbito dos contratos celebrados na modalidade FIES respondem de forma solidária frente ao consumidor final do crédito, que é o estudante, por eventual vício ou falha na prestação do serviço.

Tanto que o CDC, nesse sentido, ao tratar sobre a responsabilidade solidária pelo vício do serviço prevê que “*os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos*” (artigo 22.º, CDC).

O parágrafo único do referido dispositivo enuncia que nos casos de “*descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código*”.

É bom lembrar que a Lei n.º 13.460/17¹⁵¹¹, que dispõe sobre a proteção e defesa dos direitos dos usuários dos serviços públicos da Administração Pública, prevê, em seu artigo 1.º, §2º, II, que a sua aplicação não afasta a necessidade de cumprimento do CDC, quando caracterizada a relação de consumo¹⁵¹². Desse modo, mesmo em se tratando de um serviço público, prestado direta ou indiretamente, por meio de concessão ou permissão (artigo 175.º, CRFB), o qual se submete ao regime jurídico publicista, não há óbice à incidência do CDC, quando caracterizada a relação consumerista.

¹⁵¹¹ BRASIL. Lei nº 13.460, de 26 de junho de 2017. Diário Oficial, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113460.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

¹⁵¹² Sobre o tema, EFING, Antônio Carlos *in Fundamentos do Direito...op.cit.*, p. 207, ressalta que a Lei n.º 13.460/2017 tornou explícito, mediante o reconhecimento legal, de que o usuário de serviço público pode ser consumidor.



Por conseguinte, se mesmo em uma relação jurídica sujeita ao regime público não há óbice à incidência do CDC quanto mais no caso em que o Estado atua explorando determinada atividade econômica na condição de agente privado, no qual se submete às mesmas regras aplicadas às empresas particulares (artigo 173.º, II, CRFB), dentre as quais está a incidência do CDC e a defesa ao consumidor na acepção de princípio da ordem econômica (artigo 170.º, V, CRFB).

Percebe-se, nesse contexto, que a CEF, enquanto empresa pública, ainda que esteja atuando como preposta ou delegatária de uma política pública, como o FIES, sem a utilização de recursos próprios, tem a obrigação de cumprir o CDC. Porquanto, este diploma normativo é aplicado ao Estado (União) que age por meio da referida instituição financeira para a exploração da atividade econômica (serviço de operação de crédito de financiamento estudantil) a fim de concretizar o objeto desse programa governamental (desenvolvimento da educação superior).

São irrelevantes, portanto, as alegações apontadas pelo STJ no REsp n.º 1.155.684/RN, tais como de que não há a aplicação de recursos próprios da CEF ou que esta atua apenas como delegatária ou preposta da União na execução de um programa governamental em prol dos estudantes para justificar equivocadamente a inaplicabilidade do CDC para esta relação de consumo.

Ante todo o exposto, defende-se a necessidade de realização de *overruling* (superação total) do que fora decidido pelo STJ no referido tema de recurso repetitivo, no sentido de aplicar o CDC tanto no âmbito do P-FIES quanto na modalidade FIES, a fim de proteger adequadamente a sociedade de consumo, representada pelos estudantes tomadores do crédito, bem como o bem jurídico essencial salvaguardado pelo artigo 208.º, V, da CRFB (democratização do ensino superior).

Sustenta-se a necessidade de uma revisão ampla do precedente, pois conforme se demonstrou, parte de uma premissa equivocada de que a ausência de recursos próprios da CEF impediria a caracterização do serviço de operação de crédito remunerado, já que atuaria apenas como mero proposto ou delegatário da União.

Ademais, a motivação da aludida decisão encontra-se, ainda, superada, ao afirmar que no âmbito do FIES não se utilizam recursos próprios dos bancos, tendo em vista que, como ressaltado, desde a MP n.º 785/2017 convertida na Lei n.º 13.530/2017, houve a criação da modalidade P-FIES. Nessa modalidade, é permitida a utilização de capital dos agentes



financeiros, razão pela qual, como visto no tópico 2.3 (Cap. IV), possuem ampla autonomia no estabelecimento das condições da contratação.

Nesse caso, as instituições financeiras, que podem ser qualquer uma e não apenas a CEF, aplicam recursos próprios na concessão do financiamento estudantil. Por conta disso, tem plena liberdade para o estabelecimento das condições da contratação, como a taxa de juros remuneratórios, o montante total financiado e o prazo para a quitação da dívida.

Logo, no âmbito do P-FIES, não agem como mero executores da política pública de financiamento estudantil, mas, sim, na condição de autênticos agentes financeiros recebendo remuneração direta pelo capital utilizado na operação de crédito. A onerosidade do serviço, prestado de forma habitual e empresarial, é verificada na fixação, pelas próprias instituições financeiras, das taxas de juros remuneratórios e moratórios sobre o montante objeto do empréstimo.

Portanto, na modalidade P-FIES o serviço bancário fornecido pela instituição financeira é o de uma linha de crédito estudantil, ainda que com taxas de juros mais vantajosas que as demais, em razão de determinadas garantias especiais previstas na Lei n.º 10.260/01 para esse tipo de contratação. Cita-se, por exemplo, o desconto em folha de pagamento, gerando a obrigação do empregador de reter o valor da dívida, bem como a possibilidade de haver a reserva do percentual de até 10% do saldo do FGTS e até a integralidade da multa rescisória para quitar o saldo devedor, conforme destacado no tópico 1.1 (Cap. IV), cujas garantias não existem nos demais tipos de financiamento bancários.

Nessa situação, a natureza jurídica do serviço bancário prestado na modalidade P-FIES em nada se diferencia das demais linhas de financiamento ofertadas pelos bancos. Modifica-se, apenas, quem é o consumidor final (que no caso é o estudante) e a finalidade da contratação (custeio do curso de ensino superior em instituição particular).

Há, entretanto, nessa contratação, taxas de juros remuneratórios menores do que os incidentes sobre as demais linhas de crédito ofertadas pelas instituições financeiras em razão das específicas garantias contratuais previstas na Lei n.º 10.260/01, acima retratadas, que, ao contribuírem para a redução do risco de inadimplência, reduzem os custos da contratação.

É ainda relevante destacar que a realização do *overruling* do precedente do STJ no REsp nº 1.155.684/RN ora defendido terá importante repercussão prática. Constatou-se, durante as



pesquisas realizadas¹⁵¹³, que diversas decisões judiciais envolvendo os contratos do FIES, embora não aplicassem diretamente o CDC, em razão da tese firmada no aludido precedente, eram fundamentadas com base nos princípios estruturantes da relação de consumo, tais como, o Princípio da Não Onerosidade Excessiva (artigo 6.º, V, do CDC), o Princípio da Boa-Fé Objetiva (artigo 4.º, III, do CDC), bem como o Princípio da Vulnerabilidade (artigo 4.º, I do CDC).

Isso porque é comum que o Estado não respeite as normas estabelecidas na própria Lei n.º 10.260/01 que regulamenta os contratos do FIES. Cita-se, por exemplo, a situação envolvendo o artigo 5.º, §10.º, da referida norma, incluído pela Lei n.º 12.202/2010, o qual previa expressamente que nos casos de redução da taxa de juros haveria a sua incidência sobre o saldo devedor dos contratos de financiamento, ainda que já formalizados. Como destacado, a taxa de juros remuneratórios nos contratos do FIES iniciou em 9% a.a., depois passou para 6,5% a.a. e, em seguida reduziu para 3,5% a.a., depois subiu para 6,5% a.a.

A referida lei destacava, de forma expressa, que em face dessas sucessivas reduções das taxas de juros remuneratórios no âmbito do FIES, deveria ser aplicada aquela que estivesse em vigor para o saldo devedor dos contratos formalizados, mesmo que fosse menor que a pactuada no momento da contratação.

No entanto, o MEC, na qualidade de gestor da política pública do FIES, entendia que apenas deveria se aplicar essa determinação legal para os contratos de financiamento celebrados após a edição da Lei n.º 12.202/2010.

Desse modo, ao arrepio da expressa determinação legal, os contratos celebrados anteriormente à vigência da referida lei não estavam tendo direito à redução da taxa de juros remuneratórios sobre o saldo devedor, pois o banco estava, neste caso, aplicando a taxa de juros prevista na data da sua celebração.

Sobre esse tema, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao julgar a Apelação Cível n.º 5004911-05.2012.404.7112 (Rel. Des. Fed. Maria Lúcia Luz Leiria, 3ª Turma, julgado em 03.10.2012)¹⁵¹⁴ entendeu que a CEF deve realizar a revisão dos contratos de financiamento,

¹⁵¹³ Tais pesquisas culminaram na nossa obra LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos. *Direito à Educação: Judicialização, Políticas Públicas e Efetividade do Direito Fundamental*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2016.

¹⁵¹⁴ Disponível: https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=4134928112321894102000000194&evento=490&key=aa53b3fb8602c80987a4a75dcfff60b50a7fae0d6b637e7a08c92f136181771e&hash=6bad222bc97a222ad6c087e033f21a11. Acesso em: 10 jan. 2020.



mesmo que celebrados antes da edição da Lei n.º 12.202/2010, nos termos em que previsto no o artigo 5º, §10.º da Lei n.º 10.260/01.

Julgou-se, então, procedente a referida ação revisional a fim de determinar que fosse reduzida a taxa de juros remuneratórios para o novo patamar previsto pelas resoluções do BACEN publicadas em momento posterior à contratação, mesmo que o contrato tenha sido formalizado em data anterior à Lei n.º 12.202/2010.

Decidiu-se, então, que até o dia anterior à vigência da Lei n.º 12.202/2010, incide sobre o saldo devedor dos contratos do FIES os juros remuneratórios no percentual de 9% ao ano fixados no momento da contratação e, a partir da entrada em vigor do referido diploma legal, só poderão ser exigidos, sobre o saldo devedor, juros de 3,4% ao ano¹⁵¹⁵.

Embora, nesse exemplo, tenha sido possível a defesa dos interesses do estudante com base na própria Lei n.º 10.260/01 que rege o FIES, o que se busca demonstrar é que a União e a instituição financeira que executam a modalidade FIES (atualmente apenas a CEF) costumam constantemente violar os preceitos legais estabelecidos, agravando a situação de vulnerabilidade do estudante e colocando em risco a sua adequada tutela.

A depender da conduta violadora a sua correção somente encontra solução no âmbito do CDC. É, por exemplo, o que está ocorrendo na já ressaltada aplicação de multa moratória nos contratos do FIES no patamar de 10% sobre o montante do crédito liberado. Trata-se de cláusula abusiva, por violar frontalmente o §1.º do artigo 52.º do CDC, que limita o valor da multa moratória decorrente do inadimplemento da obrigação para até 2% do valor da prestação.

Contudo, o STJ está legitimando a aplicação dessa multa moratória, apesar de flagrantemente ilegal, sob a alegação de que, conforme a tese fixada no Resp n.º 1.155.684/RN, não se aplica o CDC nos contratos do FIES¹⁵¹⁶. A correção dessa abusividade contratual somente pode ser realizada com a incidência do CDC, sendo insuficiente os preceitos da Lei n.º

¹⁵¹⁵ A decisão judicial aplicou essa taxa de juros de 3,4% a.a., pois o referido julgamento ocorreu em 2012 quando estava em vigor esse percentual. Como abordado, apenas a partir de 07/2015 é que a aludida taxa de juros remuneratórios do FIES aumentou para 6,5% a.a., nos termos do artigo 1.º da Resolução BACEN n.º 4.432/15.

¹⁵¹⁶ Conforme o decidido no AgRg no REsp 1230711/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 13/10/2015, DJe 15/02/2016), disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=57307273&num_registro=201100078232&data=20160215&tipo=64&formato=PDF, bem como no REsp 1.256.227/RS (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/08/2012, DJe 21/08/2012), disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=22441426&num_registro=201101226186&data=20120821&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 10 jan. 2020.



10.260/01, razão pela qual é premente a relevância do *overruling* do referido precedente, com base nas razões ora defendidas na presente tese.

Ademais, não se pode também deixar de destacar que a aplicação do CDC no âmbito da política pública de financiamento estudantil vai possibilitar a salvaguarda adequada dos seus direitos, na medida em que permitirá a atuação dos Departamentos Estaduais de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON).

Também legitimará a sua defesa por meio da tutela coletiva, mediante a atuação das associações de defesa dos consumidores, da Defensoria Pública, bem como do Ministério Público através das promotorias de justiça de Defesa do Consumidor.

Desse modo, quer-se demonstrar que, para além da necessária correção dogmática da fundamentação utilizada, o *overruling* do precedente fixado no Resp n.º 1.155.684/RN terá expressiva relevância prática para a adequada proteção dos direitos dos estudantes-consumidores que celebram os contratos no âmbito do programa de financiamento estudantil, seja na modalidade FIES ou na P-FIES, bem como para a salvaguarda do bem jurídico essencial previsto no artigo 208.º, V, da CRFB, que é a democratização do ensino superior.



