
CONSTITUCIONALIDADE E A RESPONSABILIDADE SOCIAL DOS PRESTADORES DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS

CONSTITUTIONALITY AND THE SOCIAL RESPONSIBILITY OF EDUCATIONAL SERVICES PROVIDERS

José Moisés Ribeiro¹

ISSUE DOI: 10.21207/1983.4225.327

RESUMO

O escopo do presente artigo centra-se na argumentação segundo a qual a educação efetiva-se nos direitos fundamentais. A implementação das políticas públicas, de ações afirmativas, não rompe com os princípios democráticos, mas serve ao ideal de equilíbrio entre o governo da maioria e a participação minoritária no ambiente democrático. A legitimação e a legitimidade democráticas das discriminações positivas coadunam-se perfeitamente com os ditames democráticos insculpidos na Constituição Federal de 1988. O presente texto tem como respaldo a doutrina que mescla a rigidez constitucional e a necessidade de interpretação moderna, adequada à realidade. É imprescindível enxergar a força da Constituição e

¹ É doutorando em Direito (Área de Concentração: Função Social no Direito Constitucional) pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP (2014-2016). Possui Mestrado em Direito das Relações Econômicas-Empresariais pela Universidade de Franca (2006), Licenciatura Plena em Português pela Universidade de Franca (1999), Graduação em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (1995). Atualmente é professor titular do Colégio Alto Padrão - Objetivo de Franca, do Colégio Sapiens de Araraquara, do Colégio Positivo de Ipuã, do Colégio COC de Pitangueiras e Diretor do Curso de Expressão de Língua Portuguesa em Franca.

do Controle Constitucional em prol do bem comum e essa é a intenção das argumentações agora aventadas.

Palavras-chave: Ações afirmativas. Educação; Democracia. Igualdade. Liberdade. Equilíbrio

ABSTRACT

The scope of this article focuses on the argument that education is effective in fundamental rights. The implementation of public policies, of affirmative action, does not break with democratic principles, but serves the ideal of balance between the government of the majority and minority participation in the democratic environment. The legitimacy and democratic legitimacy of positive discrimination is perfectly in keeping with the democratic dictates inscribed in the Federal Constitution of 1988. This text is supported by the doctrine that combines constitutional rigidity and the need for modern interpretation, appropriate to reality. It is imperative to see the strength of the Constitution and the Constitutional Control for the common good and this is the intention of the arguments now proposed.

Keywords: Affirmative actions. Education. Democracy. Equality. Freedom. Balance.

INTRODUÇÃO

A educação é bem a ser preservado de uma maneira singular. A atitude constitucional de previsão da educação como um direito incondicional é fator relevante. Ela deve ser base para a soberania de um povo e elemento de fortalecimento da construção evolutiva de uma nação. Inconcebível é crer na força transformadora de um país incapaz de conduzir os preceitos educacionais com a devida eficácia.

A LDB (Lei de Diretrizes Básicas) e as suas modificações devem seguir os preceitos de importantes pedagogos, como: Paulo Freire, que priorizava a democratização do ensino e a participação efetiva da comunidade escolar; a visão de Anísio Teixeira, em prol de uma ruptura com a alienação. Os princípios constitucionais são imprescindíveis como elementos eficazes para a proteção de direitos fundamentais e devem ser

evocados para não permitir que as ideias de grandes pedagogos sejam usadas como meras falácias por Legisladores despreparados e membros do executivo que só visem à promoção pessoal.

O artigo 6º da Constituição Federal:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Houve uma modificação advinda da emenda 64:

“Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

“Art. 1 O art. 6º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 6 São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Mostra-se a necessidade de trabalhar a construção de uma sociedade de mais envolvimento com o ato de educar. Os pais são impelidos a levarem seus filhos para a formação fundamental, bem como o Estado deve provê-la até o ensino médio. Esse é compromisso legal oriundo da constituição, mas o compromisso moral requer ação contínua do estado para todos os níveis educacionais.

A visão de André Ramos Tavares é muito profícua no sentido de mostrar o amparo constitucional ao ato de educar. É dever do estado.

A Constituição do Brasil proclama abertamente como direito social o direito à educação, no art. 6º. Não estabelece, contudo, de imediato, qualquer especificação de conteúdo ou alcance. Contudo, um conteúdo mínimo pode ser facilmente estabelecido.

