

As Origens Filosóficas e Jurídicas da Educação Como Direito Público Subjetivo

The Philosophical and Legal Origins of Education as Subjective Public Right

MARCOS ROHLING¹

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Catarinense (IFC), Videira (SC). Brasil.

RESUMO: Este trabalho tem por finalidade investigar as origens filosóficas e jurídicas da educação como direito público subjetivo, concepção esposada pela Constituição Federal de 1988 e pelas demais legislações educacionais hodiernas como forma de responsabilização do Estado pela oferta educacional e pela obrigatoriedade escolar. A ideia básica do texto é a da compreensão histórica da visão segunda a qual ao Estado incumbe o oferecimento da educação, de forma a se diminuir as desigualdades sociais, no tocante às oportunidades educacionais. Neste íterim, a investigação se articula em três partes: inicialmente, apresenta-se a educação na ordem constitucional de 1988 como um direito público subjetivo de natureza social; em seguida, avança-se mais decisivamente nas origens dessa concepção desde as teorias liberais do século XVII, passando por Gerber, Ihering até chegar em Jellinek; finalmente, na terceira parte, contempla-se o desenvolvimento dessa concepção no Brasil, especialmente por Pontes de Miranda na década de 1930.

PALAVRAS-CHAVE: Direito público subjetivo; educação; direito à educação; Jellinek; Pontes de Miranda.

ABSTRACT: This work aims to investigate the philosophical and legal origins of education as subjective public right, ideas exposed by the CRFB/1988 and other educational laws as form of State accountability for educational provision and the schooling requirement. The basic idea of the text is the historical understanding of the view according to which the State is responsible for offering education, in order to reduce social inequalities, regarding educational opportunities. With that in mind, the investigation is divided into three parts: initially, education is presented in the 1988 Constitutional order as a subjective public right of a social nature; after that, the origins of this conception are more decisively advanced since the liberal theories of the 17th century, passing through Gerber, Ihering until arriving to get Jellinek; finally, in the third part, the development of this concept in Brazil is contemplated, especially by Pontes de Miranda in the 1930s.

1 Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-8379-3581>.

KEYWORDS: Subjective public right; education; right to education; Jellinek; Pontes de Miranda.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A educação na ordem constitucional de 1988: um direito público subjetivo de natureza social; 2 A gênese filosófica e jurídica do direito público subjetivo; 2.1 Gerber e o problema dos direitos públicos subjetivos; 2.2 Ihering e os direitos subjetivos; 2.3 Jellinek sobre direitos públicos subjetivos; 3 O aparecimento da educação como direito público subjetivo no ordenamento jurídico brasileiro; 3.1 Pontes de Miranda e a educação como direito do homem: a defesa da educação como direito público subjetivo; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Entende-se, hoje, que a educação, no âmbito da legislação educacional, é direito público subjetivo, de modo que o acesso ao ensino é obrigatório e gratuito (art. 208, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988)². Com efeito, consoante o que defende Boaventura (2004, p. 9), a educação só poderá ser considerada efetivamente como um direito de todos, se existirem, de fato, escolas para todos – considerando-se que o seu referencial maior encontra-se no art. 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que estabelece que todos os seres humanos têm direito à educação. Dessa feita, se há um direito público subjetivo à educação, isso quer dizer que o indivíduo tem a faculdade de exigir do Estado o cumprimento da prestação educacional pelos Poderes Públicos, pelo que, do seu não oferecimento, tem-se a responsabilização da autoridade competente. Em linhas gerais, esta é a concepção de educação presente na Lei Magna: elevada à condição de serviço público essencial que impende ao Poder Público ofertar que o direito à educação como direito de todos é direito público subjetivo (SILVA, 2014, p. 851-5).

De fato, ainda conforme a compreensão de Boaventura (2004, p. 8-9), a Lei Maior recepciona longa discussão da doutrina brasileira, na qual se destacam figuras como Pontes de Miranda, Esther de Figueiredo Ferraz, Lourival Vilanova, entre outros, que têm lutado para a efetivação do direito à educação, tanto quanto do direito da educação, como uma disciplina jurídica que não se confunde com a simples e descritiva legislação do ensino, pois, como evidencia o art. 6º, ao lado de saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, à infância e assistência aos desamparados, a educação é um direito social por excelência.