CONCLUSÃO

A educação está intrinsecamente relacionada com os valores estruturantes do Estado Democrático de Direito: dignidade da pessoa humana, igualdade e solidariedade, moldando um sistema de ensino inclusivo, capacitante, plural e fraterno.

Ninguém é verdadeiramente livre e autônomo sem um mínimo de ensino de qualidade. Uma sociedade efetivamente fraterna e tolerante somente supera as desigualdades socioeconômicas de seus membros com a elevação do nível cultural da nação. A participação plena no debate público, para além da mera eleição periódica de representantes, requer a progressiva universalização da educação em todos os seus níveis.

A escolha do projeto espiritual de cada indivíduo, a fim de que possa orientar-se segundo as suas próprias convicções, demanda o desenvolvimento prévio de suas capacidades. A educação é o caminho para essa transformação. Por meio dela, forma-se o cidadão, consciente dos seus interesses e responsabilidades na comunidade que o acolheu e que o reconhece como legítimo sujeito de direito.

Ao atribuir uma qualificação profissional à pessoa, a educação firma as sólidas raízes da cidadania inclusiva no seio comunitário, aflorando o sentimento de pertencimento à uma sociedade que valoriza as suas condutas e respeita as suas decisões.

A educação provoca uma metamorfose não apenas no indivíduo, mas também no próprio Estado. A expansão do ensino, em todos os seus graus, gera o incremento científico de uma nação e permite, com a pesquisa e a ciência, que se encontrem soluções para os complexos desafios enfrentados pelo mundo. Nesse sentido, não é por acaso que as principais vacinas contra o COVID-19 foram primeiramente desenvolvidas por países que investem massivamente em educação e que, por conta disso, assumiram um protagonismo geopolítico de destaque.

Essa relevância da educação a consagra como direito humano em diversos tratados internacionais, tanto no âmbito da ONU quanto nos sistemas regionais de proteção dos direitos fundamentais, como o europeu, o americano e o africano. É, também, expressamente reconhecida como bem jurídico prioritário e fundamental em diversas Constituições, como a brasileira de 1988 e a portuguesa de 1976, atribuindo ao Estado a tarefa precípua de valorização permanente e contínua do ensino.



Não obstante, o mundo fático do *ser* não necessariamente reflete o mundo ideal do *dever ser*. Apesar dos avanços alcançados nas últimas décadas, o índice de analfabetismo ainda é alto no mundo, principalmente nos países em desenvolvimento. Milhões de crianças estão fora da escola, em especial nos locais que sofrem com conflitos armados civis. Ainda há muito a ser feito para se garantir o mínimo, que é a educação básica, obrigatória e universal.

A tarefa estatal fica ainda mais desafiadora quando se verifica que a educação, em sua acepção ampla (*lato sensu*) envolve não apenas o direito ao ensino fundamental, mas uma verdadeira teia de múltiplas prestações jurídicas dela decorrentes, o que marca o seu caráter multidimensional, complexo e polissêmico.

Com efeito, deriva dos seus preceitos, dentre outros, a liberdade de ensino dos pais sobre a educação a ser conferida aos filhos, a legitimidade da criação de escolas particulares com projetos educacionais diversos do ensino público, a autonomia universitária, o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, a educação inclusiva e plural, bem como a garantia de acesso a todos ao ensino superior, segundo as capacidades de cada um.

Nesse cenário, dentre as inúmeras posições jurídicas derivadas do direito à educação em sentido amplo encontra-se o dever estatal de proteção e promoção desse bem jurídico prioritário mediante a progressiva implementação de medidas que garantam o acesso ao ensino superior ao maior número de pessoas.

A incumbência de gradual democratização do ensino superior, seja o universitário ou o politécnico, requer a execução contínua de políticas públicas que reduzam os impactos causados pelas diversas condicionantes que mitigam a sua universalidade, sejam as *estruturais* (regime *numerus clausus* que limita o número de vagas ofertadas a cada semestre letivo), *pessoais* (conclusão do ensino médio) e *financeiras* (custeio da taxa de matrícula e mensalidades).

Atento a essa realidade, o Estado deve pôr em prática ações que tenham o condão de, paulatinamente, aumentar o número de vagas ofertadas a cada semestre pelas instituições públicas de ensino superior, expandir a quantidade de alunos que concluem o ensino médio e a qualidade do ensino ministrado, bem como alargar os beneficiados com isenção das taxas de matrícula e mensalidades ou com subsídios para custear as despesas escolares.

A política pública de concessão de empréstimos subsidiados, nesse trilhar, trata-se de uma dessas atividades voltadas à democratização do acesso ao ensino superior, por meio da



qual concede-se incentivos para que os alunos possam arcar com o pagamento das mensalidades do cursos de graduação e pós-graduação em instituições do ensino superior não gratuitas.

A política pública de financiamento estudantil, instituída em Portugal em 2007 e no Brasil em 1992, estabelece condições mais vantajosas para a concessão de empréstimos pelos estudantes que almejam ingressar no ensino superior. Ao assegurar o acesso a esse grau elevado de educação ao maior número de pessoas, constitui autêntico mecanismo de superação das desigualdades sociais, pois permite que alcancem profissões qualificadas e, por meio delas, obtenham oportunidades de crescimento pessoal e econômico.

Fortalece, ainda, a cidadania, na medida em que desenvolve, de forma plena, as potencialidades do indivíduo, conscientizando-o dos seus direitos e deveres. Instiga-o a participar ativamente do debate público, não apenas na condição de mero representado político, mas como autêntico titular de interesses consagrados pelo ordenamento.

O financiamento estudantil também otimiza, em grau máximo, a capacidade de liberdade científica e cultural do aluno, pois permite que opte por determinado projeto educacional, inclusive com específica diretriz filosófica, ideológica ou religiosa, em uma universidade ou instituto politécnico privado que entenda ser mais adequado aos seus interesses e que não poderia ser ofertado pela rede pública de ensino, em razão da sua laicidade e não confessionalidade. Desse modo, consagra, em maior espectro, a liberdade da autodeterminação dos estudantes de buscar a formação acadêmica considerada mais apropriada à sua necessidade.

Ademais, os recursos alocados para o desenvolvimento da referida política pública enquadram-se no conceito de despesa pública justa, na medida em que concilia a sustentabilidade orçamentária com a solidariedade intergeracional, pois, tratando-se de empréstimo haverá o retorno do capital investido, ainda que parcialmente, em decorrência dos subsídios concedidos. Desse modo, não haverá oneração excessiva para as gerações futuras a ponto de impedir que desfrutem das mesmas oportunidades conferidas às gerações atuais.

Por conta dessa relevância supraindividual do financiamento estudantil para a democratização do ensino superior é indispensável que seja levado a sério, o que implica em traçar os contornos jurídicos das normas constitucionais que o fundamentam, tanto no Brasil, quanto em Portugal, notadamente quanto à eficácia dos seus preceitos.



A peculiar estrutura constitucional portuguesa, que estabelece regimes jurídico-normativos diferentes aos direitos de liberdade e aos direitos sociais – embora de forma dinâmica e não absoluta – inexistente no sistema constitucional brasileiro, não impede essa finalidade.

Isso porque ambos os ordenamentos, quanto ao ingresso na educação superior, veiculam normas de conteúdo similar, de modo que seu estudo em conjunto pode ser realizado, ainda que considerando as especificidades do modelo constitucional adotado por cada país.

Nesse sentido, tanto o ordenamento lusitano quanto o brasileiro incumbem ao Estado a implementação de políticas de ensino que asseguram o acesso à educação superior, segundo as capacidades de cada um (artigo 74.º, n.º 2, alínea *d* da CRP e artigo 208.º, V, da CRFB). Em face da baixa determinabilidade dos seus preceitos, demandam o poder de conformação do legislador para implementar os *meios* para se atingir esse *fim* constitucional.

Essa margem de discricionariedade do legislador ordinário para a concretização do direito fundamental social é inerente ao pluralismo, à maleabilidade e à adaptabilidade do regime democrático. Assegura-se, assim, a legítima escolha entre alternativas, com base nas condicionantes econômicas, sociais, políticas e orçamentárias que estão em constante modificação e, muitas vezes, fora do alcance do constituinte originário.

Por outro lado, é preciso identificar, com algum grau de precisão, quando essa omissão institucional tolerada se transfigurou em resistência injustificada e inconcebível arbitrariedade para a exequibilidade dos direitos sociais. À medida em que desaparecem os fatores extrajurídicos que limitam a efetivação do direito social, esvazia-se o juízo de ponderação e, consequentemente, a discricionariedade do legislador para a edição da lei que os concretiza.

A partir desse reconhecimento, que pode ser realizado pelo Tribunal Constitucional, nos casos de abuso legislativo ou desvio de finalidade, a norma veiculadora de determinada prestação do direito social, que antes encontrava-se no âmbito da *reserva do possível*, deslocou-se para a *esfera do objetivamente plausível*. Nesse estágio, o preceito constitucional produz efeitos objetivos aptos ao reconhecimento de eventual omissão inconstitucional em decorrência da ausência do dever de legislar para a promoção do direito social tutelado pela Constituição.

A eficácia objetiva dos direitos fundamentais também se irradia para o momento posterior ao da concretização do direito, criando certa margem de estabilidade, ainda que mínima, direcionada para a continuidade da produção dos seus efeitos nos casos de em que caracterizada a íntima conexão com a consagração da dignidade humana.



Desse modo, estabelece-se uma capacidade de resistência e uma margem de estabilidade, embora variável em intensidade, contra modificações posteriores do legislador ordinário que possam conduzir à sua supressão do ordenamento, a fim de se assegurar princípios estruturantes do Estado de Direito, como a proteção da confiança e a proporcionalidade em seu duplo sentido (proibição do excesso e proteção deficiente).

No entanto, isso não impede a possibilidade de restrição superveniente do direito fundamental social já implementado, motivado por novas circunstâncias sociais, políticas, econômicas e jurídicas inexistentes no momento da sua implementação, tendo em vista que a própria alternância democrática não é compatível com a defesa de uma espécie de congelamento de políticas públicas que versem sobre direitos sociais.

Nessa ótica, os avanços e eventuais retrocessos no tocante à concretização dos direitos sociais, em determinada medida, espelha a própria natural tensão inerente à democracia, que necessita conciliar os múltiplos interesses em jogo, muitos dos quais são colidentes entre si.

Entretanto, a depender do grau de vinculação do bem jurídico social tutelado com a dignidade da pessoa humana, bem como do seu significado, relevância e função no contexto constitucional, pode a eficácia dos preceitos que o consagram moldar certa capacidade de resistência aos direitos sociais já concretizados.

Esse efeito jurídico, decorrente da eficácia objetiva da norma constitucional, além de impedir a própria aniquilação do núcleo essencial do direito social efetivado, resulta em deveres de proteção e promoção que demandam a sua continuidade, ainda que conformadas pela realidade social, econômica, orçamentária, política e jurídica a ser ponderada pelo legislador.

Sustenta-se que a democratização do acesso ao ensino superior atende a esses critérios de relevância, significado e importância no ordenamento, na medida em que indispensável para a qualificação profissional, capacitando o indivíduo para o pleno desenvolvimento das suas potencialidades e assegurando, por conseguinte, a cidadania inclusiva e a elevação do nível científico e cultural do país.

Tanto que a valorização permanente do ensino, em quaisquer dos seus ciclos de aprendizagem, o que engloba o ensino superior, trata-se de mecanismo de promoção da justiça social e da superação das desigualdades econômicas e reveste-se de incumbência prioritária e tarefa fundamental tanto do Estado português (artigos 81.º, alínea *d*, e 9.º, alínea *f*, ambos da CRP) quanto do brasileiro (artigos 205.º, *caput*, e 206, incisos V e VII, da CRFB).



Se por um lado, indubitavelmente se reconheça a prioridade das ações estatais direcionadas para a efetivação do direito humano e fundamental ao ensino básico, universal, obrigatório e gratuito, por outro lado, as normas constitucionais que consagram a garantia de democratização do ensino superior não podem ser desprezadas.

Embora, diversamente do ensino básico obrigatório, seus preceitos contidos no artigo 74.º, n.º 2, alínea d, da CRP e no artigo 208.º, V, da CRFB, não resultem em direito subjetivo à vaga em determinada instituição de ensino superior, a eficácia objetiva que deles emana resulta em deveres estatais de proteção e promoção desse bem jurídico fundamental e demanda sua progressiva expansão.

Não se trata, frise-se, de estabelecer a – muitas vezes – inexecutável tarefa estatal de permanente incremento dos direitos sociais, posto que a escassez dos recursos e as dificuldades econômicas constantemente enfrentadas por diversos países impedem essa realização. Até porque, assim como ocorre com os direitos de liberdade, os direitos sociais também podem sofrer mitigações, desde que proporcionais e que não afetem o seu núcleo essencial.