Nesse sentido, esse direito significa, primariamente, o direito de (igual) acesso à educação, que deve ser concedido a todos, especialmente para os níveis mais basilares do ensino. Assim, o conteúdo inicial (mínimo) do direito à educação é o de acesso ao conhecimento básico e capacitações, que devem ser oferecidas de forma regular e organizada. Foi no art. 205 que a Constituição especificou referido direito, estabelecendo que deve visar ao “pleno desenvolvimento da pessoa”, “seu preparo para o exercício da cidadania” e a sua “qualificação para o trabalho”. Esses objetivos expressam o sentido que a Constituição concedeu ao direito fundamental à educação. Tem-se, a partir daqui, de compreender um conteúdo da própria educação, como direito fundamental. Não se trata mais de qualquer direito à educação, mas daquele cujas balizas foram construídas constitucionalmente. Isso significa que o direito à educação é o direito de acesso, mas não um acesso a qualquer educação, e sim àquela que atende às preocupações constitucionais. Acrescente-se, nesse sentido, que no art. 210 a Constituição do Brasil admite que sejam estabelecidos conteúdos mínimos para o ensino fundamental¹, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. Ou seja, no usufruto do direito à educação, haverá determinadas pautas comuns, estabelecidas pelo Estado, no interesse geral. No art. 214, inc. V, fala-se em promoção humanística, científica e tecnológica, no sentido de que o Estado deve articular essas realizações com o ensino que há de promover.²

A educação, como prioridade e norma que contempla os direitos fundamentais, é uma forma de manutenção da soberania que casa com a visão filosófica de ética como um bem coletivo e com a postura positivista de Savigny e Augusto Comte, pois é processo que precisa ser marcado

² TAVARES, André Ramos. **Desdobramentos da norma constitucional da autonomia universitária**. In: Cadernos de Direito Constitucional e Internacional, v. 32, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 193.

por regras e normas, ou a visão disciplinar contida na filosofia de Foucault, ou na concepção inclusiva de Hesse. O modo de interpretação proposto por Alexi ou por Müller, apesar das divergências, contempla ações afirmativas e o estado não tem maior participação que a melhora efetiva dos padrões de educação pública de qualidade. Abaixo seguem pensamento e pequeno texto que mostram o posicionamento de Foucault e Hesse em relação à educação: “todo sistema de educação é uma maneira política de manter ou de modificar a apropriação dos discursos, com os saberes e os poderes que eles trazem.”

Certa manhã – eu era um menino agitado, de uns dez anos – acordei com uma sensação inusitada, profunda e doce, de alegria e bem-estar, que me iluminava inteiro como um sol interior (...) Eu nada sabia de ontem nem de amanhã, estava rodeado e inundado daquele hoje feliz. Aquilo fazia bem, e meus sentidos e minha alma o saborearam sem curiosidade nem justificação. Aquilo me invadia e tinha um gosto magnífico.³

1 A RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS

A educação tem como princípio uma relação de reciprocidade e de confiança consagrada pelo tempo como um serviço diferenciado do simples comércio. É imprescindível que haja uma condição de valor marcante no que diz respeito às regras básicas de convívio e de respeito. A ética deve pautar essas relações. É importante o entendimento de que é necessário fazer da relação entre os interessados no ensino uma constante descoberta de bem-estar. A acomodação e a busca de simples interesses econômicos fazem do ensino uma “mercadoria”.

A necessidade de fazer com que haja um respeito ao cidadão tomador do serviço educacional é um fator de respeito à dignidade, de valorização extrema da condição de grande teor de entendimento da diferença desse serviço em relação aos demais. O Direito acolhe a disposição

³ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 1.

de defesa do consumidor, pois esse é um dos preceitos que qualificam a ciência jurídica como norteadora das relações sociais. No caso da educação é ainda mais evidente a necessidade dessa defesa, porque ele representa a prevenção contra distúrbios sociais e uma certeza de que a ruptura com a alienação será assegurada.

O Código Civil prevê, em seu anteprojeto uma disposição de plenitude para os interesses da pessoa jurídica na prestação dos serviços. A educação fica, portanto, resguardada pelo dispositivo a seguir:

A pessoa jurídica não pode ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável, ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da sociedade.⁴

É importante entender-se o dispositivo do anteprojeto de lei do Código Civil acima mencionado como uma forma de precaução nos contratos de prestação de serviços e, inclusive, no que tange os serviços educacionais. Uma empresa fundada para prestar serviços educacionais não pode desviar suas atenções desse âmbito.

É imprescindível cuidar para que haja uma plenitude, uma observação de todos os meios capazes de produzir uma valorização da atividade fim.

O desvio dessa condição pode e deve ensejar uma ação do Ministério Público para que ela seja destituída. É uma forma de precaução contra o prejuízo que pode ser provocado ao cidadão e à sociedade.

