

## O ENSINO SUPERIOR PODERIA SER CONSIDERADO UM DIREITO FUNDAMENTAL?

**Michelle Guimarães Gontijo de Carvalho**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná  
michelle@benkendorf.adv.br

**Alboni Marisa Dudeque Pianovski Vieira**

Pontifícia Universidade Católica do Paraná  
alboni@alboni.com

### Resumo

A educação é um direito fundamental social de aplicação universal, de suma importância para a construção de uma sociedade livre e justa, proporcionando maior desenvolvimento ao país. A Constituição Federal do Brasil estabelece a obrigatoriedade e a gratuidade para o ensino fundamental e a progressiva universalização do ensino médio. No entanto, esse direito não é estendido ao ensino superior, que preza a disputa de métodos entre aqueles que pretendem realizá-lo. Em face dessa situação, neste estudo, discute-se o ensino superior como direito fundamental social. A pesquisa tem caráter bibliográfico e documental, analisando, num primeiro momento, os direitos fundamentais, suas características e seu contexto histórico. O apoio teórico está em Alexy, Canotilho, Dworkin, Hachem, entre outros. Em seguida, traz as gerações de Direitos humanos e suas aplicações ao longo da história, bem como a importância social e jurídica da construção do Direito fundamental ao longo da civilização humana. Na sequência, busca identificar as diferenças entre princípios e regras, e realizar um parâmetro de aplicabilidade dos conceitos estudados. Por fim, identifica a importância do direito à educação no ensino superior, concluindo que deve ser considerado um direito fundamental.

**Palavras-chave:** Políticas educacionais; Direito à educação; Ensino superior.



## Abstract

Education is a fundamental social right of universal application, of paramount importance for the construction of a free and fair society, providing greater development to the country. The Federal Constitution of Brazil establishes the compulsory and gratuitous nature of elementary education and the progressive universalization of secondary education. However, this right is not extended to higher education, which values the dispute of methods among those who intend to do it. In view of this situation, in this study, higher education is discussed as a fundamental social right. The research has a bibliographic and documentary character, analyzing, in a first moment, the fundamental rights, its characteristics and its historical context. The theoretical support is in Alexy, Canotilho, Dworkin, Hachem, among others. It then brings generations of human rights and their applications throughout history, as well as the social and legal importance of building fundamental law throughout human civilization. In the sequence, it seeks to identify the differences between principles and rules, and to make a parameter of applicability of the concepts studied. Finally, it identifies the importance of the right to education in higher education, concluding that it should be considered a fundamental right.

**Keywords:** Educational policies; Right to education; Higher education.

## Introdução

A concessão do acesso à educação é um direito fundamental social de aplicação universal, um direito de suma importância para a construção de uma sociedade livre e justa, diante das necessidades e avanços no desenvolvimento social. A Constituição Federal do Brasil estabelece no seu art. 205 o âmago da importância do direito a educação: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” O debate proposto por este artigo parte de que o direito à educação foi estabelecido, com obrigatoriedade e gratuidade, apenas para o ensino fundamental, considerando a “progressiva universalização” do ensino médio, com os mesmos ideais de proteção, mas que não é estendido ao ensino superior.



Nota-se que a Constituição frisou proteger apenas o ensino obrigatório, destacando-se que o acesso ao ensino superior ficou condicionado ao mérito individual de cada um. O entendimento é que ao proporcionar as mesmas garantias para todos, dentro da educação básica, haverá o mesmo nível de igualdade de conhecimento, para que os méritos individuais sejam honrados em período específico da vida do cidadão. Ou seja, o ensino superior é para aqueles que, por meio dos seus próprios méritos, lutam pelo ingresso na vida acadêmica, conforme expresso no inciso V, do art. 208 da Constituição Federal: “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” (Brasil, 1988).

A discussão reside neste núcleo de análise, para se perguntar se o direito ao ensino superior, considerando-se sua importância, constitui um direito fundamental social. Com a ampliação do ensino superior será possível uma troca de posições mais efetiva socialmente, e com a democratização maior deste acesso, seria possível, literalmente, melhorar a pesquisa, o desenvolvimento econômico e social de um país desigual, sendo este o objetivo a ser alcançado.

Para tanto, será necessário investigar um breve contexto histórico referente as gerações de direitos humanos, para que possamos contextualizar o direito à educação ao longo da história, e o início da construção jurídica da importância dos direitos fundamentais. Será analisado o conceito de direito fundamental. Poderemos identificar a diferença entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, e a sua importância de construção e reconstrução ao longo da história.

Após a contextualização dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e a aplicação das gerações de direitos, explicando as suas alterações, iremos analisar os direitos fundamentais e o seu grau de importância e aplicação. Os direitos fundamentais se dividem em “regras”, determinações jurídicas que prescrevem um comportamento, sendo denominadas de “normas imediatamente descritivas”, e se dividem em “princípios” “mandamentos de otimização de um determinado valor ou bem jurídico, para que seja realizado na maior medida do possível” (Silva, 2003, p. 609).