2 Para os propósitos deste artigo, utilizar-se-ão, no que se segue, as siglas CRFB/1988 para fazer referência à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e LDBEN/1996 para fazer referência à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996.

No entanto, importa saber de onde promana essa concepção espousada pelo texto constitucional, que é este precisamente o problema deste artigo, vale dizer, a investigação das origens filosóficas e jurídicas da concepção constitucional de educação como direito público subjetivo – tendo-se em mente que a defesa do direito à educação na sociedade brasileira é um importante meio para a diminuição das desigualdades sociais. Assim, tendo-se em vista o inegável valor que a educação alcançou, sobretudo se se entender como um desdobramento dos direitos humanos, intenta-se inquirir as bases da concepção da educação como direito público subjetivo por meio da investigação das suas origens, tanto na seara jurídica quanto na filosófica, de forma a atingir-se a clareza quanto ao seu significado como forma de se potencializar a sua exigência, em termos prestacionais, diante do Estado.

Para tanto, com base em uma perspectiva metodológica bibliográfica e documental, o presente texto será arvorado como se segue: em primeiro lugar, indicar-se-á a educação no quadro do texto constitucional, seja como direito fundamental de natureza individual e social, apontando os elementos que estruturam a sua concepção, seja como direito público subjetivo. Em segundo lugar, investigar-se-á a ideia de direito público subjetivo. Nesse particular, buscar-se-á a sua base nas teorias do direito público, oriundas no quadro do direito público alemão, particularmente nas obras de Gerber, Ihering e Jellinek, as quais foram responsáveis por trazer para o âmbito do direito público a ideia de direito subjetivo do direito privado. Finalmente, em terceiro lugar, voltar-se-á a atenção para a sua defesa no Brasil, sobretudo a partir da obra de Pontes de Miranda, que defenderá que a educação, como direito público subjetivo, exige não apenas a garantia e o reconhecimento do dever prestacional do Estado nessa seara, mas os direitos de ação como forma de efetivar a pretensão de seu titular. Espera-se, assim, que essas discussões permitam ampliar o debate sobre a extensão da natureza do direito à educação na legislação nacional, bem como das suas bases teóricas.

1 A EDUCAÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988: UM DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DE NATUREZA SOCIAL

Na história da educação brasileira, o direito à educação é uma das contribuições sociais da Constituição de 1934, a qual determinava que caberia ser ministrado pela família e pelos Poderes Públicos a brasileiros e estrangeiros. É esse mesmo direito que será constitucionalizado pela Cons-

tituição Federal de 1988. Conforme afiança Boaventura, de 1823 a 1988, a matéria educacional foi crescendo no ordenamento jurídico, partindo da gratuidade do ensino primário, na Constituição Imperial de 1824, até uma abrangência maior na atual Constituição com todas as ementas constitucionais (BOAVENTURA, 2004).

Na Carta Magna de 1988, o direito à educação foi reconhecido em vinculação às liberdades fundamentais e aos direitos sociais. O art. 5º da CRFB/1988 estabelece uma variedade abrangente de direitos e liberdades fundamentais, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII – é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII – ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]. (BRASIL, 1988)

Destacam-se, na citação *supra*, aqueles aspectos que se espriam diretamente à educação, entre os quais se observa nominalmente os seguintes temas: “[...] igualdade jurídica entre o homem e a mulher, a liberdade de

consciência e de expressão, a liberdade de associação, a condenação a todo tipo de maus-tratos e a condenação ao racismo como crime inafiançável” (CURY, 2000, p. 19). Desse ponto de vista, no exercício do direito à educação, esses outros direitos também se fazem presentes, pois não podem ser dissociados como grande princípio da liberdade, por exemplo, da liberdade de pensamento e da liberdade de consciência e de expressão, que são associados aos princípios constitucionais educacionais. De certo modo, o exercício dessas liberdades fundamentais reflete-se na prática da educação como atividade coletiva.