O intuito deste trabalho é propiciar a apreciação de situações que equiparam os serviços prestados na educação aos demais serviços e mostrar a peculiaridade e especificidade dessa modalidade de prestação de serviços.

Com base nesse interesse, é importante entender-se a Pessoa Jurídica, em qualquer esfera, como responsável pelo bem comum, por isso é fundamental dar ênfase ao entendimento das funções educacionais como partes de um todo condicionado pela função social como paradigma da

⁴ Artigo 48 do Anteprojeto do CC.

manutenção das atividades de qualquer instituição, ainda mais das voltadas à atividade educacional.

Na educação brasileira, universalizou-se o ensino básico. Mas no passo seguinte não foi dado: o da qualidade. Nada se fez de notável no ensino médio. A crise universitária é profunda, e até hoje não se vê proposta de reforma que chegue à raiz do problema.

Sem ruptura com o padrão atual, sem uma revolução institucional, moral, intelectual e pedagógica, em todos os campos da educação, o salto qualitativo não acontecerá. Mas não basta educação. O setor público não conseguirá, sem reforma profunda, responder a esse desafio. A sociedade precisa querer saltar e saber saltar, sem a muleta do governo.

Em 2025, os brasileiros entre 15 e 30 anos serão 52,5 milhões, 22% da população. Será o auge de sua capacidade de aprender. Precisarão ter escola de qualidade, nos tre níveis. Os que terão entre 30 e 60 anos serão 90,4 milhões, 39% da população. Estarão no auge da produtividade e necessitarão de emprego e de recursos de qualidade para realizar seu potencial. Teremos 61% da população em seu ápice. Se obtiverem sucesso, provavelmente teremos feito tudo o que é preciso para dar o salto.

Em 2025, 34,5 milhões de brasileiros terão mais de 60 anos, mais de três vezes a população de Portugal. Um crescimento de 79%, que adicionará mais 15 milhões de pretendentes à conta da Previdência. Não terão cobertura. O sistema naufragará com eles. E até agora não conseguimos desenhar uma previdência privada que possa complementar uma nova previdência pública.⁵

É importante que depoimentos de cientista políticos, como esse de Sérgio Abranches, sejam verificados como uma contribuição para o enlace da Sociologia e do Direito. É importante que se tenha a consciência de que o modo de condução da educação é fator de supremacia e de soberania nacional.

⁵ ABRANCHES, Sérgio. **Revista Veja**. São Paulo: Editora Abril Cultural, 2004. p. 75.

Muitos dos problemas de ordem estrutural da sociedade podem ser resolvidos com os investimentos na educação que é capaz de exercer uma força contundente e transformadora. Ela representa a superação de barreiras e uma irrefutável valorização de todas as condições de viabilidade de um sucesso em termos de nação evoluída.

O grande problema de identidade das empresas prestadoras de serviços educacionais é encontrar o seu papel real, a sua importância a partir de uma sólida constituição de valor moral e ético. O mais agravante nessa confusão que se faz entre função prioritária na sociedade e simples comércio é a condição de extrema perda do compromisso com a qualidade e a entrega a um universo de pragmatismo de proporções estrondosas.

O Código Civil, ao definir as condições de valor contratual, mostra a necessidade de respeito aos interesses coletivos. A sociedade deve ser atendida em seus anseios de plenitude de correspondência moral. O interesse de um prestador de serviços educacionais não pode estar restrito ao financeiro como único paradigma. É imprescindível o vínculo com o universo voltado à promoção humana, essa sim, uma condição de envolvimento com valores éticos profundos. O Direito e a Sociologia encontram-se para que haja uma disposição crescente em proporcionar o bem estar do homem. Esses são estudos que devem priorizar a vida, a verdade e entender a educação como alicerce de uma sociedade justa.

A Constituição Federal mostra o empenho que deve ser feito pelo poder público quanto ao provimento da educação de qualidade. O artigo 5º da Constituição preserva os direitos fundamentais e mostra a necessidade de uso do bom senso e da intenção de proteção aos direitos individuais, para isso a educação é colocada como um valor fundamental para a disposição dessa atitude de busca de promoção humana.

O artigo 227 da Constituição Federal traz uma precaução jurídica importante para o Estado, pois observa a necessidade de garantias quanto à educação. Posteriormente, será analisada a necessidade de trabalho com uma proposta de plenitude na observação das empresas prestadoras de serviços educacionais. Elas devem ter a mesma disposição do estado na garantia da qualidade dos serviços prestados.

art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à

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

A clareza e objetividade do presente artigo asseguram a responsabilidade do legislador ao trabalhar com a proposta de fazer valer os direitos da criança e do adolescente, uma preocupação social inexorável.