Uma das mais importantes distinções entre “regras” e “princípios”, que possibilita compreender a contribuição dos direitos fundamentais e sua aplicação social e jurídica é a contribuição de Robert Alexy e Ronald Dworkin, que desenvolveram o conceito de “separação qualitativa entre regras e princípios”. Iremos entender os conceitos



apresentados dentro das teorias de regras e princípios para compreender a aplicação dos direitos fundamentais.

Superado estes pontos, passaremos à análise do papel dos direitos fundamentais e das garantias dos direitos fundamentais junto à Constituição de 1988, com o objetivo de identificar nela os aspectos de importância dos direitos fundamentais. Com isso, será possível compreender os direitos fundamentais e analisar a sua aplicação, que não se estende aos demais direitos apresentados pela carta Magna.

Por fim, identificar que a educação é sem dúvidas uma forma de caminhar para se atingir a proteção e o crescimento econômico e social de uma nação, mas é com o ensino superior que se poderá ter uma igualdade de condições, uma alteração de classes sociais e a ruptura do ciclo vicioso da pobreza. Para compreender tais entendimentos, Dubet (2001) nos ensina que o mundo moderno passou por uma grande mudança, pautada em uma forma de mérito individual para o sucesso, e não mais na herança, no nome, nas classes sociais adquiridos por meio da família. Contudo, tais avanços não foram suficientes para suprir as desigualdades que se mantiveram ao longo da história.

Iremos identificar que o conceito de igualdade de posições é a resposta para se alcançar um novo modo de diminuir as tensões sociais, e o ensino superior considerado direito fundamental seria um desses caminhos para se tentar diminuir os abismos entre as várias posições sociais desiguais existentes.

### **Os Direitos Fundamentais ao Longo da História da Humanidade**

Realizaremos um contexto histórico referente às gerações de direitos humanos, para que possamos contextualizar o direito à educação, ao longo da história, e o início da construção jurídica da importância dos direitos fundamentais. Importante informar que existem críticas quanto a essa forma de divisão e explicação desse contexto histórico nas gerações de direitos, que, ainda assim, por sua forma didática, é aplicada nos dias atuais. Flavia Piovesan é um exemplo de autora que realiza duras críticas ao contexto histórico de gerações de direitos humanos, explicando que: “A noção simplista das chamadas “gerações de direitos”, histórica e juridicamente infundada, tem prestado um desserviço ao pensamento mais lúcido a inspirar a evolução do direito internacional dos direitos humanos” (Piovesan, 2013, p. 56). A ressalva a ser



realizada é a de que os direitos indicados nesse contexto histórico não foram construções engessadas, constatando-se a existência de lutas para sua aquisição, significando necessidades e superações, retrocessos ou avanços ao longo da história da humanidade (Alves, 1994).

Para concretizar os objetivos deste estudo será necessário também assinalar as principais características jurídicas dos direitos fundamentais na sua construção ao longo da história da humanidade. O fato é que existem várias situações em que os “direitos fundamentais” são confundidos com os “direitos humanos”, principalmente quando se discute a construção do contexto histórico. Então, antes de abordarmos as gerações de direitos, é importante realizarmos ressalvas quanto a aplicabilidade e diferenças.

Roberto Alexy realiza a pergunta e diferencia as normas de direito fundamental, ou como ele mesmo as denomina de jusfundamental, dentro do Direito Constitucional Alemão. Para tanto, realiza a pergunta: “quais normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada Constituição, são norma de direito fundamental e quais não são” (Alexy, 1993, p. 62). O referido autor explica que os direitos fundamentais “são direitos do homem que foram transformados em direito positivo” (Alexy, 1993, p. 62), com isso os direitos humanos universais foram transformados em direitos fundamentais positivados pelos Estados nacionais, proporcionando uma maior efetividade dentro de um ordenamento jurídico interno.

Canotilho (1993, p. 517), diferenciando os direitos do homem e os direitos fundamentais, para maior clareza desses institutos, explica que “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista)”, enquanto que os “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente”.

Superando tais questões e diferenciando os direitos fundamentais dos direitos humanos, é possível constatar que a construção histórica dos direitos fundamentais foi de uma longa e árdua conquista até a sua positivação “ganhando um reconhecimento normativo progressivo com o desenvolvimento histórico” (Serrou Junior, 2015, p. 25). O que abarcava apenas pretensões dos grandes filósofos passa a ser analisado como importantes para concretização da pacificação social, tendo como marco a proteção da dignidade da pessoa.