Com efeito, é como um direito de natureza social, indicando o seu *status*, em termos de direitos e garantias fundamentais, conforme dispõe o art. 6º da CRFB/1988: “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” (BRASIL, 1988). Cabe enfatizar que esses direitos sociais são decorrentes, filosófica e juridicamente, dos *direitos humanos de segunda geração*, os quais têm em vista assegurar a igualdade, isto é, sem eles as liberdades garantidas resultariam vagas, formais e imprecisas, de vez que criam as condições mais propícias para que se tenha o exercício efetivo das liberdades fundamentais. Também, os direitos sociais requisitam uma presença ativa de financiamento e ativos econômicos para serem realizados. Essa posição é endossada por um jurista brasileiro como Alexandre de Moraes. Para ele,

direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. (2002, p. 202)

Dentro da visão, os direitos sociais traduzem-se em prestações positivas a serem ofertadas pelo Estado aos habitantes de seu território, “especialmente aos mais fracos e, normalmente mais numerosos, com o objetivo de diminuir as desigualdades sociais através da oferta de oportunidades para um número cada vez maior de cidadãos” (MOTTA, 1997, p. 155). Deveras, os direitos sociais elencados no art. 6º, como advoga Novelino, estão consubstanciados em normas principiológicas a serem cumpridas conforme as circunstâncias fáticas e a estrutura jurídica existentes, consoantes à es-

sencialidade para a proteção da dignidade humana e para a promoção de condições dignas de existência (2016, p. 466).

Mas há outras implicações relevantes aqui: a educação é vista como um direito social, o que implica que o Estado deva oferecê-la a todos, como um dever correspondente, ainda que a responsabilidade pela educação seja dividida entre a família e a sociedade, de forma genérica. Baseando-se na interpretação que Anísio Teixeira faz da pedagogia de Dewey, José Afonso da Silva explica que a concepção de educação agasalhada pela CRFB/1988, ao declarar que ela é um direito de todos e dever do Estado, é justamente aquela que a concebe como um processo de reconstrução da experiência e, portanto, como um atributo da pessoa humana³. E, nesse sentido,

tal concepção importa [...] em elevar a educação à categoria de serviço público essencial que ao Poder Público impende possibilitar a todos, daí a preferência constitucional pelo ensino público, pelo que a iniciativa privada, nesse campo, embora livre, é, no entanto, meramente secundária e condicionada. (2014, p. 852)

Com efeito, o legislador constitucional, no espírito do que se disse antes, entende que a educação, como direito de todos e dever do Estado e da família, deve ser promovida e incentivada por ele, Estado, com a colaboração da sociedade, tendo por mote: (i) o pleno desenvolvimento da pessoa; (ii) o seu preparo para o exercício da cidadania; e (iii) a sua qualificação para o trabalho⁴. Sobre a explicitação desse princípio, que é posteriormente retomado pela LDBEN/96, Cury compendia que a pessoa, a cidadania e o trabalho são três conceitos que sintetizam os fins da educação e até mesmo da ordem social (CURY, 2000, p. 28).

Em razão disso, entende-se que a educação deve se voltar ao pleno desenvolvimento da pessoa, em cujo processo se encontram, especialmente, a preparação essencial para o exercício ativo da cidadania e a qualifi-

3 Aqui, tem-se no horizonte, particularmente, o livro *A educação não é privilégio*, de 1971, no qual Anísio Teixeira explica que apenas o Estado deve ministrar a educação se se considera que ele seja obrigatória, gratuita e universal. E isso porque, dessa forma, assegurar-se-ia que efetivamente a educação não fosse *privilégio* de quem tivesse posses. No mesmo sentido, considerada como direito, a educação não poderia ser encarada como benevolência de uma classe dominante (TEIXEIRA, 1971, p. 54).

4 *In verbis*: “Art. 205. 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”.

cação para o mundo do trabalho⁵. É um dado interessante a se observar a triangulação em que estão afixados os fins: em primeiro lugar, tem-se a pessoa humana; em segundo, a cidadania; e, por fim, a qualificação para o trabalho. Ela parece sugerir uma ordem de importância a ser levada em conta pelos Poderes Públicos na efetivação do sistema educacional e na realização dos direitos educacionais. Como advogam Rizzi, Gonzalez e Ximenes (2011, p. 28):

Não se nega que as necessidades da vida e o avanço tecnológico exijam que as pessoas estejam cada vez mais qualificadas para o trabalho e que uma das formas de se conseguir isso é por meio da educação. No entanto, o desenvolvimento da pessoa implica muitas outras dimensões, principalmente o pleno desenvolvimento das capacidades humanas e o consequente preparo ao exercício da cidadania.