Diversamente, almeja-se delimitar os contornos normativos que limitam determinados abusos e arbítrios aptos a serem cometidos pelo legislador ordinário. Se lhe é democraticamente assegurado avaliar os meios adequados para atingir os fins constitucionais, por certo, não pode deles se desviar, protegendo de forma deficiente aqueles bens jurídicos constitucionais taxados de prioritários, como se verifica com a educação, em todos os seus graus, o que inclui, portanto, o nível superior.

Nessa perspectiva, sustenta-se que a eficácia objetiva decorrente do artigo 74.º, n.º 2, alínea d da CRP e do artigo 208.º, V, da CRFB irradia-se sobre a política de financiamento estudantil de concessão de empréstimos bonificados, por ser uma prestação jurídica derivada da garantia de acesso ao ensino superior.

Na medida que se trata de uma política já concretizada pelo legislador português e brasileiro, a força normativa das referidas normas constitucionais gera o dever estatal de proteção adequada desse programa institucional tanto em Portugal quanto no Brasil e assegura a necessidade de adequada fundamentação das restrições orçamentárias ao seu custeio, o dever de proteção contra abusos cometidos por agentes privados e a estabilidade da sua oferta, ainda que mínima e variável em intensidade, a depender das condicionantes extrajurídicas a serem colmatadas pelo legislador a cada semestre letivo.



Busca-se, destarte, de um lado, resguardar o legítimo poder de conformação do legislador ordinário sobre esse direito social já promovido, em face das supervenientes circunstâncias fáticas, jurídicas, econômicas, sociais e políticas, mas, por outro, impedir que haja a interrupção total e, conseqüentemente, a supressão, ainda que momentânea, da sua prestação, como ocorreu em diversos períodos em Portugal desde a sua criação em 2007.

Ao fim e ao cabo, pretende-se conferir tutela constitucional adequada à política pública de financiamento estudantil, a pondo a salvo de abusividades do legislador ordinário que possam mitigar de forma desproporcional, e infundada, o seu alcance e, conseqüentemente, violar o seu núcleo essencial.

Isso não representa, como destacado, em direito subjetivo à vaga em instituição de ensino superior ou sequer à celebração de específico contrato de empréstimo para o curso superior almejado.

Diversamente, resulta no reconhecimento, em decorrência da eficácia objetiva das normas constitucionais que consagram a garantia de acesso e democratização do ensino superior, do dever de adequada proteção e promoção desse bem jurídico prioritário e comunitário (educação superior) que implica na alocação suficiente de recursos orçamentários para o seu financiamento, na proteção contra abusos cometidos por agentes privados de elevado poder econômico, bem como na oferta contínua e razoável da política pública de financiamento estudantil, sem interrupções totais que configurem em autêntica supressão, ainda que passageira.

Em outras palavras, a estabilização mínima dos efeitos da política de financiamento estudantil ora defendida não implica em direitos subjetivos a titulares determinados, pelo contrário, materializa-se na função objetiva do direito fundamental social à educação impondo ao Estado o dever de oferta contínua dessa prestação.

Essa continuidade sequer precisa ser necessariamente expansiva, na medida em que é possível a diminuição da quantidade de contratos de financiamento a serem disponibilizados aos estudantes a cada semestre letivo, bem como dos recursos orçamentários alocados para o desenvolvimento dessa política pública.

Almeja-se, assim, assegurar o poder de conformação da norma, ainda que superveniente à sua implementação, sendo possível a redução do montante a ser, a cada semestre letivo, investidos nessa política, em face de circunstâncias extrajurídicas adversas.



O que se sustenta é, entretanto, a impossibilidade de supressão total da prestação da política de financiamento estudantil, ainda que momentânea, devendo se assegurar, ainda, a sua conservação, mesmo que em intensidade mínima, mediante a oferta de quantidade razoável de contratos aos estudantes interessados.

Embora essa continuidade seja mais intensa no Brasil, que desde 1992 disponibiliza essa política pública sem interrupções totais, apesar de constantes reformulações, diversamente, em Portugal, em vários períodos desde a sua implementação em 2007 houve a sua suspensão total, como o ocorrido entre 2015 e 2018.

Por fim, defende-se, ainda, que o dever de proteção e promoção adequada da política de financiamento estudantil demanda não somente a estabilização mínima dos seus efeitos, mas também, por imperativo de tutela, sob pena de salvaguarda deficiente, a incidência das leis de proteção ao consumidor aos contratos celebrados, por se caracterizar autêntica relação jurídica de consumo.

O fato de se tratar de uma política pública em prol dos estudantes não impede o seu reconhecimento na condição de consumidor e, portanto, parte vulnerável que demanda proteção jurídica reforçada.

Apesar de em Portugal não haver dúvidas a respeito da incidência da Lei de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados no âmbito das sociedades de garantia mútua, diversamente, no Brasil há precedente do STJ decidido no Recurso Especial n.º 1.155.684/RN, no qual se firmou a tese da inaplicabilidade do CDC aos contratos de financiamento do FIES.

Em tópico próprio, foram delimitados os argumentos utilizados pelo referido Tribunal para firmar esse entendimento. Em seguida, rebateu-se individualmente cada uma das motivações utilizadas como razão de decidir, a fim de demonstrar o equívoco de suas premissas e a importância, não apenas do ponto de vista dogmático, mas também prático, da sua revisão.

Portanto, entende-se que, no âmbito da política de financiamento estudantil do FIES, encontram-se presentes todos os requisitos para a caracterização da relação de consumo entre o Estado (União) e o estudante, ainda que na modalidade FIES não haja a utilização de recursos próprios das instituições financeiras (notadamente da CEF que atua como agente operacional), o que legitima a incidência do CDC e o superação total (*overruling*) do precedente firmado na aludida decisão.

A educação emancipa a nação da mediocridade. É por meio dela que cada indivíduo desenvolve seu potencial e é apenas através dela que se constrói um Estado mais justo, livre e



solidário. Não há país desenvolvido sem um plano educacional sério e comprometido, sem ter arraigado no íntimo de seu povo e de seus governantes que os recursos vertidos para a educação significam um real investimento no futuro, cujos lucros suplantam um diploma universitário individualmente considerado: a receita é a formação de cidadãos plenos e capazes de transformar a sua realidade coletiva.

Conquanto tenha se vivenciado muitos avanços na compreensão da educação como propulsora de desenvolvimento econômico e social, ao menos no Brasil, não se pode deixar de consignar ao final desta tese que fomenta a democratização do ensino superior, que o país sofre um grave processo de retrocessão de conquistas. O dismantelamento das universidades públicas, a demonização de educadores e a aversão ao conhecimento parecem ter se tornado motes de discursos autoritários que enxergam na ignorância o sustentáculo de seu poder.

Fadada ao perpétuo subdesenvolvimento está a nação que trata a educação e a economia como se fossem planos completamente isolados. Nesta, investe-se para o desenvolvimento do país. Naquela, cumpre-se as alocações de recursos mínimos que, no Brasil, o desconfiado constituinte fez questão de traçar. Parecem esquecer que o Estado é formado por seu povo e que um não se desenvolve plenamente sem o desenvolvimento de outro. Neste cenário, se estudar é um ato de libertação, defender o ensino é um ato de resistência.



REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Víctor e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.
- ABRANTES, Pedro. A Educação em Portugal: princípios e fundamentos constitucionais. **Sociologia, Problemas e Práticas [Online]**, 2016. Disponível em <http://journals.openedition.org/spp/2588>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- ABRANTES, Pedro. A educação em Portugal: princípios e fundamentos constitucionais. **Sociologia, Problemas e Práticas**, 2016, pp. 23-32.
- ALCALÁ, Humberto Nogueira. El constitucionalismo contemporáneo y los derechos económicos, sociales y culturales, **Estudios Constitucionales**, 1, 2003, pp. 135-177,
- ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano**. 3.ed. Milão: Giuffrè, 1960.
- ALEXANDRINO José Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. v. II. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. v. II. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. Como Ler a Constituição – Algumas Coordenadas. In: **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha**. Vol. III. Coimbra: Almedina, 2010.
- ALEXY, Robert. **In A Theory of Constitutional Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- _____. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização e Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- ALMEIDA, Mário Aroso de. **Anotação ao artigo 268.º**. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- ALVAREZ, Gerardo A. Durago. Aproximaciones conceptuales a la democracia constitucional y a los derechos fundamentales em la Teoria de L. Ferrajoli, **Opinión Jurídica**, vol. 6, no. 12, 2007.
- AMARAL, A.; CARVALHO, M. T. **Autonomy and Change in Portuguese Higher Education: Case Studies – Academic Freedom and University Institutional Responsibility in Portugal**. Bononia University Press, 2003.
- AMARAL, Diogo Freitas do; PIÇARRA, Nuno. O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado do Direito da União Europeia: Uma “Evolução na Continuidade”. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, n.1, p. 187-222. Disponível em: <https://biblat.unam.mx/hevila/Revistamestrado-emdireito/2009/vol9/no1/8.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2021.
- AMARAL, Maria Lúcia. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência Constitucional Portuguesa**. Liber Amicorum de José de Sousa e Brito: em comemoração do 70.º Aniversário. Coimbra: Almedina, 2009.



_____. O princípio da igualdade na Constituição portuguesa. In: **Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. Aranzadi Thomson Reuters, pp. 645-664, 2006.

AMORIM, João Pacheco de; TEIXEIRA, Frédéric. O Princípio da Autonomia Universitária no Sistema de Ensino Superior Português, **Revista da FDUP**, v.10, 2013, pp.33-180.

AMORIM, João Pacheco de. A Autonomia das Universidades Públicas no Direito Português. In: **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim José Gomes Canotilho**. v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. O direito ao mínimo de existência condigna como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional. **Jurisprudência Constitucional**, nº 1, 2004.

_____. O papel do ensino privado na actual Constituição portuguesa. **Temas de Direito da Educação**. HOMEM, António Pedro Barbas (coord.). Coimbra: Almedina, 2006.

_____. Os Direitos dos Consumidores como Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, pp. 43-64, 2002.

_____. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

_____. Algumas Reflexões sobre os Direitos Fundamentais, Três Décadas Depois, **Anuário Português de Direito Constitucional**, V, 2006, pp. 121-141.

ANDREESCU, Liviu. Individual Academic Freedom and Aprofessional Acts, **Educational Theory**, 59 (5), 2009.

AÑÓN, Carlos Lema. Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales, **Derechos y Libertades (Revista del Instituto Bartolomé de las Casas)**, II (22), 2010, pp. 179-203.

ANTUNES, Jadir. A Diferença entre *Gemeinschaft*, *Gesellschaft* e *Verein* [Comunidade, Sociedade e Associação] em Marx. **Eleuthería**. Campo Grande, v. 2, n. 3, dez./2017 – maio/2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regime jurídico das empresas estatais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: **Direito Administrativo e Constitucional**. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/44/edicao-1/regime-juridico-das-empresas-estatais>.

ARASS, Hans D. Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik. **Archiv des öffentlichen Rechts**, 3, 1995.

ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. 2 ed. Niterói: Impetus, 2016.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8ª ed. Malheiros: São Paulo, 2008.



BARBOSA-FOHRMANN, Ana Paula; LANES, Rodrigo de Brito. O Direito À Educação Inclusiva das Crianças Portadoras de Deficiência. **Espaço Jurídico**, v.12, n.1, jan./jun. 2011, pp. 155-174.

BARBOSA, Joaquim. **Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. Homeschooling no Brasil: ampliação do direito à educação ou via de privatização?. **Educação & Sociedade**, 2016, 37, pp. 153-168.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____; BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crises e Desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARNES, Paul. Academic Independence, Freedom and 'Enlightenment': The Case of Accounting Research. **Accounting History**, 24 (4), 2019.

BARR, Nicholas. Financing higher education: tax, graduate tax or loans? In: HILLS John; LE GRAND, Julian e PIACHAUD, David (eds). **Making Social Policy Work: Essays in honour of Howard Glennerster**, Bristol, Policy Press, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá e em todo lugar”: A dignidade humana no direito contemporânea e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais RT**, v. 919, p. 127-196, 2012.

_____. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, v.226, out./dez., pp. 187-212, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

_____. **La Americanización del Derecho Constitucional y sus paradojas: Teoría y jurisprudencia constitucional en el mundo contemporáneo**. Revista de Derecho Constitucional Europeo, 7 (14), 2010.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.240, p.1-42, abr.2005.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARTOLETTI, Susan Campbell. **A juventude hitlerista: a história dos meninos e meninas nazistas e a dos que resistiram**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2006.