A primeira geração de direitos foi reconhecida pela livre iniciativa do indivíduo frente às relações sociais e jurídicas: o Estado não poderia intervir na esfera privada e



a intervenção do Estado seria considerada como ilegítima e violadora das liberdades individuais. Esse primeiro marco das gerações de direitos seria os direitos de liberdade, “liberdades negativas, liberdades individuais ou direitos às prestações negativas, nas quais o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo” (Sarley, 2003, p. 51). O problema quanto a essa proteção das liberdades individuais frente ao Estado foi a iniciativa do capitalismo, aplicado sem qualquer consideração aos preceitos de dignidade humana, com o desencadeamento de graves problemas sociais e até mesmo econômicos, e a consagração formal de liberdade e igualdade acabando por não suprir as necessidades sociais (Sarley, 2003).

A segunda geração de direitos foi pautada pela aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, afirmando um novo papel para o Estado, que passou da ausência de atuação para um Estado garantidor e interventor no meio social, diante das devastações apresentadas por conflitos de ordem social que não poderiam mais ser ignorados. Os dois grandes marcos históricos que trouxeram esse novo papel do Estado em favor da sociedade foram a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919 (Comparato, 1999). Foi com a Constituição Mexicana, promulgada fevereiro de 1917, que se consolidaram os direitos de segunda geração. Ela foi a “primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos” (Comparato, 1999, p. 168-169).

No final da Primeira Guerra Mundial, a denominada Constituição Alemã de Weimar, promulgada em novembro de 1919, foi “a primeira tentativa feita por uma nação de construir uma social-democracia, procurando conciliar princípios liberais e princípios socialistas, e almejando fugir, ao mesmo tempo, do exemplo, então bem próximo e bem presente em todos os espíritos, da revolução soviética e dos excessos do capitalismo e do liberalismo” (Vaz da Silva, 1977, p. 220). A referida Constituição conseguia agregar, de forma clara, os direitos a um estado de bem-estar social, sendo que a coletividade, representada pelo Estado, tinha a responsabilidade de atender às necessidades da população (Lima Júnior, 2001).

Os direitos de terceira geração têm como último marco histórico a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), estabelecendo, de forma universalista, que a humanidade deve ser protegida de forma efetiva e o Estado tem o dever, frente à comunidade internacional, de proteger os seus cidadãos (Reis, 2007). O Estado passava a ser agente não apenas social e minimalista de proteção, mas também visto



e analisado por sua responsabilidade internacional. Assim, o direito de terceira geração se resume a: “os direitos ao meio ambiente sadio, a paz, ao desenvolvimento, à livre determinação dos povos, entre outros” (Weis, 1999, p. 40).

As gerações de direitos humanos apresentadas demonstraram que um Estado minimalista não conseguiu a proteção social almejada apenas pelas garantias das liberdades individuais. Era necessário, então, um estado de bem-estar social.

### **Os Direitos Fundamentais e o Seu Grau de Importância e Aplicação**

Compreende-se que os direitos fundamentais foram positivados ao longo da história por grandes facetas de construção e reconstrução, retrocessos e ascensões sociais e jurídicas para a sua vinculação. Mas, após o contexto histórico, é necessário entender as principais características jurídicas dos direitos fundamentais, principalmente os direitos fundamentais sociais, nos quais está inserido o direito à educação, que será discutido em tópico próprio.

Os direitos fundamentais dividem-se em “regras”, determinações jurídicas que prescrevem um comportamento, sendo denominadas de “normas imediatamente descritivas, na medida que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada” (Ávila, 2006, p. 71). E se dividem em “princípios”, que são “mandamentos de otimização de um determinado valor ou bem jurídico, para que seja realizado na maior medida do possível” (Serrou Junior, 2015, p. 41). Para se distinguir entre “regras” e “princípios”, compreendendo-se a contribuição dos direitos fundamentais e sua aplicação social e jurídica, as teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, que desenvolveram o conceito de “separação qualitativa entre regras e princípios” são esclarecedoras (Silva, 2003, p. 609).

Trazemos à baila o entendimento de Robert Alexy, aceito pela doutrina nacional para compreender a diferenciação entre regras e princípios: as regras “são normas que somente podem ser cumpridas ou não”, enquanto que “os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes” (Alexy, 1993, p. 86-87). Os princípios, portanto, são mandamentais, possuindo a característica de poderem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo das possibilidades reais e jurídicas de sua aplicação, conforma as análises que deverão ser realizadas para isso. Já as regras



deverão ser aplicadas sem qualquer possibilidade de graduação: se forem válidas, deverão e serão aplicadas; se não o forem, deverão ser imediatamente descartadas.