O nexos disposto dentro do âmago deste artigo constitucional expõe a preocupação legislativa com a proposta de forte teor de vínculo com a função social. A educação e a cultura têm um respaldo na complexidade da palavra liberdade. Essa só se estabelece com a força da informação, da busca do crescimento pessoal.

Dentro do artigo há uma referência à dignidade. Ela tem como parâmetro essencial a postura de força dos indivíduos, de repulsa à alienação. A educação de qualidade é uma forma essencial de garantir ao homem a disponibilidade de meios para ser digno. Um cidadão pleno tem todas as prerrogativas que dão garantia à manutenção de seus direitos e da sua inteireza.

A exclusão social se faz pela falta de acesso à informação plena. As instituições educacionais devem prover os indivíduos por elas acolhidos de acesso à toda informação capaz de garantir a inclusão. A promoção social é resultado de uma capacidade crítica e essa só é possível a partir da total ruptura com a alienação. Os indivíduos que têm a capacidade de trabalhar com a informação são totalmente prontos para uma disponibilidade de ingresso no mundo da crítica. Eles serão os cidadãos que terão acesso ao pleno poder de participação social, serão ativadores do Direito e não deixarão que a justiça paire no mundo da abstração platônica.

Um outro aspecto abordado dentro do artigo 227 é a questão da violência. As instituições prestadoras de serviços educacionais devem primar pela formação plena. Uma sociedade mais justa não sucumbe à violência. Os estabelecimentos de ensino, inseridos na comunidade, são, também, alvo de constantes atos de violência. Esse tema foi discutido em um interessante artigo do professor Júlio Groppa Aquino, publicado na revista Nova Escola de maio de 2002, do qual destacamos um trecho para posterior discussão.

Nos últimos anos, evocar a imagem de escolas violentas tem-se tornado clichê entre educadores, principalmente nos grandes centros urbanos. Essa imagem inquietante é fortalecida sempre que ocorrem episódios truculentos associados a estudantes e professores. E o que apenas exceção parece tornar-se regra.

Quase instantaneamente, fixa-se no imaginário social mais um motivo enganoso para que a educação seja tomada como uma profissão prejudicada pelo entorno social, uma profissão quixotesca, à beira do impossível...

A violência urbana é, de fato, um grande problema. Em algumas regiões do Brasil, a incidência de atos violentos extremos é maior até do que no Oriente Médio ou na África, onde há guerra civil aberta. Então, alardeamos que nossas escolas estão sendo invadidas pela brutalidade do contexto social. Isso é verdadeiro apenas em parte. Primeiro, vale lembrar o óbvio: nas escolas, há muito menos violência do que no âmbito geral da sociedade. Depois, que o cotidiano escolar não só incorpora as ameaças de seu exterior como produz ele mesmo conflitos, embates e exclusões

Por isso, a escola não pode ser pensada como refém de um entorno hostil ou de outras instituições violentas. Se lá acontecem situações perigosas, é porque elas são, em alguma medida, potencializadas pelas relações lá existentes.

Há violência quando alguém, por vontade própria, causa danos à dignidade de outras pessoas. Isso pode ser feito de maneira explícita, por exemplo quando atentamos conta a integridade física do outro ou seus bens materiais. Ou de maneira simbólica, como quando afrontamos sua integridade moral ou sua participação social.

Contra a primeira, temos o direito. Contra a segunda, apenas a ética democrática.⁶

⁶ AQUINO, Júlio Groppa. **Revista Nova Escola**, São Paulo, Editora Abril Cultural, maio de 2002. p. 22.

O atual modelo de prestação de serviços educacionais tem uma necessidade de adequação ao modo de vida da modernidade. Infelizmente, há uma imperiosa preocupação com a segurança dos alunos. Principalmente, porque nos estabelecimentos particulares encontram-se aqueles que dispõem de mais recursos e, portanto, os mais visados pela ação criminosa.

É importante ressaltar que a ação efetiva da escola de qualidade é capaz de produzir cidadãos mais críticos e, portanto, mais capazes de concretizarem uma sociedade mais justa, com menos desigualdades. A violência gerada nas grandes cidades, e até nas pequenas, é carregada para as salas de aula, um reflexo dos desajustes que só podem ser sucumbidos com a evidência de um acesso à informação, com a valorização do setor educacional.