BEITER, Klaus D.; KARRAN, Terence; APPIAGYEI-ATUA, Kwadwo. Academic Freedom and Its Protection in the Law of European States: Measuring an International Human Right’. **European Journal of Comparative Law and Governance**, 3, 2016, pp. 254-345.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.



BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt, o Estado Total e o Guardião da Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v.1, pp.195-201, 2003, disponível em <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/30/31>.

BERENSTEIN, Alexandre. **Economic and social rights**: Their inclusion in the European Convention on Human Rights – Problems of formulation and interpretation, *Human Rights Law Journal*, 3-4, 1981.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teoria do Estado: filosofia política e teoria da democracia**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10 reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Liberalismo e Democracia**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BOTELHO, Catarina Santos. **Os Direitos Sociais em Tempos de Crise**: ou Revisitar as Normas Programáticas. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. A dignidade da pessoa humana – Direito subjetivo ou princípio axial? **Revista Jurídica Portucalense**, n. 21, 2017.

_____. A intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias: quid novum?, **O Direito**, nº 143, I, 2011, pp. 33-55.

_____. **A Tutela Constitucional das Gerações Futuras**: Profilaxia ou Saudades do Futuro? *In: Justiça Entre Gerações: Perspectivas interdisciplinares*. SILVA, Jorge Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017.

_____. Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social? (Social Rights in a Context of Austerity: An Eulogy to the Principle of the Prohibition of Social Retrogression?), **Revista da Ordem dos Advogados**, 2015.

BRAND, Laurie A. Committee on Academic Freedom: Current Concerns and Initiatives. **Review of Middle East Studies**, 52(2), 2018, pp. 353-355.

BRITO, Maria Cristina de. A Educação como Direito Fundamental. **Revista da EMERJ**, v. 4, n. 13, p. 212–233, 2001.

BRUGGER, Winfried. May government ever use torture? Two responses from German law. **The American Journal of Comparative Law**, 48 (4), 2000.

BRUNNER, Georg. **Die Problematik der sozialen Grundrechte, Recht und Staat**. Tubinga: Mohr Siebeck, 1971.

BYRNE, J. Peter. Academic Freedom: A Special Concern of the First Amendment. **The Yale Law Journal**, 99(2), 1989, pp. 251-340.

CABRAL, Guilherme Perez; PERUZZO, Pedro Pulzatto; LIMA, Rafaela Almeida. Direito à Educação na Perspectiva dos Direitos Humanos: Uma análise das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In: NOZU, Washington Cesar Shoiti; PREUSSLER, Gustavo de Souza. Educação, Direitos Humanos e Inclusão*. Curitiba: Íthala, 2021.

CALVÃO, Felipa; CAMPOS, Manuel Fontaine; BOTELHO, Catarina Santos. **Introdução ao Direito Público**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2018.



CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno Processo Civil Brasileiro. In: **Direito jurisprudencial**. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2012.

CAMPOS, João Mota de. **Manual de Direito Comunitário**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

CANFORA, Luciano. **Crítica da retórica democrática**. São Paulo: Estação Liberdade, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Bypass social e o núcleo essencial de prestações sociais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. Metodologia Fuzzy y Camaleones Normativos en la Problemática Actual de los Derechos Economicos, Sociales y Culturales. **Derechos y Libertades**, 1998.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. volume I. 4.ed., portuguesa, revista. Coimbra: Coimbra Editora. 1. ed., brasileira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARBONELL, Miguel. Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: Esbozo de Algunos Problemas. **Estudios Constitucionales**, 6 (2), 2008, pp. 43-71.

CASHMORE, Ellis. **Dicionário de Relações Étnicas e Raciais**. São Paulo: Summus, 2000.

CELSO, Manlio Mazzotti di. Diritti sociali. In: **Enciclopedia del diritto**. vol. XII. Milão: Giuffrè, 1988.

CERVERA; Ignacio Campoy. Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos, **Anuario de Filosofía del Derecho**, 21, 2004.

CHAUÍ, Marilena; SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2014.

CHAVES, Vera Lúcia Jacob; AMARAL, Nelson Cardoso. Política de expansão da educação superior no brasil – o prouni e o fies como financiadores do setor privado. **Educação em Revista**, Belo Horizonte, v.32, n.04, outubro-dezembro 2016, pp. 49-72.

_____; REIS, Luiz Fernando; GUIMARÃES André Rodrigues. Dívida pública e financiamento da educação superior no Brasil. **Acta Scientiarum Education**, v. 40, 2018, pp. 1-12.

CLAUDE, R. P. Direito à educação e educação para os direitos humanos. **Revista Internacional de Direitos Humanos - SUR**, v. 2, n. 2, p. 36–63, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder; TORRES, Heleno Taveira; PINTO, Élide Graziane Pinto; SARLET, Ingo Wolfgang. Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação: mínimos inegociáveis. **Revista Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis>.



COPETTI NETO, Alfredo. **A democracia constitucional: sob o olhar do garantismo jurídico**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, v. 16, n. 63, p. 45–66, 2016.

COUTINHO, Luís Pereira; GOUVEIA, Jorge Bacelar (coord.). Educação. In **Enciclopédia da Constituição Portuguesa**. Lisboa: Quid Juris, 2013.

CUENCA, Encarnación Carmona. Las normas constitucionales de contenido social: delimitación y problemática de su eficacia jurídica, **Revista de Estudios Políticos**, 76, 1992, pp. 103-125.

CUNHA, Antonio Domingos. The Global and Transnational Paradigm of 'Education for All' in the Latin American Context: Citizenship and Civil Emancipation from the Perspective of Transindividual Diffused Rights. **Jornal Jurid**, 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DANTAS, Ivo. **Da defesa do Estado e das instituições democráticas**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.

DE GEORGE, Richard T. Ethics, Academic Freedom and Academic Tenure. **Journal of Academic Ethics** 1, 2003, pp. 11–25.

DIAS, Jean Carlos. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Método, 2007.

DIAZ, Santiago Varela. La idea de deber constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**, a. 2, n. 4, 1982, pp. 69-96.

DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2019.

DREYER, Michael. Entstehung der Weimarer Reichs- verfassung. In: MITTELSDORF, Harald (org.). **80 Jahre Weimarer Reichsverfassung (1919-1999)**. Weimar: Thüringer Landtag, 1998.

DUARTE, C. S. Direito público subjetivo e políticas educacionais. **São Paulo em Perspectiva**, v. 18, n. 2, p. 113–118, 2004.

DUARTE, Maria Luisa. **O Tratado da União Europeia e a Garantia da Constituição: Notas de uma reflexão crítica**. In Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, Lisboa: Lex, 1995.

DUARTE, Maria Luísa. **União Europeia e Direitos Fundamentais: No Espaço da Internormatividade**. Lisboa: AAFDL, 2006.

DWORKIN, Ronald. Is Law a system of rules? In: DWORKIN, Ronald (ed.). **The Philosophy of Law**. Oxford: Oxford University Press, 1977.

_____. **O Direito da Liberdade: A leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Rights as trumps. In: KAVANAGH, Aileen; OBERDIEK, John (eds.). **Arguing About Law**. Routledge, 2009.



- _____. **Taking Rights Seriously**. 6. tir. London: Duckworth, 1991.
- _____. **The sovereign virtue: the theory and practice of equality**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2002.
- EFING, Antônio Carlos; FILHO, Lourival Barão Marques. Pesquisa Empírica e Direito do Consumidor: uma aproximação necessária. **Revista de Direito do Consumidor**, Ano 25, Vol.108, nov.-dez./2016.
- _____. **Contratos e Procedimentos Bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo: Consumo e Sustentabilidade**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2019.
- ELLIS, Kathryn. Dependency, Justice and the Ethic of Care. In: HARTLEY, Dean (Ed.). **The Ethics of Welfare**. Bristol: The Policy Press, 2004.
- ERIK, Jayme. **Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne**. Recueil des Cours de Académie de Droit International de la Haye. Kluwer: Doordrecht, vol.2, 1995.
- EUFRÁSIO, José Carlos Tunas; CARNEIRO, Roberto; International Commission On Education For The Twenty-First Century. **Educação: um tesouro a descobrir: Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI**. Asa, 1996.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro**. 7. ed. Porto Alegre: Globo, 1979.
- FARENZENA, Nalú. Políticas de Assistência Financeira da União no Marco das Responsabilidades (Inter) Governamentais em Educação Básica. **ANPED/ GT 5 (Estado e Políticas Educacionais)**, Intercâmbio: “Federalismo e Políticas educacionais na efetivação do direito à educação no Brasil”, Curitiba, 2010, pp.01-02. Disponível em <http://www.gt5.ufpr.br/2010/anais/comunica/mesa1/Nalu%20Farenzena.pdf>
- FAVORITO, Jhenifer da Silva Lemos; QUINAN, Juliana Maria Corallo. Educação e nazismo: representações e práticas na sociedade brasileira, **Interacções**, n. 51, pp. 20-43, 2019.
- FERNANDEZ, Thomaz R. **De La arbitrariedad de La Administración**. Madrid: Civitas, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la Constitución y sus garantías. In: FERRAJOLI, Luigi; MORESO, José Juan; ATIENZA, Manuel (orgs). **La teoría del Derecho en el paradigma constitucional**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.
- _____. Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional. **Isonomia**, n.16, abril 2002.
- _____. **La Democrazia attraverso i diritti**. Roma-Bari: Laterza, 2013.
- _____. **Principia Iuris e Teoria del diritto e dela democrazia. 2. Teoria dela democrazia**. Roma-Bari: Laterza, 2007.
- _____. **Teoria del diritto e dela democrazia.1. Teoria del diritto**. Roma-Bari: Laterza, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.



- FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FISCHMANN, Roseli. **Escola Brasileira Temas e Estudos**. São Paulo: Atlas, 1987.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.
- FUCHS, Ralph. Academic Freedom: Its Basic Philosophy, Function, and History. **Law and Contemporary Problems**, 28(3), 1963, pp. 431-446.
- GARDBAUM, Stephen. The Structure and scope of constitutional rights. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (eds.). **Comparative Constitutional Law: Research Handbooks in Comparative Law**. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing Limited, 2011.
- GERARDS, Janneke. Fundamental Rights and Other Interests – Should it Really Make a Difference? In: BREMS, Eva. (ed.). **Conflicts Between Fundamental Rights**. Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia, 2008, pp. 655-690.
- GIMÉNEZ, Teresa Vicente. **La exigibilidad de los derechos sociales**. Valença: Tirant to Blanch, 2006.
- GLAZEBROOK, Susan. Keeping it Clean and Green: The Case for Constitutional Environmental Protection Rights. In: MORRIS, Caroline; BOSTON, Jonathan e BUTLER, Petra (eds.). **Reconstituting the Constitution**. Heidelberg: Springer, 2011.
- GLOPPEN, Siri; GARGARELLA, Roberto; SKAAR, Elin. **Democratization and the Judiciary: The Accountability Function of Courts in New Democracies**. Frank Cass: London and Portland, 2004.
- GOMES, Carla Amado. Direitos e Deveres dos Alunos nas Escolas Públicas de Ensino Não Superior: Existe um direito à qualidade de ensino? In: **Temas de Direito à Educação**. Coimbra: Almedina, 2006.
- GONÇALVES, Pedro. **Entidades Privadas com Poderes Públicos: O Exercício de Poderes Públicos de Autoridades por Entidades Privadas com Funções Administrativas**. Coimbra: Almedina, 2005.
- GORDILLO, Agustin. **Princípios Gerais de Direito Público**. São Paulo: RT, 1977.
- GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de; SACCHETTO, Cláudio (coords.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.
- GREENAWALT, Kent. **Discrimination and Reverse Discrimination**. New York: Knopf, 1983.
- GRINOVER...[et al]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- HÄBERLE, Peter. **Um diálogo entre Poesia e Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- HACHEM, Daniel Wunder. **A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, julho/dezembro de 2013.



_____. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v.11, n. 3, setembro-dezembro 2019, pp. 404-436.

HANNOUN, Hubert. **O nazismo: Educação? Domesticação, Fundamentos Ideológicos da formação nazi**. Lisboa: Instituto Piaget Hannoun, 1997.

HÄUBLING, Eva M. K. **Soziale Grundrechte in der portugiesischen Verfassung von 1976 – Verfassung und soziale Wirklichkeit, Beiträge zum ausländischen und vergleichenden öffentlichen Recht**, vol. 10. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1997.

HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. When Ambivalent Principles Prevail: Leads for Explaining Western Legal Orders' Infatuation with the Human Dignity Principle (December 2007). **EUI Working Paper LAW**, nº. 2007/37. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1093274> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1093274LAW-2007-37.pdf>

HERRERA, Carlos Miguel. Sur le statut des droits sociaux – La constitutionnalisation du social, **Revue Universelle des Droits de L’Homme**, 2004, pp. 32-39.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HOFFE, Otfried (org). **Lexikon der Ethik**. Munique: Beck, 1986.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 1999.