Quanto à teoria de Ronald Dworkin, Silva (2003) entende que ela faz uma crítica ao positivismo ao tentar descrever o direito apenas como um sistema composto de regras, mencionando que ao “lado das regras jurídicas, há também os princípios. Estes, ao contrário daqueles, que possuem apenas dimensões de validade, possuem também uma outra dimensão: o peso” (Silva, 2003, p. 610). Assim, nos casos em que houver um princípio que possa prevalecer no caso concreto de tal modo a fornecer melhores subsídios para a solução do conflito, será este considerado mais importante e deverá prevalecer em face dos demais. Nota-se que não se trata de que um princípio ser mais válido que os demais, apenas que, no caso em concreto, aparenta ser mais relevante a sua necessidade de aplicação, frente aos demais princípios.

Robert Alexy, seguindo as mesmas diretrizes, constrói a teoria da subsunção e ponderação da norma jurídica para a aplicação dos Princípios Constitucionais. Descreve que haveria duas formas de aplicação da lei, a subsunção e a ponderação. A fórmula da subsunção se mostra por meio de um esquema dedutivo dentro da ordem fática, enquanto a norma da subsunção, por sua vez, será aplicada diante da necessidade da proporcionalidade, existindo princípios com o mesmo peso abstrato e princípios com pesos abstratos diversos. Essas graduações e análises são difíceis de serem realizadas como explica o autor ao falar da “fórmula do peso” (Alexy, 2003, p. 443).

Para que o aplicador do direito possa chegar a uma conclusão adequada, deverá ser analisado o peso que cada princípio assume no caso concreto. Isto significa dizer que um princípio ( $P_1$ ) terá um peso maior que um princípio oposto ( $P_2$ ) quando foram analisadas as situações fáticas necessárias para a sua aplicação, dentro do caso concreto, seria essa a aplicação da ponderação, dentro da fórmula do peso (Alexy, 2003). Os princípios, que, já se viu, são mandamentos de otimização, apresentam um caráter “*prima facie*”, ou seja, não possuem um conteúdo finalístico em relação aos princípios contrapostos e às possibilidades fáticas, mas devem ser analisados e vistos conforme a ponderação, aplicado conforme o peso de sua análise, tendo como parâmetro a “ponderação”, priorizando a proporcionalidade.

Após apresentar a teoria de aplicação de solução dos conflitos aos princípios constitucionais, Alexy cita o conflito entre regras, e o explica em um caso prático para a sua solução. No caso em tela, a regra estabelecida aos alunos de determinada



escola foi que não saíssem de suas salas de aula antes de soar o sinal; em outra regra, se determinou que esses mesmos estudantes deixassem suas salas se tocasse o alarme de incêndio. Para se resolver o conflito, seria necessário partir do critério “*Lex posterior derogat legi priori*”, ou seja, a lei posterior seria uma exceção da primeira regra, resolvendo o conflito de aplicação da lei (Alexy, 2003).

Pelas teorias apresentadas, conforme ensina Virgílio Afonso da Silva, os princípios apresentados por Alexy nada dizem sobre “fundamentalidade da norma”. Podemos então compreender, após a análise realizada, que um princípio pode ser um mandamento nuclear de um sistema e pode não ser, “já que a norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade” (Silva, 2003, p. 614).

Deve-se destacar, por fim, que esse novo contexto surpreende, ao estabelecer os princípios como parâmetros de decisões e aplicação fática, e inclusive de reforço de aplicação dos princípios e direitos fundamentais, superando o aspecto positivista em que apenas as normas poderiam ser aplicadas pelo juiz. Poderíamos entender que a nova diretriz aplicada por Alexy e Dworking proporcionam estabelecer uma máxima dos direitos fundamentais, tendo o princípio da dignidade da pessoa humana como seu parâmetro definidor de garantias.

### **O Papel dos Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Federal de 1988**

Após realizar as investigações propostas, é necessário verificar o papel dos direitos e garantias fundamentais no atual constitucionalismo vigente.

A Constituição de 1988, ao estabelecer os direitos fundamentais, organizou o seu rol de preferência, dividindo as questões de fundamental importância da seguinte forma, o Título II – “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” – foi classificado em cinco capítulos: Capítulo I “ Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (art. 5º, incisos LXXVIII, §§ 1º, 2º, 3º, 4º), Capítulo II “ Dos Direitos Sociais”, (art. 6º a 11), Capítulo III “ Da nacionalidade” (art. 12 e 13), Capítulo V – Dos Partidos Políticos (art. 14 a 17). Cumpre entender e compreender que os direitos e garantias fundamentais não estão exaustivamente previstos nos Título II, expresso na Constituição Federal, havendo possibilidade de serem incluídos outros que se fizerem pertinentes, conforme estabelece o art. 5º, § 2, da CF, “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” (Brasil, 1988).