O artigo 227 da Constituição Federal é capaz de apontar para a necessidade de resguardar a dignidade através da educação e esse é um presságio de nações avançadas, de um Estado preocupado em lidar com os problemas básicos de seu povo com austeridade e competência. Essa é necessária, inclusive, na medida em que pese a autorização de funcionamento das entidades privadas de prestação de serviços ligados à educação.

2 A REALIDADE EDUCACIONAL E O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Alexy é adepto de uma interpretação amparada pelo uso máximo do poder cognitivo. Infelizmente há um decréscimo de aprendizagem designado por uma falha na educação. O princípio da igualdade e o da legalidade devem ser usados em prol de uma real evolução. Só a informação e a formação garantem emprego de qualidade e sustentabilidade econômica.

A visão de André Ramos Tavares coaduna com a postura de uma educação plena, qualitativa e não meramente formal e quantitativa. É uma forma de ação capaz de solidificar sociedades esclarecidas e incapazes de ceder ao gosto de ditadores ou de radicais. A força de uma nação evoluída precisa de academia forte, de pesquisa e escolas sérias.

A baixa qualidade da educação pública é uma forma de oposição a toda postura democrática. É preciso agir com concretude e não aco-

lher a baixa capacidade de inteligência. Os índices de leitura são baixos entre os alunos e professores no Brasil, um mal que retarda o crescimento. A futilidade e a alienação deterioram a autocrítica. É o conformismo com a incompetência, a inércia diante do atraso.

O ensino público e o privado são clientelistas. Os interesses financeiros e políticos partidários suplantaram a possibilidade de real formação. A educação, hoje, é pragmática. O aluno é o cliente e não mais aquele que está em formação para a evolução cognitiva.

A construção sólida dos preceitos constitucionais é fator gerador da grandeza das estruturas capazes de garantir a instrução de qualidade. É no respaldo de uma legislação capaz de unir a rigidez à adequação, o caráter híbrido, que se fundamentam diretrizes educacionais sérias. As instituições de ensino, sejam elas públicas ou particulares, devem fugir do clientelismo, do “pedagogismo de modinha”, vazio de preceitos científicos. Só há uma forma de garantir sucesso educacional: com órgãos pedagógicos e administrativos sérios e voltados ao bem coletivo; com a ruptura total com a marca pragmática, pois educar é ato vocacional.

O doutor Ives Gandra Martins, relator da Constituição Federal de 1988, sempre preocupado com questões relativas à inclusão, deu destaque à educação. É lastimável que os Legisladores e os administradores _ federais, estaduais e municipais _ não tenham a Capacidade de levar a cabo o texto constitucional. Há uma disparidade histórica entre a Carta Constitucional e o fato concreto. Salas de aulas depauperadas; alunos em salas multiseriadas e um só professor; ensino médio reduzido a cursos “tapa buracos”; a famigerada progressão continuada (substituída por outras nomenclaturas, mas ainda presente); as dependências; o ensino à distância como válvula de escape aos não adeptos à real educação são alguns dos males da ingerência pedagógica. Os cursos EAD são excelentes formas de universalização, mas precisam de uma reformulação completa, desde a concepção até à execução. Há um público sério e que necessita de educação e outros que seguem o modismo.

A reversão do quadro caótico da educação brasileira precisa da seriedade constitucional de Savigny e da visão normativa de Müller e da conduta de adequação de Alexy. Só com o hibridismo e a decência fundada no Constitucionalismo pleno é que se pode soerguer a educação nacional.

3 EDUCAÇÃO E O CONTROLE CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal é, no Brasil, um texto pouco conhecido pelos leigos. Ela tem força normativa originária, mas muitos só sabem dos códigos dela oriundos. É imprescindível que sua popularização torne-se bandeira da OAB e de homens públicos sérios. É com esse conhecimento sobre a Carta Constitucional que os cidadãos poderão entender a sua capacidade norteadora e contratualista.

Rousseau, Locke e Hobbes perceberam, como contratualistas, e cada um a seu modo, a capacidade de um pacto social. É uma forma de dar sequência à própria noção de nação. O sentido de nacionalidade é perdido quando a ignorância e a alienação perduram. Há necessidade de um controle constitucional tão rígido quanto ao destinado ao âmbito eleitoral ou econômico para com a educação no país.

A condução da amplitude constitucional deve ser holística e erga omnes. Não há como privilegiar classes em relação à educação. O voto dos Ministros do STF na ADPF 186 que mostra a acessibilidade como um bem para a educação é louvável. Todavia, é preciso entender a necessidade da força do controle no quesito qualidade. A quantidade de alunos matriculados é, ainda, fator de orgulho político partidário e regozijo para as redes particulares de ensino. Há, porém, a necessidade de estruturar as bases de uma educação realmente inclusiva. É ela que pode nutrir o vigor de políticas públicas sérias e voltadas ao bem comum.