De fato, chega-se, assim, à aceção de que o direito à educação é direito público subjetivo, visão essa que é esposada pelo § 1º do art. 208 da CRFB/1988, deixando clara a responsabilidade do Estado para com a educação e a sua efetivação: “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” (BRASIL, 1988). Em relação a isso, duas considerações devem ser feitas: (i) a primeira delas diz respeito ao fato de que a educação, sendo um direito público subjetivo, determina que todo cidadão tem a prerrogativa, aqui de forma individual, inclusive, de requerer o direito à educação; e (ii) a segunda que a CRFB/1988 prevê medidas para assegurar o exercício desses direitos e dessas liberdades fundamentais⁶.

5 Os autores Rizzi, Gonzalez e Ximenes (2011, p. 28) interpretam esse artigo como segue: “Aqui fica explícito o dever do Estado e o direito de todas as pessoas, sem qualquer distinção, com relação à educação. Também está definido que a família tem deveres (os pais e mães, por exemplo, são obrigados a matricular seus filhos e filhas na escola) e que a educação tem como objetivo o desenvolvimento integral da pessoa e a preparação para a inserção cidadã. O fato de a Constituição citar ainda a qualificação para o trabalho não significa ser esse seu objetivo principal, como muitas vezes se tenta interpretar. A educação profissional, para respeitar sua natureza de direito social constitucional, precisa estar integrada à concepção ampla de educação, possibilitando a inserção autônoma e qualificada no mundo do trabalho”.

6 É imperioso destacar que, ainda que se fale do direito à educação na ordem constitucional, não se vai avançar na direção da discussão sobre a distinção entre os diferentes níveis da educação brasileira e sua condição em termos de direito público subjetivo. Essa discussão é demasiadamente relevante, mas excede os propósitos deste trabalho, que busca tratar propriamente da educação como direito subjetivo em suas origens filosóficas e jurídicas. No entanto, mesmo que esse seja o caso, deve-se indicar alguns pontos sobre os quais se assenta o entendimento aqui expresso. Assim, considera-se que os níveis da educação brasileira são os seguintes, a saber: a educação infantil, compreendida entre 0 e 3 anos; a educação básica, compreendida entre 4 e 17 anos; e a educação superior. Sobre isso, o texto constitucional estabelece, no § 1º do art. 208, que apenas o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, o que está dado nos termos do inciso I deste mesmo artigo, isto é, que o dever do Estado quanto à educação, em termos de direito público subjetivo, volta-se somente à educação básica, que deve ser, como serviço público, assegurada a todos e ofertada nas instituições de ensino do Estado. Com efeito, é verdade que há outras leituras, que entendem que o texto constitucional buscou explicitar e tornar bastante evidente o reforço do ensino básico, de forma que não

Essa visão se reflete também sobre a LDBEN/96, tal como indica o *caput* do art. 5º: “O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo” (BRASIL, 1996). Dessa concepção do direito à educação como direito público subjetivo promana todo o dever de oferta da educação básica obrigatória por parte do Estado.

2 A GÊNESE FILOSÓFICA E JURÍDICA DO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO

É precisamente sobre as origens dessa concepção de direito público subjetivo que se quer investigar. Segundo Joaquim, a teoria dos direitos públicos subjetivos nasceu na França, com o triunfo do liberalismo logo após a Revolução Francesa. Ela está associada às visões jusnaturalistas, sobretudo às do século XVIII, que sustentam a ideia de que os indivíduos possuem direitos naturais públicos subjetivos em virtude do contrato social por eles contraídos para a sua própria garantia (JOAQUIM, 2015, p. 118). Por sua vez, outros autores, constituindo-se em uma corrente majoritária, advogam que essa perspectiva é oriunda particularmente da teoria da vontade individual do Estado, desenvolvida por pensadores alemães do século XIX e do início do século XX. Especificamente, conforme arrazoá Reale,