Existem discussões de ordem ideológica quanto a quais direitos fundamentais seriam indispensáveis e obrigatoriamente garantidos pela administração pública, de tal ordem que existiriam direitos que não estariam abarcados pelo conceito de fundamentais, mesmo estando dentro do Título II da Constituição da República, seriam os direitos econômicos, sociais e culturais, e conseqüentemente, por não poderem ser considerados fundamentais, não poderiam ter determinadas garantias processuais previstas Constitucionalmente para a sua aplicação.

Neste contexto de análise, ganha destaque o preceito esculpido no §1º do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o entendimento de que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Sob essa perspectiva, a Constituição deixou claro que não seriam apenas as garantias individuais abarcadas pela aplicação imediata que seriam protegidas, mas também as normas definidoras de garantias, refutando aspectos de graduação entre as garantias fundamentais ou excluindo-se alguns direitos apenas por serem considerados “menores” que outras garantias, independentemente de qualquer aplicação ao caso concreto. Observe-se que os efeitos e garantias fundamentais têm a característica de imediatividade, não havendo exclusões dentro do texto Constitucional.

Diversamente, há doutrinadores que entendem existir um núcleo essencial de políticas públicas e que, diante do inflado primado de proteção realizado pela Constituição Federal de 1988, existiriam núcleos essenciais de direitos que deveriam ser garantidos dentro das políticas públicas essenciais. Ou seja, não seriam todos os direitos garantidos na Constituição, mas somente um rol de direitos essenciais, como ensina Felipe de Melo Fonte, que os denomina de “elementos mais relevantes da Constituição” (Fonte, 2013).

Apesar do texto constitucional deixar evidente a aplicação dos direitos sociais de forma plena, há doutrinadores que entendem que alguns dos direitos fundamentais possuem eficácia limitada, na medida em que se mostram dependentes de uma regulamentação<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Entre os autores que adotam esse entendimento estão Ricardo Lobo Torres (Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, 2014) e José Afonso da Silva (Comentário



Com tais preceitos constitucionais, juristas têm se debruçado tentando entender qual seria o mínimo necessário aos cidadãos e quais são as obrigações de prestação necessária praticadas pelo estado de bem estar social e, ainda, se todos os direitos alinhados no texto constitucional devem ser realizados por um estado que não teria condições financeiras para implementar políticas públicas que pudessem vincular a todos de forma universal e igualitária. É por intermédio de “políticas públicas que o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais cuja fruição depende de ações” (Barcelos, 2010, p. 101).

Com isso, segundo Hachem (2013) poderíamos identificar duas formas peculiares de compreender os direitos fundamentais e analisarmos a sua aplicação, as quais não se estendem aos demais direitos apresentados pela Constituição Federal de 1988: a primeira delas seria a aplicação imediata (art. 5º, § 1º, CF) e a segunda a proteção contra as emendas abolitivas (art. 60, § 4º, IV, CF). Analisando tais preceitos, é possível identificar que as “normas-princípios” não podem ser abolidas e devem ser aplicadas de modo imediato, independentemente de normas infraconstitucionais serem criadas ou não para a sua implementação. A outra proteção contra qualquer forma de abolição que possa surgir por intermédio das emendas constitucionais, conforme o art. 60, § 4º, IV da CF: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir” [...] “IV - os direitos e garantias individuais” (Brasil, 1988). É possível, portanto, observar que a Constituição Federal forneceu os meios para a proteção constitucional dos direitos fundamentais, a tal ponto que não deixou que o constituinte pudesse alterar questões de direitos fundamentais.

Hachem assim se manifesta, explicando os motivos de tais características: “Nessa medida, pode-se dizer que o sistema constitucional brasileiro instituiu um regime jurídico especial protetivo aos direitos fundamentais, tutelando-os de modo diferenciado em uma dupla perspectiva” (Hachem, 2013, p. 207).

Com o estabelecimento das classificações e das divergências doutrinárias frente a aqueles que acreditam que os direitos fundamentais seriam apenas e tão somente a proteção dos direitos individuais, e que não englobaria os direitos econômicos e sociais, teríamos os doutrinadores que compreendem que o rol estabelecido pela Constituição abarca os direitos sociais diante das duas características discutidas

---

Contextual à Constituição, 2014), constitucionalistas que defendem o aspecto pontual e categórico da Constituição.



anteriormente, ou seja, a sua imediatividade de aplicação e a impossibilidade de aplicação das emendas constitucionais.

Assim, os direitos “de segunda dimensão”, já tratados no contexto histórico, também denominados pelo texto constitucional “direitos econômicos, sociais e culturais”, aparecem vinculados à satisfação das necessidades dos homens e se mostram como uma forma de proteção à sua dignidade humana. Essa expressão pode ser encontrada, mesmo antes da positivação proporcionada pela Constituição Federal, na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. No referido documento, com a característica universalista de proteção da dignidade da pessoa humana, dividiram-se os parâmetros de análise frente aos conceitos de direitos em dois grandes grupos de proteção: os “direitos civis e políticos” e os “direitos econômicos, sociais e culturais” (Piovesan, 2013, p. 206). Piovesan demonstra, em seus estudos, que com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 foi possível identificar que não basta apenas a abstenção do Estado para não interferir nas garantias individuais, mas é necessária uma efetividade dos direitos sociais pois, “sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem de verdadeira significação” (Piovesan, 2013, p. 207).