No caso da Universidade de Brasília, a reserva de 20% de suas vagas para estudante negros e ‘de um pequeno número delas’ para índios de todos os Estados brasileiros pelo prazo de 10 anos constitui, a meu ver, providência adequada e proporcional ao atingimento dos mencionados desideratos. A política de ação afirmativa adotada pela Universidade de Brasília não se mostra desproporcional ou irrazoável, afigurando-se também sob esse ângulo compatível com os valores e princípios da Constituição” (Voto do Ministro Ricardo Lewandowski).

Argumento corrente contra a ação afirmativa dava conta de sua inconstitucionalidade. Muito embora a questão já tenha sido julgada pelo STF na ADPF nº 186 – tendo sido afastada a inconstitucionalidade de

tal política inclusiva – a Constituição Federal já abonava, mesmo antes do julgamento em foco portanto, a chamada discriminação lícita. Há alguns exemplos disso. A licença maternidade, de 120 dias, para a mulher e, para o mesmo fato (nascimento) licença paternidade de 5 dias. É uma discriminação perfeitamente lógica e razoável, já que a mulher dá a luz, precisa recuperar-se do parto e amamenta, necessitando de um prazo maior que o homem para estar com seu filho, adaptar-se a uma realidade que lhe atinge fisicamente, materialmente, o que já não ocorre com o homem. A idade constitucionalmente prevista como mínima para o ingresso do ser humano no mercado de trabalho é de 16 anos, ou 14 na condição de aprendiz (arts. 7o, XXXIII e 227, § 3o, I, Constituição Federal), mas esta diferenciação se dá em face de critérios lógicos, como desenvolvimento físico, mental e psicológicos mínimos do indivíduo, algo determinado biologicamente e avaliado por este critério. Por fim, os deficientes físicos devem ter suas vidas integradas a comunidade e facilitado seu acesso aos cargos públicos, por exemplo (203, IV c/c 37, VIII, Constituição Federal). Decorre daí que participarão tais indivíduos de concursos públicos em situações especiais, vale dizer, positivamente diferenciadas. O tema, portanto, deve ser discutido quanto ao seu mérito e não quanto a forma, eis que diferenciar, discriminar ou segregar são ações perfeitamente lícitas e constitucionais. †† Essa visão substancial para interpretar a questão da ação afirmativa já se manifestava em nossos tribunais mesmo antes do julgamento da questão pelo STF: “O princípio da igualdade torna-se efetivo não somente pelo oferecimento de iguais condições a todos, mas, também, pela estipulação de discriminação positiva, quando verificada uma desigualdade entre determinados grupos sociais que torna dificultosa a plena atenção à isonomia constitucional. Nesse sentido, a reserva de vagas para os negros, indígenas e estudantes de baixa renda, verdadeira discriminação positiva, não ofende o princípio da isonomia (...) A igualdade aqui espelhada deve ser

encarada sob uma ótica material, vale dizer, não é suficiente que formalmente todos sejam iguais, que todos recebam tratamento igualitário, se, ao comparar-se a realidade, a igualdade material inexistente. Tal diferenciação é o que justifica a ‘política de cotas’ em universidades públicas, destinando o Estado um percentual das vagas ofertadas a grupos que historicamente não têm, nem nunca tiveram acesso a esse nível de ensino, como comumente ocorre com os negros, com os indígenas e com os estudantes de baixa renda” (TJ-AM, Remessa de Ofício 2004.003753-5, Rel. Des. Maria das Graças Pessoa Figueiredo, Julgado em 23.03.2005).

A questão afirmativa ficou evidente na decisão do STF para as cotas na Universidade Federal de Brasília. É um desejo de regular a ação da inclusão educacional. É pertinente dizer que não há consenso quanto às cotas, mas elas são, inegavelmente, uma forma de ação concreta. O ato de agir em prol das questões de controle requer do STF um cuidado para validar preceitos constitucionais, como o da igualdade.

A impossibilidade de uma postura de envergadura isenta dos interesses político-partidários tem exaurido o poder de órgãos como o MEC. Ele tem que atender à urgência da satisfação popular, uma atitude paternalista e, muitas vezes, deixa que a baixa qualidade seja encoberta pelo emblema da necessidade de acomodar alunos. É preciso entender as lições constitucionais de Müller, Paulo Bonavides e Alexy, pois embora divergentes em muitos aspectos, há, nos três, uma convergência no sentido de ser o texto constitucional o amparo para o bem comum. A sociedade precisa da força do contrato, da Constituição, para garantir princípios, como o da igualdade.