HOMEM, Antônio Pedro Barbas. Educação e Poder Paternal. In: **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha**. Vol. III. Miranda, Jorge, et all (org.). Coimbra: Almedina, 2010.

_____. Fontes do Direito à Educação na União Europeia. In: HOMEM, Antônio Pedro Barbas (ed.). **Temas de Direito à Educação**. Coimbra: Almedina, 2006.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. **O imposto complementar e o Estado de Direito**, RDES, III, 1977.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Valores de La Democracia Constitucional, DOXA, **Cuadernos de Filosofía del Derecho**, 31, 2008.

IGNATIEFF, Michael. Introduction: American Exceptionalism and Human Rights. In: IGNATIEFF, Michael (ed.). **American Exceptionalism and Human Rights**. Nova Jersey: Princeton University Press, 2005.

IMBACH, Ruedi. Human Dignity in Middle Ages (twelfth to fourteenth century). In: DÜWELL, Marcus; BRAARVIG, Jens; BROWNSWORD, Roger; MIETH; Dietmar. **The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

ISENBERG, Eric J. What have we learned about homeschooling?. **Peabody Journal of Education**, 2007, 82, 2-3, pp. 387-409.

JALISATGI, Anita M. Right to Education in India – Issues and Concerns. In: SANTANO, Ana Claudia; GABARDO, Emerson; NAGARATHNA, Annappa (orgs.). **Direitos Fundamentais, Tecnologia e Educação**. Curitiba. Íthala, 2019.



KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

_____. What is Enlightenment? **The Cambridge History of French Literature**, p. 350–358, 2011.

KATROUGALOS, George S. Human Rights in the Welfare State, **Jahrbuch des Öffentlichen Rechts**, 44, 1996, pp. 137-154.

KING, Jeff. **Judging Social Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. Os Desafios do Poder Judiciário nas Democracias Contemporâneas. In: **Direito e seus Desafios Socioambientais e Tecnológicos nas Democracias Contemporâneas**. BOTELHO, Catarina Santos; EFING, Antônio Carlos; LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos (coord.). Porto: Universidade Católica Editora, 2021.

_____. **Curso Prático de Direito e Processo Previdenciário**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

_____. **Direito à Educação: Judicialização, Políticas Públicas e Efetividade do Direito Fundamental**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2016.

_____. Estados liberal, social e democrático de direito: noções, afinidades e fundamentos. **Direito Federal: Revista da Ajufe**, Brasília, ano 27, n. 94, 2014.

_____. Os Desafios do Poder Judiciário nas Democracias Contemporâneas. **Direito e seus Desafios Socioambientais e Tecnológicos nas Democracias Contemporâneas**. EFING, Antônio Carlos; BOTELHO, Catarina Santos; LA BRADBURY, Leonardo Cacau Santos (coord.). Curitiba: Ithala, 2021.

LANGE, Friederike Valerie. **Grundrechtsbindung des Gesetzgebers – Eine rechtsvergleichende Studie zu Deutschland, Frankreich und den USA**, Grundlagen der Rechtswis-Senschaft. vol. 16, Tubinga: Mohr Siebeck, 2010.

LEE, Daniel. **Popular Sovereignty in Early Modern Constitutional Thought**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

LEITÃO, Alexandra. Direito fundamental à educação, mercado educacional e contratação pública. **Revista Eletrônica de Direito Público**, v.1, n.2. junho/2014.

LELLIS, Lélío Maximino. O direito fundamental à educação configurado pelos princípios do ensino. **Caderno de Direito**, v.13 (25), pp.103-131, 2013.

LEVITSKY, Jacob. SME Guarantee Schemes: A Summary, **The Financier**, Vol. 4, n. 1 & 2, 1997.

LIMA, Carolina Alves de Souza Lima. **Cidadania, Direitos Humanos e Educação: avanços, retrocessos e perspectivas para o século 21**. São Paulo: Almedina, 2019.

LIMA, Maria Cristina de Brito. **A Educação como Direito Fundamental**. Revista da EMERJ, v.4, n.13, 2001.

LÓPEZ, Víctor González. **La educación en casa como mercado educativo**: Estudio comparado de los modelos de intervención en la Unión Europea. 2018, 531 f. Tese doutoral (Departamento de Teoria e História da Educação). Universidade de Salamanca, 2018. Disponível em <https://gredos.usal.es/handle/10366/139516?show=full>. Acesso em 10 abril 2019.



LOUREIRO, João Carlos. Adeus ao Estado Social? O insustentável peso do não-ter”. In: LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social? – A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MAC CRORIE, Benedita. **Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares**. Coimbra: Almedina, 2013.

MACKLIN, Ruth. Dignity is a useless concept. **British Medical Journal**, n.327, 2003.

MAGALHÃES, Calvet de. Direito à Educação. **Revista Lusófona de Educação**, v.8, pp.167-187, 2006.

MAGALHÃES, José. **Dicionário da Revisão Constitucional**. Lisboa: Europa-América, 1989.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. **Contrato na sociedade de consumo: vontade e confiança**, de André Perin Schmidt Neto. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 102. ano 24. p. 509-515. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez, 2015.

_____. Superação das antinomias pelo Diálogo das Fontes: O modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe (ESMESE)**, nº 7, 2004.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Reflections on economic, social and cultural rights. **Human Rights Law Journal**, 2, 1981, pp. 281-294.

MARTINS, Carlos Eduardo Behrmann Rátis. O Direito Fundamental de Acesso ao Ensino Superior: A Estatização de Vagas nas Universidades Particulares. In: **Temas de Direito da Educação**. HOMEM, António Pedro Barbas (coord.). Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Flávio. **Direitos Sociais em Tempos de Crise Econômica**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARTINS, Maria d'Oliveira. **A despesa pública justa: Uma análise jurídico-constitucional do tema da Justiça na despesa pública**. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. **Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais**. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. Ensaio sobre a Solidariedade Intergeracional e a sua incidência na Despesa Pública. In: **Justiça Entre Gerações: Perspectivas interdisciplinares**. SILVA, Jorge Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017.

MARTINS, Patrícia Fragoso. **O Princípio do Primado do Direito Comunitário sobre as Normas Constitucionais dos Estados Membros: Dos Tratados ao projecto de Constituição europeia**. Estoril: Principia, 2006.



MARTINS, Rosa Cândido. Poder Paternal vs Autonomia da Criança e do Adolescente. **Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família**. Ano I, v.1, 2004.

MARZO, Claire. Controverses doctrinales quant à la protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme, **Cahiers de Droit Europeen**, 1-2, 2010, pp. 95-119.

MATOS, André Salgado de. O Direito ao Ensino: Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais. In: MIRANDA, J. et al. (eds.). **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha**. Vol. III. Coimbra: Almedina, 2010.

MCCRUDDEN, Christopher. Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights **European Journal of International Law**, Forthcoming, Oxford Legal Studies Research Paper No. 24, 2008.

_____. On Portraying Human Dignity. In: GRIMM, Dieter; KEMMERER, Alexandra; MÖLLERS, Christoph (eds.). **Human Dignity in Context: Explorations of a contested concept**. Vol. 5. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2018.

MEDEIROS, Rui. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o Estado Português. In: **Nos 25 anos da Constituição portuguesa de 1976**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2001.

_____. Artigo 36.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

_____; SILVA, Jorge Pereira da. Artigo 24.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de Direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015. **Revista dos Tribunais-RT**, v. 974, 2016, pp. 129-154.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed.13.tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

MELO, Rúrion. **Marx e Habermas: Teoria crítica e os sentidos da emancipação**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. **A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil: Devido Processo Orçamentário e Democracia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MENKE, Christoph. Dignity as the right to have rights: human dignity in Hannah Arendt. In: DÜWELL, Marcus; BRAARVIG, Jens; BROWNSWORD, Roger; MIETH; Dietmar. **The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.



MEYER-BISCH, Patrice. **D'une succession de générations à un système des droits humains**. Les droits de l'homme à l'aube du XXI siècle – Karel Vasak Liber Amicorum. Bruxelles: Bruylant, 1999.

MICHAUD, Eric. Soldados de uma ideia. Os jovens do terceiro Reich. *In*: LEVI, Giovanni; SCHMITT, Jean-Claude (Org.). **História dos Jovens 2 - A época contemporânea**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

MIRANDA, Jorge. Artigo 43.º. *In*: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

_____. Artigo 73.º. *In*: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

_____. Artigo 75.º. *In*: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

_____. Artigo 76.º. *In*: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

_____. Artigo 77.º. *In*: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

_____. **Contributo Para uma Teoria da Inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1968, reimp., 1996.

_____. Direitos Sociais e Propinas no Ensino Superior. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. v. 72, abr./jun. 2019

_____. Introdução ao Direito à Educação: Direito Português e Direito Brasileiro. *e-Pública*. Vol. I. No. 2, pp.01-29, junho 2014.

_____. **Manual de Direito Constitucional. Vol. IV**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. O Princípio da Eficácia Jurídica dos Direitos Fundamentais. *In*: **Estudos em Homeagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha**. Vol. III, Coimbra: Almedina, 2010.

_____. Sobre Deveres Fundamentais. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima; CARMO, Valter Moura; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses. **Progresso e Regresso Político: A Democracia em Risco**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____. **Teoria do Estado e da Constituição**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada. Tomo I**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____; SILVA, Jorge Pereira da. Artigo 74.º. *In*: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

_____; CORTÊS, António. Anotação ao artigo 1º. *In*: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**, Tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

_____; MEDEIROS, Rui. Artigo 17.º. *In*: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.



_____; SILVA, Jorge Pereira da. Artigo 18.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

_____; SILVA, Jorge Pereira da. Artigo 43.º. In: MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada**. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Paula Roberta; AZEVEDO, Mário Luiz Neves de. FIES e PROUNI na expansão da educação superior brasileira: políticas de democratização do acesso e/ou de promoção do setor privado-mercantil? **Educação e Formação**, Fortaleza, v.5, n.3, set./dez. 2020, pp.1-18.

MÖLLER, Kai. **Balancing and the structure of constitutional rights**. International Journal of Constitutional Law, 5 (3), 2007.

_____. On Treating Persons as Ends: The German Aviation Security Act, Human Dignity, and the Federal Constitutional Court. **Public Law**, Autumn, 2006.

MONTOLÍO, Emilio Pajares. El Derecho a La Educación em El Ordenamiento Espanhol. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel (coord.). **A Eficácia dos Direitos Sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de Direito Constitucional**: Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social, Tomo II. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

_____. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: ativismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? In: **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**. vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 579-613.

MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais: Especialmente com base na teoria estruturante do Direito, **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, 7, 2003, pp. 315-327

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. **Por uma liberdade com responsabilidade**: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NERY JUNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v.3, set./dez. 1992.

NETO, Luísa. Constituição e Educação. **Revista da FDUP**, v. 4., pp.279-285, 2007.

_____. Educação para a Democracia. **Interacções**, n.36, pp.01-02, 2015.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, ano 36, v. 141, jan./mar. 1999.

NETTO, Felipe Braga. **Manual de Direito do Consumidor: À luz da jurisprudência do STJ**. 14. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.



NEUMANN Franz. **Il diritto del lavoro fra democrazia e ditadura**. Bolonha: Il Mulino, 1983, p. 121,

NIETO, Alejandro. Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional, **Revista de Administración Pública**, 1983, pp. 371-415.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: Dignidade e Inconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**. Lisboa: Editora AAFDL, 2017.

_____. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

_____. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. **Uma Constituição, Dois Sistemas? Direitos de Liberdade e Direitos Sociais na Constituição Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2020.

NUNES, Antônio José Avelãs. A filosofia social de Adam Smith. **Prim@ facie: Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas**, v. 4, n. 6, pp. 5-41, 2005.

OBBER, Josiah. Meritocratic and Civic Dignity in Greco-Roman Antiquity. In: DÜWELL, Marcus; BRAARVIG, Jens; BROWNSWORD, Roger; MIETH, Dietmar. **The Cambridge Handbook of Human Dignity: Interdisciplinary Perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. O Direito a Educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça. **Revista Brasileira de Educação**, Mai/Jun/Jul/Ago 1999, n.11. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30315-31270-1-PB.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2013.

ORWELL, George. **A Revolução dos Bichos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

OTERO, Paulo. **Direitos económicos e sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional**. In AAVV, Tribunal Constitucional – 35º Aniversário da Constituição de 1976, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

PACE, Alessandro. **Problematica delle libertà costituzionali: lezioni**. Pádua: Cedam, 1985.

PAIS, Sofia Oliveira. **Estudos de Direito da União Europeia**. 4. ed. Almedina: Coimbra, 2017.

PALOP, María Eugenia Rodríguez. **La nueva generación de derechos – Origen y justificación**. 2. ed., Madrid: Dykinson, 2010.