Seja na ordem internacional, seja no âmbito nacional, o fato é que os direitos fundamentais sociais são indispensáveis para a aplicação de forma eficiente de proteção dos direitos individuais e da dignidade da pessoa humana. Mas, não apenas isso: influenciam toda a ordem de crescimento social e econômico, porquanto não se trata apenas de identificar as garantias como fatores e questões de investimento monetário, mas também de diferenciação para superar os problemas sociais vigentes.

Superando esses aspectos relativos à importância dos direitos e garantias fundamentais sociais, partimos para o último campo de análise a que nos propomos, que é o da importância dos direitos sociais e da educação superior no aspecto nacional, perquirindo ainda se o ensino superior deveria ser considerado um direito fundamental diante de sua importância social, ou não.



## O Direito à Educação Superior

O direito à educação é um dos caminhos de sucesso para o bom desenvolvimento econômico e social de um país, uma vez que o investimento em educação proporciona uma gama de consequências sociais positivas em favor do Estado e da sociedade. A proteção da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente ligada com a proteção a uma educação de qualidade, igualitária e eficiente. O direito à educação está previsto no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais” da Constituição Federal, que, em seu art. 6º estabelece que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Brasil, 1988).

O fato é que para se alcançar uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I da CF), objetivos da Carta Magna, a educação deverá pautar as diretrizes para se alcançar tais intentos, inclusive conforme a Declaração dos Direitos do Homem de 1948, que assim colecionavam em seus dispositivos de proteção a importância desse direito. Segundo Piovesan, duas foram as “inovações introduzidas pela Declaração: a) parificar, em igualdade de importância, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais; e b) afirmar a inter-relação, indivisibilidade e interdependência de tais direitos” (Piovesan, 2013, p. 207). Dessa forma, a Declaração dos Direitos do Homem de 1948 proporcionou a paridade de direitos entre os direitos sociais e os direitos políticos, proporcionando maior proteção à dignidade da pessoa humana.

Em seu art. 205, a Constituição Federal estabelece o âmago do direito à educação: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Apesar de identificado o direito à educação, foi estabelecida a sua obrigatoriedade e gratuidade apenas para o ensino fundamental, com a progressiva universalização do ensino médio gratuito, conforme o art. 208, inciso I e II, da Constituição Federal (Brasil, 1988). Com isso, a falta de executoriedade por parte da administração pública importa na obrigatoriedade, por meio de intervenção do poder judiciário, inclusive por intermédio de aplicação de assistência de outros meios que se fizerem necessários para o cumprimento dessa medida, como, por exemplo: “a inexistência de condições fáticas (recursos materiais e humanos) para



oferecer as vagas faltantes autoriza o juiz a compelir o Estado a custear o ensino em uma escola privada” (Hachem, 2013, p. 218).

O fato é que a Constituição aplicou a força de proteção e garantia para o ensino fundamental, considerado prioritário, concedendo modos de intervenção para que a sua proteção seja imediata, como a aplicação do art. 208, § 2º da CF: “O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente” (Brasil, 1988). Nota-se que a Constituição frisou proteger apenas o ensino obrigatório, o que não poderia ser aplicado ao ensino superior. O constituinte aplicou de modo inquestionável as diretrizes para o que seria a possibilidade de garantia pelo Estado e o que poderia ser considerado aplicável às disputas sociais necessárias entre os cidadãos. O entendimento é que, ao proporcionar as mesmas garantias para todos, na educação básica, haveria o mesmo nível de igualdade de conhecimento, para que os méritos individuais fossem honrados em período específico da vida do cidadão. Ou seja, o ensino superior seria para aqueles que, por seus próprios méritos, lutassem pelo ingresso na vida acadêmica (inciso V do art. 208).

Conforme o art. 28 da Lei 99.970 de 1990, que promulgou a Convenção sobre os Direitos das Crianças, ficou evidente a obrigatoriedade da educação primária. O mesmo não ocorre quanto ao ensino superior, cuja acessibilidade deve ser realizada “com base na capacidade”, portanto, utilizando-se de uma lógica diferente (Brasil, 1990). Ademais, as universidades gozam de autonomia didático-científica, conforme o art. 207, § 1º § 2º da CF (Brasil, 1988), e o ensino superior é ofertado pela administração pública de forma gratuita, mas não universal. Significa que o ensino superior poderá ser ofertado pela iniciativa privada e também ofertado pela administração pública, numa perspectiva de pesquisa e de desenvolvimento.