4 EDUCAÇÃO E INCLUSÃO SOCIAL

As políticas públicas são reais, caso haja um poder de adequação às verdades sociais. É impossível pensar no FIES e no SISU como elementos inclusivos em sistemas educacionais que não priorizam a qualidade. É importante entender a força da norma presente em Kelsen e em

Müller como fator balizador da coerção, quando necessária, para que o administrador dê amplitude à educação como elemento primaz para a soberania nacional.

A inclusão não se faz só com a chegada dos cidadãos às universidades, muitas vezes pírias e insólitas. A formação plena deve ser o alvo. É importante preparar pessoas para a vida profissional e, jamais, mantê-las isoladas e banidas do mercado de trabalho por uma situação de incompetência. São estes incompetentes que formarão grupos de excluídos com diplomas insignes nas mãos.

Há uma ilusão criada pelo acesso às universidades. Elas não são a salvação, principalmente pela falta de qualidade da maioria das instituições particulares. É lamentável ver a forma como há cumplicidade entre os ensinos fundamentais e médios de baixa qualidade como sustento para um sistema universitário privado que se beneficia dos créditos governamentais. É este conglomerado formado por interesses puramente financeiras que mais se beneficia da estrutura, ou desestrutura, gerada por falsa ideia de política pública e ação afirmativa voltada para o setor.

O Controle Constitucional deve ser voltado à concepção de uma ação do Executivo que tenha uma condição de suprir, com esmero, as necessidades educacionais. É muito importante a ação de uma corte, como no caso do Brasil, do STF, para dar ensejo ao controle de preceitos constitucionais que protejam os interesses comuns. Só com a ação capaz de adequar a constituição às inovações tecnológicas, como o EAD, será possível incluir. As cotas não são efetivas, mas paliativas; o PROUNI e o FIES não são totalmente eficazes sem uma estruturação quantitativa. Só com a ação isenta de interesses pragmáticos puros e com uma visão mais voltada à eficácia dos órgãos públicos é que se pode pensar em educação inclusiva.

As cotas não resolvem a questão de declínio educacional. A proposta inclusiva nelas prescritas geram debates, conflitos e acirram diferenças e preconceitos. É claro que é preciso tratar os desiguais dentro de suas desigualdades, mas necessário entender e aplicar o preceito *erga omnes*. A aplicabilidade principiológica é fator essencial. Há uma contínua concepção de valor Constitucional a ser arguida em prol da conduta de oportunidades iguais na sociedade. A proteção de desfavorecidos não pode ceifar oportunidades gerais. É inconcebível que a Corte suprema não seja, também, capaz de cuidar do preceito constitucional da qualidade educacional. É essa capacidade de qualificação que fará plena diferença

em relação às oportunidades reais, um elemento que deve ser crucial para políticas públicas e ações afirmativas reais, como leciona Alexy:

“ a) tratar o igual desigualmente; b) tratar o substancialmente igual desigualmente e; c) tratar o substancialmente igual arbitrariamente de forma desigual, sendo todas elas derivadas da interpretação dada ao tema pelo Tribunal Constitucional Alemão.”

As três prerrogativas são extremamente esclarecedoras de uma necessidade de interpretação caso a caso. É primordial entender a ideia de adequação do texto constitucional à realidade, de sua interpretação eivada de coerência.

O tribunal constitucional pode distanciar-se tão longe quanto ele quer daquilo que o povo realmente pensa e quer e, contudo, promover a pretensão de que ele representa-o. O caminho do constitucionalismo discursivo, que inicia nos direitos fundamentais, passa sobre a ponderação, o discurso e a jurisdição constitucional, termina em um lugar da ilusão, no qual tudo pode ser legitimado. A objeção levantada demonstra a preocupação dos críticos e dos céticos do constitucionalismo discursivo e da democracia deliberativa tão rigorosamente defendidos por Alexy, razão pela qual ele faz questão de elucidar os principais aspectos que procuram responder as inquietações cogitadas sobre tal modelo: Essa objeção pode ser rejeitada se é possível mostrar que, primeiro, jurisdição constitucional, como argumento ou discurso, não admite tudo e que, segundo, jurisdição constitucional, como representação, pode ser unida com aquilo que o povo realmente pensa. Jurisdição constitucional, como argumento, não admite tudo, se podem ser distinguidos argumentos jurídico-constitucionais bons de ruins ou melhores de piores. [...] A existência de argumento bons ou plausíveis basta para deliberação ou reflexão, mas não para a representação. Para isso, é necessário que o tribunal não só promova a pretensão de que seus argumentos são os argumentos do povo ou do cidadão; um número suficiente de cidadãos precisa, pelo menos, em perspectiva mais prolongada, aceitar esses

argumentos como corretos. Somente pessoas racionais estão capacitadas para aceitar um argumento por causa de sua correção ou validade.⁷