a teoria do direito público subjetivo é, pois, uma teoria fundamental, porquanto implica a afirmação de que o indivíduo possui uma esfera de ação inviolável, em cujo âmbito o Poder público não pode penetrar. Não foi, pois, por mera coincidência que, no processo liberal do século XVIII e no individualismo que prevaleceu na Revolução Francesa, essas ideias tenham começado a adquirir contornos mais nítidos. É que, no fundo, todos os direitos públicos subjetivos pressupõem o direito fundamental de liberdade, entendida em sua dupla valência, como poder autônomo de ser e agir na esfera privada (liberdade civil) e na esfera pública (liberdade política). (2002, p. 269)

intentou a exclusão dos demais níveis de ensino. Essa é a visão, por exemplo, de Holanda Silvio (2016, p. 111-2), para quem o texto constitucional não busca adstringir o direito à educação apenas à educação básica, mas, contrariamente, enfatizar a sua progressiva ampliação. É essa a perspectiva que se tem quanto ao direito público subjetivo frente à educação, mesmo que o texto constitucional se volte à educação básica.

Seja como for, as diferentes matrizes da concepção de direito público subjetivo são caudatárias das ideias filosóficas liberais, notadamente de autores como Locke, Rousseau e Kant. A partir desses autores, consolida-se a compreensão de que o indivíduo tem uma *facultas*, mediante a qual ele pode exigir, de quem quer que seja, que a sua pretensão seja adequadamente satisfeita. Trata-se, assim, de se admitir que o indivíduo é detentor de um direito subjetivo. Dessa feita, seguindo as indicações de Joaquim, o direito público subjetivo não se acha fora das pessoas que o detêm, isto é, não se coloca diante delas. Precisamente,

as permissões constitutivas de tal direito, após serem concedidas e assumidas, incorporam-se aos seus titulares, como qualidades próprias deles. Assim, o direito subjetivo consiste na possibilidade de agir e de exigir aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio. Nesse caso, o portador de direito subjetivo é aquele que tem o poder jurídico de exigir o cumprimento de um dever jurídico. (2015, p. 118)

Não obstante, a teoria do direito público subjetivo é uma teoria que implica na afirmação de que o indivíduo possui uma esfera de ação inviolável, em cujo âmbito o Poder Público não pode penetrar. Dessa feita, deve-se admitir que, no processo liberal do século XVIII e no individualismo que caracterizou a Revolução Francesa, tais ideias adquiriram traços mais nítidos, de modo que, de fato, todos os direitos públicos subjetivos pressupõem o direito fundamental de liberdade, entendida em uma dupla direção, a saber, de um lado, como poder autônomo de ser e agir na esfera privada, enquanto liberdade civil, e, de outro, como poder autônomo de ser e agir na esfera pública, nos termos da liberdade política.

Neste cenário, pode-se, inicialmente, dizer que o direito público subjetivo deve ser compreendido como as faculdades de que são titulares cada uma das partes de uma relação jurídico-administrativa e em virtude das quais uma parte está obrigada a realizar determinada prestação a outra. O fato de que a administração seja titular de direitos públicos subjetivos não deixa nenhuma dúvida. Porém, que o indivíduo ou o administrado ostente frente à administração, e em virtude de uma relação jurídico-administrativa, um direito público subjetivo, supõe um avanço do princípio da legalidade administrativa. Por tudo isso, o conceito de direito público subjetivo se aplica especialmente para aludir às faculdades de que é titular uma pessoa para exigir uma determinada conduta de uma autoridade como dever jurídico frente ao titular de tal direito. Nesse sentido, convém não confundir essa concepção com a mais genérica do direito reflexo. Esse não é mais que a

possibilidade jurídica de que todo administrado tem de que a administração cumpra a lei⁷.

2.1 GERBER E O PROBLEMA DOS DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

Carl Friedrich von Gerber, um dos pais do direito público alemão, ao lado de Ihering e Jellinek, desenvolveu a questão dos direitos públicos subjetivos na obra *Ueber Offentliche Rechte*, em 1852⁸. De fato, esse problema foi posto, pela primeira vez, em termos jurídicos, afastando-se da perspectiva política. O autor considera que há direitos públicos subjetivos, vistos como um reflexo do direito objetivo, os quais estabelecem um limite para o Estado na relação que ele tem com os indivíduos.