Pois bem, o fato é que as desigualdades sociais podem ser vistas e refletidas pelos princípios fundamentais não aplicados de modo efetivo, principalmente quando se trata do acesso ao ensino superior de forma plena. A educação é, sem dúvida, uma forma de caminhar para se atingir a proteção e o crescimento econômico e social de uma nação, mas é o ensino superior que possibilitará igualdade de condições, alteração de classes sociais e ruptura do ciclo vicioso da pobreza.

Como nos ensina Dubet, o mundo moderno passou por grandes mudanças e, atualmente, o atingimento do sucesso é pautado pelo mérito. Essa mudança fez surgir uma nova forma de pensamento, em que todos teriam as mesmas oportunidades de



atingir todas as posições sociais por seus próprios méritos. Não se trata, portanto, de diminuir as desigualdades entre as posições sociais, mas de “combater as discriminações que impedem os indivíduos de competirem em igualdade de condições iniciais para alcançar as melhores posições” (Dubet, 2003, p. 372). É sabido que aqueles que possuem melhores condições financeiras mais facilmente podem inserir seus filhos na próxima geração que influenciará os ditames sociais, gerando um ciclo vicioso e desigual. O ensino superior é, assim, o que fará diferença para que todos possam influenciar as mudanças sociais.

A Constituição Federal, de forma indireta, estabelece essa forma de meritocracia para aqueles que se destacarem nos estudos e no desenvolvimento, e que terão maiores condições de ingresso no ensino superior gratuito e fornecido pelo Estado. Por outro lado, tem-se as questões de igualdade de posições, que não se trata apenas dos “méritos pessoais” como ensina Hachem, mas de uma resposta à igualdade formal arraigada, desencadeando a necessidade de aplicação de políticas públicas para a diminuição das desigualdades, e que podem ser vistas nas lutas operárias ao longo do século XX. A igualdade de posições se estabelece no sentido de “reduzir as distancias entre as posições sociais, e, de outro, fixar as posições e assegurá-las, o que é uma maneira indireta de produzir a igualdade” (Hachem, 2013, p. 373).

A história já demonstrou que a meritocracia não é o suficiente para a produção de igualdade. Em todos os modos de produção capitalista, não foi possível reivindicar que apenas o mérito pudesse ser o diferencial para que a igualdade fosse aplicada de forma plena. É preciso, ainda, considerar que o ensino superior é um dos modos de salvaguardar o ingresso do jovem no mercado de trabalho, é a diferença de aplicação para o crescimento em sua qualificação técnica, é a forma de implementação de um maior ganho para o trabalhador e para a sociedade, com a circulação de riqueza. Diante de uma melhor qualificação, o trabalho será melhor remunerado.

Sem a inclusão social, o estudante de escola pública não terá as mesmas possibilidades de ingressar no sistema público de ensino superior que os estudantes de escola particular, que puderam se aplicar ao longo de sua vida escolar sem se preocupar com outros problemas que não fossem os decorrentes da vida acadêmica. Nota-se que a aplicação dos conceitos apresentados por Dubet (2003) desencadeia dois fatos inequívocos: que o ensino superior está atrelado a uma meritocracia que não deveria ser convalidada, e que deveria haver uma inclusão social maior para o desenvolvimento da pesquisa e do ensino. Se a aplicação das questões de mérito de



oportunidades preencherem a pauta de aplicação social, não haverá mudanças significativas proporcionando avanços sociais. Logicamente, a meritocracia sempre pautará as discussões para que as zonas de ausência de implementação dos direitos sociais não sejam realizadas. Assim, ao invés de maiores investimentos em ampliar as vagas na universidade pública e atingir maior número de estudantes, ocorre o fenômeno inverso: para honrar a meritocracia, restringe-se as vagas, não tendo o Estado maiores responsabilidades.

Essa mesma situação ocorre, por exemplo, com as questões dos direitos mínimos: o estado, sem recursos financeiros, aplicar os direitos apenas para o mínimo de proteção da dignidade da pessoa humana, mas não para a implementação dos direitos sociais de forma plena. Fazendo-se analogia com o ensino superior, se as questões de meritocracia tomarem a pauta de discussão, a necessidade de revisão e a implementação de ensino superior gratuito para mais brasileiros não serão analisadas, porque a conclusão quanto ao insucesso dos jovens das camadas desprotegidas socialmente será a de que não houve dedicação suficiente por parte deles.

Respondendo a indagação proposta neste trabalho, entende-se que o ensino superior deverá ser considerado um direito fundamental e esse direito não poderá ser relativizado pela meritocracia, como se poderia concluir pelo texto constitucional, mas deverá implementar uma atuação universal, de modo a proporcionar maior e mais evidente solução das desigualdades sociais. O acesso ao ensino superior gratuito e de qualidade a uma parcela maior da população não se opõe a um ensino superior de qualidade.