Os argumentos constitucionais são básicos, segundo o texto de Alexy. Ele mostra a necessidade de coerência em defesa da cidadania. A racionalidade é fator primordial para a aceitação dos elementos constitucionais.

V – A EDUCAÇÃO E O CONSEQUENCIALISMO

A educação não pode ceder aos anseios utilitaristas. É impossível pensar nas condições pragmáticas como forma de balizar os preceitos educacionais. Só com as marcas de uma visão holística é que se pode pensar em uma nação evoluída. Os mais importantes traços de inclusão social estão arraigados em ações afirmativas que ultrapassam o simples desejo de aproveitamento econômico e de um pensar exclusivo na relação custo-benefício.

E M E N T A: criança de até cinco anos de idade – Atendimento em creche e em pré-escola – sentença que obriga o Município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino Infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida – legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o poder público – doutrina – jurisprudência – obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças – educação infantil – Direito assegurado pelo próprio texto constitucional (cf, art. 208, IV, na redação dada pela ec nº 53/2006) – compreensão global do direito constitucional à educação – dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (cf, art. 211, § 2º) – legitimidade constitucional da intervenção do poder Judiciário em

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 164-165.

caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição – inocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes – proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas” – reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social – pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito de superveniência de nova realidade fática – questão que sequer foi suscitada nas razões de recurso extraordinário – princípio “jura novit curia” – invocação em sede de apelo extremo – impossibilidade – recurso de agravo improvido. (Ministro Celso de Melo)

O ato de defesa dos direitos fundamentais precisa estar calcado em elementos de ordem ontológica e de respeito pleno à ética. As alegações da reserva do possível tornaram-se concepções muito próprias a acobertar a falta de capacidade de gestão eficaz.

A ação governamental deve pautar-se pelo equilíbrio orçamentário. A alocação correta de recursos é instrumento de resguardo do erário. A educação não pode ficar à mercê do jugo de uma má aplicação dos recursos públicos. A sociedade anseia por situações que mostrem o avanço e a dedicação de governantes e a educação representa uma total adesão ao gosto por uma sociedade evoluída.

A Coreia do sul é um exemplo de evolução marcada por plenitude no cuidado com os sistemas educacionais. O país deixou de ser um amontoado de aldeia de pescadores dedicados, mas analfabetos, e, depois da derrocada da segunda guerra mundial, tonou-se um potencial intelectual. É um exemplo de uso correto dos recursos. O orçamento não é desculpa para a alegação de reserva do possível, mas uma forma de garantir a acessibilidade de forma universalizada ao saber.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de políticas públicas bem orquestradas é veemente. A ação das cortes constitucionais é fator de extrema necessidade para a garantia da ética. Não se pode cobrar evolução em um país de alie-

nados. É com a força da estrutura educacional séria que se rompe a futilidade, a ignorância e garante-se a inclusão social.

Os ensinamentos de Alexy trazem à tona a necessidade de um Estado forte que tenha o poder de primar os atos governamentais em ações de cunho afirmativo. Os Direitos fundamentais por ele preconizados exigem homens públicos probos e capazes. Os princípios constitucionais, como: a igualdade e a equidade são marcas de um povo evoluído.

O texto constitucional de 1988 contempla os direitos fundamentais e dá à educação um lugar de destaque, conforme o desejo de Yves Gandra Martins, mas a execução é falha. O dever de Legisladores é mal exercido e o dos administradores mostra o descrédito do Executivo. Só a ação de resguardo da Constituição Federal pode dar fulcro à defesa da acessibilidade plena à escolaridade. É a informação aliada à formação que podem garantir a paz libertadora.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BONAVIDADES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 13-50.
- SCHUARTZ, Luiz Fernando. **Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem**. Disponível em: <http://www.direitorio.fgv.br/admin/pub_images/arquivos/CONSEQUENCIALISMO%20RACIONALIDADE%20E%20MALANDRAGEM%20SCHUARTZ%20FINAL.pdf> Acesso em: 26/06/2015.