No entanto, Gerber formula uma visão perspicaz do Estado desde o crivo exclusivamente jurídico, estabelecendo a personalidade jurídica. Nesse particular,

percebe-se especialmente o fato que nele o povo, em seu conjunto, eleva-se à consciência e à capacidade de desejar demandas mediante o direito. Noutras palavras, é nele que o povo adquire personalidade jurídica. O Estado, como guardião e revelador de todas as forças do povo que são desdobradas no cumprimento ético da vida coletiva, é a suprema personalidade do direito que o ordenamento jurídico conhece, a sua capacidade de querer possui a máxima atribuição que o direito pode conferir. (1971, p. 95)

Como Orlando aponta, na apresentação da monumental obra de Jellinek, o problema do direito público subjetivo, que se coloca como problema do direito do súdito diante do poder do Estado, permaneceu na penumbra e no abandono até que o trabalho de Gerber o apresentou em termos jurídicos rigorosos, como o ideal científico do século XIX. Com efeito, Gerber não deu uma solução precisa para a questão dos direitos públicos subjetivos, de modo que a sua opinião poderia ser interpretada “[...] por alguns como

7 Três dos mais importantes pensadores vinculados ao direito público alemão defenderam ideias que levaram à formação do conceito de direito público subjetivo (Gerber, Ihering e Jellinek). Em vista disso, de tal modo a se aventar, ainda que brevemente, as ideias basilares de cada qual dessas perspectivas, no que se segue, discutir-se-ão as duas perspectivas de direito público subjetivo que formulam.

8 Gerber, no livro *Grundzuge des deutschen Staatsrechts*, publicado em 1865, desenvolve as ideias que visavam a dar mais cientificidade ao direito. De fato, apresenta a proposta metodológica de dar tratamento científico ao direito público, fundando-se na aplicação do método do direito privado ao direito público, o qual era fundamentalmente centrado na precisão de conceitos fundamentais para estruturar um sistema, do qual eram excluídos elementos que não pertencessem ao mundo jurídico. Trata-se da metodologia da jurisprudência dos conceitos, do direito privado, aplicado ao direito público. Sobre isso, ver WIEACKER, 1993.

favorável e por outros como contrária à existência de direitos individuais diante do Estado” (ORLANDO, 1912, p. VIII).

De fato, as tendências do direito público alemão, de acordo com o entendimento de Costa, orientavam-se tendo em vista restringir ao mínimo o reconhecimento da existência de direitos públicos subjetivos dos súditos do Estado. E, justamente em vista disso, por Gerber não oferecer uma solução precisa para o problema, deu-se margem para a confusão de que ora se interpretasse que há direitos públicos contra o Estado, e de que ora não (COSTA, 1951, p. 492). Em verdade, a preocupação com as ações do Estado diante dos indivíduos ocupava o trabalho de Gerber, que a descreveu como uma relação jurídica a despeito da qual o cidadão tinha direito a um recurso legal para a realização e satisfação de seus direitos públicos (SINGH, 1985, p. 11). E, por isso, ao estender ao Estado o conceito de vontade da pessoa, do direito privado, para a formação da vontade do Estado – ressaltando o papel do indivíduo e do povo na sua constituição –, deu mote ao entendimento do Estado como pessoa jurídica, que tem uma vontade que se manifesta através dele mesmo. Como explica Schioppa (2014, p. 398), “adaptando ao Estado como pessoa jurídica a concepção ‘organicista’, Gerber enunciava uma doutrina jurídica objetiva sobre o Estado, que não necessita uma relação direta com a sociedade civil: de fato, o Estado tem em si mesmo a própria autoridade”. Desde essa visão, o Estado estabelece um conjunto de direitos públicos aos indivíduos, que, na relação com ele, Estado, deveriam ser satisfeitos.

2.2 IHERING E OS DIREITOS SUBJETIVOS

A clássica visão do direito público subjetivo, constituída à luz de uma miríade de pensadores liberais, de Locke a Kant, que vão formular a ideia de que o indivíduo tem um direito que antecede a existência do Estado. De fato, trata-se da ideia do direito subjetivo, como uma prerrogativa do indivíduo de poder exigir a sua satisfação a quem quer que seja.