### **Considerações Finais**

Ao iniciarmos o nosso estudo fizemos uma análise das gerações de direitos humanos e de sua importância para a construção dos direitos fundamentais. A primeira geração de direitos é reconhecida pela satisfação das liberdades individuais, sendo que ao Estado incumbe salvaguardar essas liberdades. De acordo como essa concepção, o Estado não teria qualquer relação de invasão na esfera privada.

A segunda geração de direitos está pautada pela aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, devidamente afirmada em um novo papel para o



Estado como garantidor e interventor no meio social, diante dos conflitos de ordem social que não poderiam mais ser ignorados.

Após, viu-se que os direitos fundamentais se dividem-se em “regras” e “princípios, para cuja aplicação foram utilizadas as teorias de Alexy e Dworkin. A partir dessa análise, percebeu-se que o direito social à educação deve ser compreendido como direito fundamental, protegido constitucionalmente, e que o Direito à educação é um dos caminhos de sucesso para o bom desenvolvimento econômico e social, além de que o investimento em educação proporciona uma gama de consequências sociais positivas em favor do Estado e da própria sociedade. A proteção da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente ligada com a proteção a uma educação de qualidade, igualitária e eficiente.

A Constituição Federal protegeu apenas o ensino obrigatório, sem que essa condição se aplicasse ao ensino superior. O entendimento é que ao proporcionar as mesmas garantias para todos dentro da educação básica, haverá o mesmo nível de igualdade de conhecimento, para que os méritos individuais sejam honrados em período específico da vida do cidadão, para brigar por uma vaga no ensino superior. Pois bem, o fato é que as desigualdades sociais, que podem ser vistas e refletidas no meio social, poderiam ser diminuídas com o acesso ao ensino superior de qualidade.

A educação é sem dúvidas uma forma de caminhar para se atingir a proteção e o crescimento econômico e social de uma nação, mas é com o ensino superior que se poderá ter igualdade de condições, alteração de classes sociais, ruptura do ciclo vicioso da pobreza. A meritocracia não é suficiente para a produção de igualdade e de pleno desenvolvimento e promoção da dignidade da pessoa humana, como enseja o texto constitucional.

Respondendo à indagação inicial proposta neste estudo, foi possível concluir que o ensino superior deverá ser considerado um direito fundamental e este direito não poderá ser sonogado pela meritocracia, devendo ter uma implementação efetiva, para proporcionar uma maior e evidente solução das desigualdades sociais.

### **Referências Bibliográficas**

Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.



- Alexy, R. (2003). On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. *Ratio Juris*, 16(4), 433-449.
- Alves, J. A. L. (1994). *Os Direitos Humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva.
- Ávila, H. (2006). *Teoria dos princípios*. São Paulo: Malheiros.
- Barcelos, A. P. (2010). Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In I. W. Sarlet, & L. B. Timm (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível* (pp. 101-132). Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Brasil. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 17 jun. 2018.
- Brasil. (1990). Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. *Diário Oficial da União* de 22.11.1990. Brasília, DF. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm). Acesso em 20 jun. 2018.
- Canotilho, J. J. G. (1993). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (6.<sup>a</sup> ed.). Lisboa: Editora Almedina.
- Comparato, F. K. (1999). *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva.
- Dubet, F. (2001). As desigualdades multiplicadas. Trad. Maria do Carmo Duffles Teixeira. *Revista Brasileira de Educação*, 17(2), 5-18.
- Fonte, F. M. (2013). *Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Saraiva.
- Hachem, D. W. (2013). A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, 13(13), 340-399.
- Hachem, D. W. (2013). Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileira. In R. F. Bacellar Filho, & D. W. Hachem (Coord.) *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade* (pp. 205-240). Belo Horizonte: Fórum.



- Lima Júnior, J. B. (2001). *Os Direitos Humanos Econômicos Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Piovesan, F. (2013). *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional* (14<sup>a</sup> ed.). São Paulo: Max Limonad.
- Reis, R. (2007). *A concretização dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Norton Editor.
- Sarley, W. I. (2003). *A eficácia dos Direitos Fundamentais* (3.<sup>a</sup> ed.). Porto Alegre: Do advogado.
- Serau Junior, M. A. (2015). *Resolução de Conflito Previdenciário e Direitos Fundamentais*. LTR: São Paulo.
- Silva, J. A. (2014). *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Saraiva.
- Silva, V. A. (2003). Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, 1, 607-630.
- Torres, R. L. (2014). *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. São Paulo: Saraiva.
- Vaz da Silva, F. C. (1997). *Direito Constitucional do Trabalho*. São Paulo: Edições LTr.
- Weis, C. (1999). *Os Direitos Humanos Contemporâneas*. São Paulo: Malheiros.