PASSINHAS, Sandra. A Directiva 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores: algumas considerações. **Estudos de Direito do Consumidor**, 9, 2015, pp. 9-37.

_____. A propósito das práticas comerciais desleais: contributo para uma tutela positiva do consumidor. **Estudos de Direito do Consumidor**. Coimbra, n. 13, 2017, pp. 107-211.



_____. Contratação à Distância: Entre as alterações nacionais recentes e o new deal for consumers. **Contratação Mercantil: alguns conteúdos**, 2018, pp. 167-189.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. Las generaciones de derechos humanos. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v.2, n.1, pp.163-196, jan.jun/2013.

_____. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Tecnos Editorial, 2013.

PÉREZ, José Luís Rey. La naturaleza de los derechos sociales, **Derechos y Libertades (Revista del Instituto Bartolomé de las Casas)**, 11 (16), 2007, pp. 137-156.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PINTO, Élide Graziane. **Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação: uma perspectiva constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PISARELLO, Gerardo. Solidaridad e insolidaridad en el constitucionalismo contemporáneo: elementos para una aproximación. **Revista de Estudios Sociales**, n. 46, p. 86-97, 2013.

_____. **Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción**. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible. Barcelona: Icaria, 2003.

PITCKIN, Hanna. Representação: palavras, instituições e ideias. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n.67, 2006. pp.15-47.

PIZZORUSSO, Alessandro. Las generaciones de derechos. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n.º 5, 2001.

PLANT, Raymond. Social Rights and the Reconstruction of Welfare. In: ANDREWS, Geoff (ed.). **Citizenship**. Londres: Lawrence & Wishart, 1991.

PORTO, Walter Costa. **Constituições Brasileiras**. Vol. IV. 1937. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

POSNER, R. Not a Suicide Pact. **The Constitution in a Time of National Emergency**, Oxford University Press, 2006.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

QUADROS, Fausto. **Direito da União Europeia**. Universidade de Lisboa: Lisboa, 2016.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010

RABOSSI, Eduardo. Las generaciones de derechos humanos – la teoría y le cliché, **Lecciones y ensayo**, 69-71, 1997-1998.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



- RANGEL, Paulo Castro, **O Estado do Estado: Ensaio de Política Constitucional sobre Justiça e Democracia**. Alfragide: Dom Quixote, 2009.
- RAO, Neomi. On the use and abuse of dignity in constitutional law. **Columbia Journal Of European Law**. N.14, 2007-2008.
- RAWLS, John. **Political Liberalism**. Nova Iorque: Columbia University Press, 1993.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RIBEIRO, Álvaro Manuel Chaves; PALHARES, José. O homeschooling e a crítica à escola: hibridismos e (des)continuidades educativas. **Pro-posições**, 2017, 28, pp. 57-84.
- ROCA, Guillermo Escobar. Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución. In: Becerra; Manuel Terol; QUESADA, Luis Jimena (dir.). **Tratado Sobre Protección de Derechos Sociales**. Valença: Tirant to Blanch, 2014.
- RODRIGUES, David; NOGUEIRA, Jorge. Educação Especial e Inclusiva em Portugal: Fatos e Opções. **Revista Brasileira de Educação Especial**, v.17. n.1, p.3-20, Jan.-Abr., 2011.
- RODRIGUES, Ricardo Schneider. **Os Tribunais de Constas e o Mínimo Existencial em Educação: Fundamentos para uma atuação forte**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.
- RODRIGUES, Vasco; ALVES, Paulo, GUEDES DE OLIVEIRA, Francisca. **Garantia Mútua em Portugal: Relatório Final**. Lisboa: CEGEA da Universidade Católica Portuguesa, 2011.
- ROLLA, Giancarlo. El principio de la dignidad humana: del artículo 10 de la Constitución española al nuevo constitucionalismo. Persona y derecho: **Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos**, v. 49, pp. 227-262, 2003.
- _____. El valor normativo del principio de la dignidad humana: consideraciones en torno a las Constituciones iberoamericanas. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 6, pp. 463-490, 2002.
- ROSENFELD, Michel. Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts. In: NOLTE, George (ed.). **European and US Constitutionalism**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005.
- ROSLER, Hannes. **Europaisches Konsumentenvertragsrecht**. Munique: Beck, 2004.
- ROSSETTI, Andrés. ¿Los Derechos Sociales como derechos «de segunda»? Sobre las generaciones de derechos y las diferencias con los derechos «de primera». In: ESPINOZA DE LOS MONTEROS; Javier; ORDÓÑEZ, Jorge (coords). **Los Derechos Sociales en el Estado Constitucional**. Valença:Tirant to blanch, 2013.
- SAETTONE, Mariella. El estado de derecho y los derechos económicos sociales y culturales de la persona humana, **Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, 40, 2004, pp. 133-154.
- SÁNCHEZ, Isabel M. Gímenez. Límites económicos de los derechos sociales. In: CASTRO, José Luis Cascajo; BECERRA, Manuel Terol; VILA, António Domínguez e MARCHANTE, Vicente Navarro (coords.). **Derechos Sociales y Principios Rectores: Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España**. Valença: Tirant to Blanch, 2012.
- SANDEL, Michael J. **A Tirania do Mérito: O que aconteceu com o bem comum?** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.



SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

_____. **Pela Mão de Alice: o social e o político na Pós-Modernidade**. 9.ed. Revista e Aumentada. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. **Portugal – Ensaio contra a autoflagelação**. 2. ed. Almedina, Coimbra, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. 5. ed.rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, in: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. **Cadernos de direito**, 2003, v.3, n.5, pp. 78-97.

_____; KRONBAUER, Eduardo Luís. Mínimo Existencial, Assistência Social e Estado de Direito: análise de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. **Revista do Direito**, 2021, v.63, pp. 02-25.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

_____; ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 3, n. 2, pp. 115-141, maio/ago. 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil**. 1 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2020

SCALIA, Anthony. **A matter of interpretation: Federal Courts and the law**. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1997.

SCHAEDE, Stephan. For the Sake of Human Dignity, Ban Reified Concepts of ‘Man Made in the Image of God’: Some Theological Perspectives. In: GRIMM, Dieter; KEMMERER, Alexandra; MÖLLERS, Christoph (eds.). **Human Dignity in Context: Explorations of a contested concept**. Vol. 5. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2018.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.



SCHAMBECK, HerBert. **Grundrechte und Sozialordnung** – Gedanken zur Europäischen Sozialcharta, Schriffter zum Öffentlichen Recht, vol. 88. Berlin: Duncker & Humblot, 1969.

SCHMIDT NETO, André Perin. **Contratos na Sociedade de Consumo: Vontade e Confiança**. 2. ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

SCHOLZ, Rupert. **Konstitutionalisierte Politik oder politisierte Konstitution?** Realitätsprägung durch Verfassungsrecht – Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstages von Peter Lerche, Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte. Berlin: Duncker & Humblot, 2008.

SCHWARZ, Rodrigo García. **Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías**, Navarra :Thomson Reuters, 2011.

SCHWARTZMAN, S. **O Ensino Superior no Brasil: A Busca de Alternativas**. Educação Brasileira, v. 18, n. 37, p. 11–45, 1996.

SCOTT, Craig. The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants of Human Rights, **Osgoode Hall Law Journal**, 27, 1989, pp. 769-878.

SEM, Amartya. **A ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SERNA, Pedro. La dignidad humana en la Constitución Europea. **Persona y Derecho**, nº 52, 2005.

SILVA, Jorge Pereira da. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados: um problema de geometria variável, **Fundamentos Cuadernos monográficos de Teoría del Estado e Derecho Público**, Oviedo, 2017.

_____. **Crônicas Constitucionais: Reter o tempo em palavras**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2021.

_____. **Dever de Legislar e Protecção Jurisdicional contra Omissões Legislativas**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

_____. **Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

_____. **Justiça Intergeracional: Entre a Política e o Direito Constitucional**. in *Justiça Entre Gerações: Perspectivas interdisciplinares*. SILVA, Jorge Pereira; RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017.

_____. Breve ensaio sobre a protecção constitucional dos direitos das gerações futuras. In: ATHAYDE, Augusto; CAUPERS, João.; GARCIA, Maria Glória F.P.D. (Org.). **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral**. Coimbra: Almedina, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 42ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

SILVA, Vasco Pereira da. **A Cultura a Que Tenho Direito. Direitos Fundamentais e Cultura**. Coimbra: Almedina, 2007.



SILVA, Virgílio Afonso da. O Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, vol. 4, pp.23-51, 2006.

_____. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVEIRA, Alessandra. Do Âmbito de Aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: Recai ou não recai? Eis a Questão! **Julgard**, n. 22, Coimbra Editora, 2014.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Vol.1. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1981.

SMITH, Stanley Alexander. **The New Commonwealth and its Constitutions**, London: Stevens, 1964.

SOUSA, Eliane Ferreira de. **Direito à Educação: Requisito para o Desenvolvimento do País**. São Paulo, Saraiva, 2010

SOUSA, Filipe Venade de. Os direitos sociais das pessoas com deficiência e a centralidade da convenção das nações unidas sobre os direitos das pessoas com deficiência. **Revista Inclusões**, v.8, n. 2, 2021, pp. 458-486.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO e José Melo. **Constituição da República Portuguesa Comentada**. Lisboa: Livraria Petrony, 2000.

SOUZA, Victor. **Proteção e promoção da confiança no Direito Previdenciário**. Curitiba: Alteridade Editora, 2018.

STANGOS, Petros. Les rapports entre la Charte Sociale Européenne et le Droit de l'Union Européenne – Le rôle singulier du Comité Européen des Droits Sociaux et de sa jurisprudence, **Cahiers de Droit Européen**, 49, 2013, pp. 319-393.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

STROUD, Sarah. The aim of affirmative action. **Social Theory and Practice**, 1999, 25.3, pp. 385-408.

SUNSTEIN Cass R. Why does the American Constitution lack social and economic guarantees? **Syracuse Law Review**, 56, 2006.

_____. **Designing Democracy: What Constitutions Do**, Oxford: Oxford University Press, 2001.

TAVARES, Paulino Varela; FONSECA, Pedro Cezar Dutra. *In* Estamento Burocrático e Intencionalidade: Raymundo Faoro, Florestan Fernandes. **Revista de Economia Política e História Econômica**, v.16, pp.56-74, 2009.

TAWIL, Sobhi. **Education for 'global citizenship': a framework for discussion**. Paris, UNESCO, 2013. UNESCO Education Research and Foresight (ERF), Working Papers Series 7. Disponível em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000223784>. Acesso em 15 fev. 2020.

TEIFKE, Nils. Human Dignity as a Principle and as a Constitutional Right. In: GRIMM, Dieter; KEMMERER, Alexandra; MÖLLERS, Christoph (eds.) **Human Dignity in Context: Explorations of a contested concept**. Vol. 5. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2018.



TEIXEIRA, Nuno Pedro. Financiamento do ensino superior: expansão, diversificação e crise. In: RODRIGUES, Maria de Lurdes; HEITOR, Manuel (orgs). **40 anos de Políticas de Ciência e de Ensino Superior**. Coimbra: Almedina, 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (Eds.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível.”** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

TRILSCH, Mirja A. **Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht**. Heidelberg: Springer, 2012.

TRINDADE, Antônio A. Cançado. **El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI**. Santiago: Editorial Jurídica do Chile, 2001.

_____. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, v.1, 1997.

VAZ, Manuel Afonso et. al., **Direito Constitucional: O Sistema Constitucional Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

_____. **Direito Económico: A ordem económica portuguesa**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Lei e Reserva da Lei: A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra Editora, Coimbra. 2º ed. 2013.

_____. **Teoria da Constituição: O que é a Constituição, hoje?** Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

VAZ, Paulo Afonso Brum. Paradoxos, Utopias e o Futuro do Estado do Bem-Estar Social no Brasil. **Direito e seus Desafios Socioambientais e Tecnológicos nas Democracias Contemporâneas**. BOTELHO, Catarina Santos; EFING, Antônio Carlos; LA BRADBURY, Leonardo Cacao Santos (coord.). Porto: Universidade Católica Editora, 2021, pp.93-94. E-Book disponível em: http://www.uceditora.ucp.pt/site/custom/template/ucptpl_uce.asp?SSPA-GEID=2743&lang=1&artigoID=45895

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; AITH, Fernando Mussa Abujamra; REIS, Rossana Rocha; RIBEIRO, Tatiane Bomfim; ASANO Camila Lissa (eds.). In: **Direitos na Pandemia**, Boletim n. 10, Conectas Direitos Humanos e CEPEDISA, São Paulo, jan/2021.

WEBER, Albrecht. L'État social et les droits sociaux en RFA, **Revue Française de Droit Constitutionnel**, 24, 1995.

WORLD BANK GROUP. **A fair adjustment: efficiency and equity of public spending in Brazil**: Volume I: síntese (Portuguese). Washington, D., pp.13-14. Disponível em <http://documents.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/Volume-I-síntese>.

YOUNGS, Raymond. Germany: **Shooting down aircraft and analyzing computer data**. International Journal of Constitutional Law, 6 (2), 2008.

ZIEMER, Gregor. **Educando para a Morte** (Aspectos da Educação Nazista). Rio de Janeiro: Editorial Calvino Limitada, 1943.



LEIS, ATOS NORMATIVOS E DECISÕES JUDICIAIS CONSULTADAS

BRASIL. Banco Central. Resolução nº 2.647, de 22 de setembro de 1999. **Diário Oficial**, Brasília, 1999. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1999/pdf/res_2647_v1_O.pdf. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Banco Central. Resolução nº 3.415, de 13 de outubro de 2006. **Diário Oficial**, Brasília, 2006. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48190/Res_3415_v1_O.pdf. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Banco Central. Resolução nº 3.842, de 10 de março de 2010. **Diário Oficial**, Brasília, 2010. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=4037-resolucao-3842-10-03-2010&Itemid=30192. Acesso em: 11 jan. 2017.

BRASIL. Banco Central. Resolução nº 4.432, de 23 de julho de 2015. **Diário Oficial**, Brasília, 2015. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2015/pdf/res_4432_v1_O.pdf. Acesso em: 11 jan. 2017.

BRASIL. Banco Central. Resolução nº 4.628, de 25 de janeiro de 2018. **Diário Oficial**, Brasília, 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/2190885/do1-2018-01-29-resolucao-n-4-628-de-25-de-janeiro-de-2018-2190881. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Banco Central. Resolução nº 4.642, de 25 de janeiro de 2018. **Diário Oficial**, Brasília, 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/2190885/do1-2018-01-29-resolucao-n-4-628-de-25-de-janeiro-de-2018-2190881. Acesso em: 30 jan. 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969. **Diário Oficial**, Brasília, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 108, de 26 de agosto de 2020. **Diário Oficial**, Brasília, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc108.htm. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 14, de 12 de dezembro de 1996. **Diário Oficial**, Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc14.htm. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro de 2004. **Diário Oficial**, Brasília, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 53, de 19 de dezembro de 2006. **Diário Oficial**, Brasília, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc53.htm. Acesso em: 10 jan. 2017.



BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 59, de 11 de novembro de 2009. **Diário Oficial**, Brasília, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc59.htm. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial**, Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Decreto Legislativo n.º 226, de 12 de dezembro de 1991. *Diário Oficial*, Brasília, 1991. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1991/decretolegislativo-226-12-dezembro-1991-358251-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Decreto Legislativo n.º 40, de 15 de novembro de 1967. *Diário Oficial da União*, Seção 1, 17/11/1967, p. 11591. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1960-1969/decretolegislativo-40-15-novembro-1967-346831-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Decreto n.º 10.502, de 30 de setembro de 2020. **Diário Oficial**, Brasília, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10502.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Decreto n.º 591, de 06 de julho de 1992. *Diário Oficial*, Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Decreto n.º 63.223, de 06 de setembro de 1968. *Diário Oficial da União*, 10/09/1968, p.8026, col.1. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/485850/publicacao/15642818>. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 872, de 15 de setembro de 1969. **Diário Oficial**, Brasília, 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0872.htm. Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015. **Diário Oficial**, Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Lei n.º 10.260, de 12 de julho de 2001. **Diário Oficial**, Brasília, 2001. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10260compilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial**, Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Lei n.º 11.552, de 19 de novembro de 2007. **Diário Oficial**, Brasília, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111552.htm. Acesso em: 25 mar. 2017.

BRASIL. Lei n.º 11.738, de 16 de julho de 2008. **Diário Oficial**, Brasília, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111738.htm. Acesso em: 20 mar. 2017.

BRASIL. Lei n.º 13.005, de 25 de junho de 2014. **Diário Oficial**, Brasília, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113005.htm. Acesso em: 10 jan. 2017.



BRASIL. Lei n.º 13.530, de 7 de dezembro de 2017. **Diário Oficial**, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113530.htm. Acesso em: 30 dez. 2017.

BRASIL. Lei n.º 13.756, de 12 de dezembro de 2018. **Diário Oficial**, Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13756.htm. Acesso em: 28 mar. 2018.

BRASIL. Lei n.º 4.024, de 20 de dezembro de 1961. **Diário Oficial**, Brasília, 1961. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14024.htm. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Lei n.º 5.537, de 21 de novembro de 1968. **Diário Oficial**, Brasília, 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15537.htm. Acesso em: 26 mar. 2017.

BRASIL. Lei n.º 8.436, de 25 de junho de 1992. **Diário Oficial**, Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8436.htm. Acesso em: 27 jan. 2017.

BRASIL. Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Diário Oficial**, Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. Lei n.º 10.861, de 14 de abril de 2004. **Diário Oficial**, Brasília, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.861.htm. Acesso em: 07 fev. 2017.

BRASIL. Lei n.º 11.096, de 13 de janeiro de 2005. **Diário Oficial**, Brasília, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111096.htm. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Lei n.º 12.202, de 14 de janeiro de 2010. **Diário Oficial**, Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112202.htm. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016. **Diário Oficial**, Brasília, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Lei n.º 13.460, de 26 de junho de 2017. **Diário Oficial**, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113460.htm. Acesso em: 15 jul. 2017.

BRASIL. Lei n.º 14.113, de 25 de dezembro de 2020. **Diário Oficial**, Brasília, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14113.htm. Acesso em: 30 dez. 2020.

BRASIL. Medida Provisória n.º 1.827, de 24 de junho de 1999. **Diário Oficial**, Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas/1827-1.htm. Acesso em: 25 jan. 2017.

BRASIL. Medida Provisória n.º 785, de 6 de julho de 2017. **Diário Oficial**, Brasília, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv785.htm. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. Medida Provisória n.º 841, de 11 de junho de 2018. **Diário Oficial**, Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Mpv/mpv841.htm. Acesso em: 27 jun. 2018.



BRASIL. Ministério da Educação e Ministério da Economia. Portaria Interministerial nº 1, de 31 de março de 2021. **Diário Oficial**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-mec/me-n-1-de-31-de-marco-de-2021-311668400>. Acesso em: 07 abril. 2021.

BRASIL. Ministério da Educação e Ministério da Economia. Portaria Interministerial n.º 3, de 25 de novembro de 2020. **Diário Oficial**, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-3-de-25-de-novembro-de-2020-290556249>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação e Ministério da Economia. Portaria Interministerial n.º 04, de 27 de dezembro de 2019. **Diário Oficial**, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-4-de-27-de-dezembro-de-2019-235856724>. Acesso em: 30 dez. 2019.

BRASIL. Ministério da Educação. Portaria n.º 1.009, de 27 de novembro de 2020. **Diário Oficial**, Brasília, 2020. Disponível em: http://portalfies.mec.gov.br/arquivos/portaria_1009_27122020.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Portaria n.º 209, de 07 de março de 2018. **Diário Oficial**, Brasília, 2018. Disponível em: http://portalfies.mec.gov.br/arquivos/portaria_209_07032018_1.pdf. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação. Portaria n.º 38, de 22 de janeiro de 2021. **Diário Oficial**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-38-de-22-de-janeiro-de-2021-300391529>. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa n.º 10, de 30 de abril de 2010. **Diário Oficial**, Brasília, 2010. Disponível em: http://sisfiesportal.mec.gov.br/arquivos/portaria_normativa_n10_30042010.pdf. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa n.º 10, de 31 de julho de 2015. **Associação Brasileira de Mantenedoras do Ensino Superior**, Brasília, 2015. Disponível em: <https://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Port-Normativa-010-2015-07-31.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa n.º 16, de 8 de julho de 2016. **Associação Brasileira de Mantenedoras do Ensino Superior**, Brasília, 2016. Disponível em: <https://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Port-Normativa-016-2016-07-08.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa n.º 8, de 2 de julho de 2015. **Diário Oficial**, Brasília, 2015. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=17718-port-norm-8-fies-3julho&category_slug=julho-2015-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. Ministério da Educação. Portaria Normativa n.º 9, de 17 de julho de 2015. **Diário Oficial**, Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/index.php/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/item/6806-portaria-normativa-n-9,-de-17-de-junho-de-2015>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. Ministério da Educação. Resolução n.º 33, de 18 de dezembro de 2019. **Diário Oficial**, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-33-de-18-de-dezembro-de-2019-235626713>. Acesso em: 20 dez. 2019.



BRASIL. Ministério da Educação. Resolução nº 34, de 18 de dezembro de 2019. **Diário Oficial**, Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-34-de-18-de-dezembro-de-2019-235626860>. Acesso em: 17 fev. 2021.

BRASIL. Ministério da Educação. Resolução nº 41, de 5 de outubro de 2020. **Diário Oficial**, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.fnde.gov.br/index.php/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/item/13838-resolucao-n-41,-de-5-de-outubro-de-2020>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Resolução nº 44, de 31 de dezembro de 2020. **Diário Oficial**, Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-44-de-31-de-dezembro-de-2020-297448509>. Acesso em: 31 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.031.694/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2 de junho de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 19 de junho de 2009, Brasília, 2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5271218&num_registro=200800324540&data=20090619&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 17 abril 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.155.684/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 12 de maio de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 18 de maio de 2010, Brasília, 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9232576&num_registro=200901575736&data=20100518&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 10 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.188.926/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 28 de setembro de 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 07 de outubro de 2010, Brasília, 2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=11692480&num_registro=201000620122&data=20101007&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 17 abril 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.876.497/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 26 de outubro de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 29 de outubro de 2020, Brasília, 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=116121278®istro_numero=202001251808&peticao_numero=202000626988&publicacao_data=20201029&formato=PDF. Acesso em 17 abril 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 614.695/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06 de maio de 2004. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 14 de junho de 2004, Brasília, 2004, p.181. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1179212&num_registro=200302238368&data=20040614&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 17 abril 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 793.877/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17 de abril de 2007. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 30 de abril de 2007, Brasília, 2007, p.303. Disponível em:



https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2967118&num_registro=200501811610&data=20070430&tipo=51&formato=PDF.

Acesso em 17 abril 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 831.837/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 2 de junho de 2009. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 17 de junho de 2009, Brasília, 2009. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5293681&num_registro=200600699935&data=20090617&tipo=51&formato=PDF. Acesso em 17 abril 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45, Rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 29 de abril de 2004. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 04 de maio de 2004, Brasília, 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho120879/false>. Acesso em 20 abril 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2010, Medida Cautelar, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 30 de setembro de 1999. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 12 de abril de 2002, Brasília, 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347383>. Acesso em 20 abril 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2591, Rel. Ministra Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 07 de junho de 2006. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 29 de setembro de 2006, Brasília, 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266855>. Acesso em 20 abril 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2643, Rel. Ministro Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 13 de agosto de 2003. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 26 de setembro de 2003, Brasília, 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266871>. Acesso em 20 abril 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3104, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 26 de setembro de 2007. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 9 de novembro de 2007, Brasília, 2007. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=3104&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em 20 abril 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3330, Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 03 de maio de 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 22 de março de 2013, Brasília, 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>. Acesso em 20 abril 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4167, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 27 de abril de 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 24 de agosto de 2011, Brasília, 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626497>. Acesso em 20 abril 2017.



BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4848, Rel. Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 01 de março de 2021. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 05 de maio de 2021, Brasília, 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755756933>. Acesso em 05 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5357, Referendo da Medida Cautelar, Rel. Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 09 de junho de 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 11 de novembro de 2016, Brasília, 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290>. Acesso em 20 abril 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6590, Referendo da Medida Cautelar, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 21 de dezembro de 2020. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 12 de fevereiro de 2021, Brasília, 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755053491>. Acesso em 13 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 597.872, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 03 de junho de 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 26 de agosto de 2014, Brasília, 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266871>. Acesso em 20 abril 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 500.171, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13 de agosto de 2008. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 24 de outubro de 2008, Brasília, 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557455>. Acesso em 20 abril 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 597.854, Rel. Ministro Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 26 de abril de 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 21 de setembro de 2017, Brasília, 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13642927>. Acesso em 30 abril 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 888.815, Rel. p/ Acórdão Ministro Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 12 de setembro de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**, publicado em 21 de março de 2019, Brasília, 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204>. Acesso em 20 abril 2018.

CONSELHO ISLÂMICO. Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, de 19 de setembro de 1981. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-nao-Inseridos-nas-Deliberacoes-da-ONU/declaracao-islamica-universal-dos-direitos-humanos-1981.html>. Acesso em 20 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA (OUA). Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 27 de julho de 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 10 maio 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989. Disponível em: <https://www.unicef.org/brasil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em 17 jan. 2017.



ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 10 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Assembleia Geral. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 19 de dezembro de 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Acesso em 10 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência Geral da UNESCO. Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no campo do Ensino, de 14 de dezembro de 1960. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132598_por?posInSet=1&queryId=e71c7b02-4a9b-48c8-872d-39d35701e726. Acesso em 17 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência Geral da UNESCO. Recomendação concernente ao Pessoal Docente do Ensino Superior, de 12 de novembro de 1997. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000160495_por?posInSet=2&queryId=6d12a0dc-06d2-426e-9c0d-5fd341019c3e, p.51. Acesso em 17 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência Geral da UNESCO. Convenção relativa à Luta contra a Discriminação no campo do Ensino, de 14 de dezembro de 1960. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000132598_por?posInSet=1&queryId=e71c7b02-4a9b-48c8-872d-. Acesso em 20 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência Intergovernamental Especial da UNESCO. Recomendação Relativa à Condição dos Professores, de 05 de outubro de 1966. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000160495_por?posInSet=2&queryId=6d12a0dc-06d2-426e-9c0d-5fd341019c3e, p.22. Acesso em 17 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência Mundial sobre Educação para Todos da UNESCO em Dakar, Senegal, de 26 a 28 de abril de 2000. Educação para Todos: O Compromisso de Dakar. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000127509?posInSet=1&queryId=972c1e5b-5295-47b7-aea5-15d6ded450d7>. Acesso em 17 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência Mundial sobre Educação para Todos da UNESCO em Jomtien, Tailândia, de 05 a 09 de março de 1990. Declaração Mundial sobre Educação para Todos (Conferência de Jomtien). Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000086291_por?posInSet=1&queryId=dcdddebc-c7ca-4a68-b68a-183c0c41676c. Acesso em 17 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência Mundial sobre Educação para Todos da UNESCO em Nova Delhi, Índia. Declaração de Nova Delhi sobre Educação para Todos, de 6 de dezembro de 1993. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139393>. Acesso em 17 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência Mundial sobre Educação Superior da UNESCO em Paris, França, em 9 de outubro de 1998. Declaração Mundial sobre Educação Superior no Século XXI; visão e ação, marco referencial de ação prioritária para a mudança e o desenvolvimento da educação superior, de 9 de outubro de 1998. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000140457?posInSet=1&queryId=76d5a4c0-7e61-46a2-af3f-dfc29d8caf1e>. Acesso em 17 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas Especiais da UNESCO em Salamanca, Espanha, de 07 a 10 de junho de 1994.



Declaração de Salamanca sobre Princípios, Política e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais de 10 de junho de 1994. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139394?posInSet=1&queryId=75b37c94-df7b-4505-a875-a3d3bdbb25b3>. Acesso em 17 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Educação para a cidadania global: preparando alunos para os desafios do século XXI. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000234311?posInSet=2&queryId=28646f60-d66b-46e6-a931-f659f5c50b06>. Acesso em 25 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Fórum Mundial de Educação de 2015 da UNESCO. Declaração de Incheon Educação 2030: Rumo a uma Educação de Qualidade Inclusiva e Equitativa e à Educação ao Longo da Vida de Todos. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233137_por?posInSet=1&queryId=fcc73ed8-30b2-42de-b932-8c62767cf189. Acesso em 17 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Fórum Mundial de Educação de 2015 da UNESCO. Declaração de Incheon Educação 2030: Rumo a uma Educação de Qualidade Inclusiva e Equitativa e à Educação ao Longo da Vida de Todos. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000233137_por?posInSet=1&queryId=fcc73ed8-30b2-42de-b932-8c62767cf189. Acesso em 17 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Relatório de monitoramento global de EPT da UNESCO, 2015, relatório conciso. Educação para Todos 2000-2015: progressos e desafios, 2015. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000232565_por.pdf. Acesso em 17 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XX. Educação: um tesouro a descobrir (*Learning: The Treasure Within*). Porto: Edições ASA, 1996, 256 p. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000187503?posInSet=4&queryId=3e8c77b5-eff5-40b5-9194-7053571f1680>. Acesso em 17 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). V Conferência Internacional de Educação de Adultos da UNESCO em Hamburgo, Alemanha, de 14 a 18 de julho de 1997. Declaração de Hamburgo de Educação de Adultos, de 18 de julho de 1997. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000116114_por?posInSet=1&queryId=644aa6a5-60e9-49da-9181-fe1a7729a986. Acesso em 17 jan. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Carta da Organização dos Estados Americanos, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp. Acesso em: 10 maio 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 10 maio 2017.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Exploitative pricing in the time of COVID-19**. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Exploitative-pricing-in-the-time-of-COVID-19.pdf>.

PORTUGAL. Assembleia da República. Resolução n.º 56, de 30 de julho de 2009. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 2009. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/>



/search/493187/details/normal?q=Resolução+da+Assembleia+da+República+n.º2056%2F2009. Acesso em: 15 maio 2017.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 129, de 22 de abril de 1993. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 1993. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/692654/details/normal?q=Decreto-Lei+n.º20129%2F93>. Acesso em: 15 maio 2017.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 147, de 11 de junho de 1997. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 1997. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/358959/details/normal?q=Decreto-Lei+n.º20147%2F97%2C%20de+11+de+junho>. Acesso em: 15 maio 2017.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 176, de 2 de agosto de 2012. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 2012. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/179057/details/normal?q=Decreto-Lei+n.º20176%2F2012>. Acesso em: 10 maio 2017.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 21, de 30 de janeiro de 2019. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 2019. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/118748848/details/normal?q=Decreto-Lei+n.º2021%2F2019>. Acesso em: 10 maio 2017.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 216, de 13 de outubro de 1992. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 1992. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/225809/details/normal?q=Decreto-Lei+n.º20216%2F92+>. Acesso em: 20 maio 2017.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 301, de 31 de agosto de 1993. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 1993. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/633944/details/normal?q=Decreto-Lei+n.º20301%2F93>. Acesso em: 10 maio 2017.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 31.658, de 21 de novembro de 1941. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 1941. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/368623/details/normal?q=Lei+de+Propinas>. Acesso em: 15 maio 2017.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 319, de 23 de agosto de 1991. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 1991. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/403296/details/normal?q=Decreto-Lei+n.º20319%2F91>. Acesso em: 15 maio 2017.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 418, de 21 de agosto de 1973. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 1971. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/419619/details/normal?q=Decreto-Lei+n.º20418%2F73>. Acesso em: 15 maio 2017.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 1966. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view?q=código+civil>. Acesso em: 10 maio 2017.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 54, de 06 de julho de 2018. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 2018. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/115654476/view?q=Decreto-Lei+n.º2054%2F2018+>. Acesso em: 15 maio 2017.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 54, de 07 de janeiro de 2008. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 2008. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/386871/details/normal?q=Decreto-Lei+n.º203%2F2008+>. Acesso em: 15 maio 2017.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 55, de 2 de março de 2009. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 2009. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/604644/details/normal?q=Decreto-Lei+55%2F2009>. Acesso em: 15 maio 2017.



PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 55, de 6 de julho de 2018. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 2018. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/115652962/details/normal?l=1>. Acesso em: 10 maio 2017.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 553, de 21 de novembro de 1980. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 1980. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/458182/details/normal?q=Decreto-Lei+n.º%20553%2F80+>. Acesso em: 10 maio 2017.

PORTUGAL. Lei n.º 1, de 9 de janeiro de 1996. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 1996. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/625244/details/normal?q=Lei+n.º%201%2F96+>. Acesso em: 20 maio 2017.

PORTUGAL. Lei n.º 113, de 16 de setembro de 1997. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 1997. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/649162/details/normal?q=Lei+n.º%20113%2F97+>. Acesso em: 20 maio 2017.

PORTUGAL. Lei n.º 115, de 19 de setembro de 1997. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 1997. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/653145/details/normal?q=Lei+n.º%20115%2F97>. Acesso em: 10 maio 2017.

PORTUGAL. Lei n.º 152, de 4 de novembro de 2013. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 2013. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/504756/details/normal?q=Decreto-Lei+n.º%20152%2F2013>. Acesso em: 10 maio 2017.

PORTUGAL. Lei n.º 16, de 22 de junho de 2001. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 2001. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/362699/details/normal?q=Lei+n.º%2016%2F2001+>. Acesso em: 10 maio 2017.

PORTUGAL. Lei n.º 20, de 14 de agosto de 1992. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 1992. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/283353/details/normal?q=Lei+n.º%2020%2F92%2C%20de+14+de+Agosto>. Acesso em: 15 maio 2017.

PORTUGAL. Lei n.º 37, de 22 de agosto de 2003. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 2003. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107972040/view?q=Lei+37%2F2003>. Acesso em: 15 maio 2017.

PORTUGAL. Lei n.º 45, de 11 de julho de 1978. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 1978. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/297873/details/normal?q=Lei+n.º%2045%2F78>. Acesso em: 10 maio 2017.

PORTUGAL. Lei n.º 46, de 14 de outubro de 1986. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 1986. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/222418/details/normal?q=Lei+n.º%2046%2F86>. Acesso em: 10 maio 2017.

PORTUGAL. Lei n.º 49, de 30 de agosto de 2005. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 2005. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/245336/details/normal?q=Lei+n.º%2049%2F2005>. Acesso em: 10 maio 2017.

PORTUGAL. Lei n.º 5, de 14 de março de 1994. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 1994. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/274029/details/normal?q=Lei+n.º%205%2F94+>. Acesso em: 15 maio 2017.

PORTUGAL. Lei n.º 50, de 16 de agosto de 2018. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 2018. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/116068877/details/normal?q=Lei+n.º%2050%2F2018>. Acesso em: 15 set. 2018.



PORTUGAL. Lei n.º 51, de 5 de setembro de 2012. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 2012. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/174840/details/normal?q=Lei+n.º2051%2F2012>. Acesso em: 10 maio 2017.

PORTUGAL. Lei n.º 62, de 10 de setembro de 2007. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 2007. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/640339/details/normal?q=Lei+n.º2062%2F2007>. Acesso em: 15 maio 2017.

PORTUGAL. Lei n.º 65, de 3 de julho de 2015. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 2015. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/67664945/details/normal?q=Lei+n.º2065%2F2015>. Acesso em: 10 maio 2017.

PORTUGAL. Lei n.º 85, de 27 de agosto de 2009. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 2009. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/488826/details/normal?q=Lei+n.º2085%2F2009>. Acesso em: 10 maio 2017.

PORTUGAL. Lei n.º 9, de 19 de março de 1979. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 1979. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/383221/details/normal?q=Lei+n.º209%2F79>. Acesso em: 10 maio 2017.

PORTUGAL. Ministério da Educação e da Solidariedade e Segurança Social. Despacho Conjunto n.º 300, de 09 de setembro de 1997. **Diário da República**, Lisboa, Número 208/97, II Série, pp.187-188. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/720130>. Acesso em: 15 maio 2017.

PORTUGAL. Ministério da Educação. Portaria n.º 69, de 26 fevereiro de 2019. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 2019. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/120272926/details/maximized>. Acesso em: 10 maio 2019.

PORTUGAL. Presidência da República. Decreto n.º 71, de 30 de julho de 2009. **Diário da República Eletrónico**, Lisboa, 2009. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/493183/details/normal?q=Decreto+do+Presidente+da+República+n.º2071%2F2009>. Acesso em: 15 maio 2017.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 101, Rel. Conselheiro Monteiro Diniz, julgado em 17 de março de 1992. *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 21º vol., págs. 389-390. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920101.html>. Acesso em 10 jan. 2017.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 352, Rel. Conselheiro Messias Bento, julgado em 04 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19910352.html>. Acesso em 10 jan. 2017.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 39, Rel. Conselheiro Vital Moreira, julgado em 11 de abril de 1984. *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 3/95-131, pp. 117-118, 1984, Imprensa Nacional, Lisboa. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em 18 jan. 2017.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 509, Rel. Conselheiro Luís Nunes de Almeida, julgado em 19 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>. Acesso em 07 jan. 2017.

UNESCO, 2013. UNESCO Education Research and Foresight (ERF) Working Papers Series, 7. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000223784>. Acesso em 10 fev. 2019.



UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, 2000, C364/1. Disponível em: Disponível em https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em 10 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Declaração de Bolonha, de 19 de junho de 1999. Disponível em: Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM:c11088>. Acesso em 10 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado de Lisboa, de 13 dezembro de 2007. **Jornal Oficial da União Europeia**, 306, 17.12.2007, pp. 1-271. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12007L%2FTXT>. Acesso em 10 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado de Maastricht, de 7 de fevereiro de 1992. **Jornal Oficial da União Europeia**, 191, de 29.7.1992, pp. 1-112 Disponível em: Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:JOC_1992_191_R_0001_01. Acesso em 10 jan. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 13 de dezembro de 2007 — versão consolidada. **Jornal Oficial da União Europeia**, 202, de 7.6.2016, p. 47-360. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12016ME%2FTXT>. Acesso em 10 jan. 2019.