No entanto, essa concepção de direito subjetivo é externada com particular destaque pelo filósofo e jurista alemão Rudolph von Ihering. Esse pensador é responsável por uma obra de rara e profunda influência, que conta principalmente com os seguintes títulos: *Der Geist des Römischen Rechts auf den Verschiedenen Stufen seiner Entwicklung* (O espírito do direito romano nas diversas fases do seu desenvolvimento), de 1865; *Der Kampf ums Recht* (A luta pelo direito), de 1872; e *Der Zweck im Recht* (A finalidade do direito), de 1883.

Consoante o entendimento de Reale, Ihering foi um dos primeiros grandes autores a discutir os problemas dos direitos subjetivos públicos, com grande profundidade, apontando que a doutrina do direito natural não resolve o problema da existência dos direitos naturais subjetivos, diante dos quais o Estado se encontraria limitado (2002, p. 257). Segundo Ihering, em *A finalidade do direito*, para poder agir, a soberania precisa ir discriminando esferas de ação entre os indivíduos e os grupos. É o Estado que se limita a si mesmo (ILHERING, 1979a). O direito subjetivo, nesse cenário, resultaria do interesse juridicamente protegido. E, por isso, defendeu, em *A luta pelo direito*, que

todas as grandes conquistas da história do direito, como a abolição da escravidão e da escravidão, a livre aquisição da propriedade territorial, a liberdade de profissão e de consciência, só puderam ser alcançadas através de séculos de lutas intensas e ininterruptas. O caminho percorrido pelo direito em busca de tais conquistas, [...] sempre pelos direitos subjetivos pisoteados, [...] violado o direito subjetivo, o titular defronta-se com uma indagação: deve defender seu direito, resistir ao agressor, em outras palavras, deve lutar ou deve abandonar o direito para escapar à luta? “A decisão a este respeito só a ele pertence”. A luta pelo direito subjetivo é um dever do titular para consigo mesmo. (IHERING, 1979c, p. 125)

Neste cenário, a garantia única e exclusiva da existência de direitos públicos subjetivos não resultaria de elementos exclusivamente jurídicos, mas políticos, uma vez que eles estão na consciência popular, na educação cívica do povo e na força da opinião pública. Assim, para Reale,

por mais arbitrária que seja uma Assembleia Constituinte e por mais dotado de força que seja um órgão de Estado, eles pautarão a sua concepção em torno dos direitos públicos subjetivos conforme a resistência do meio cultural e do meio social em que atuem. O problema da autolimitação do poder do Estado é um problema da história política. Para o jurista, o que existe, segundo o prisma específico do Direito, é o Estado se autolimitando. (2002, p. 273)

Veja-se que, dessa ideia, o direito subjetivo apresenta-se como um interesse juridicamente protegido, que expressa o espírito de um determinando tempo, isto é, o *Zeitgeist*.

2.3 JELLINEK SOBRE DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

George Jellinek foi um jurista e professor alemão da Universidade de Heidelberg associado especialmente ao direito público. Entre as mui-

tas obras que escreveu, particularmente uma é relevante para a temática dos direitos públicos subjetivos, notadamente o *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte* (Sistema de Direitos Públicos Subjetivos), de 1892, que se estabeleceu como um marco e uma fonte para os estudos posteriores. Da perspectiva do autor, o direito público subjetivo pode ser entendido como o poder que o indivíduo tem, reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico, enquanto se dirige a um bem ou a um interesse (JELLINEK, 1912, p. 1-9), uma vez que tem como conteúdo um poder jurídico e supõe uma relação entre o indivíduo e o Estado⁹. É por conta disso que os direitos públicos subjetivos, desde a perspectiva de Jellinek, reduzem o seu campo de ação unicamente às relações entre o indivíduo e o Estado. De acordo com o que explica Duarte,

trata-se de uma capacidade reconhecida ao indivíduo em decorrência de sua posição especial como membro da comunidade, que se materializa no poder de colocar em movimento normas jurídicas no interesse individual. Em outras palavras, o direito público subjetivo confere ao indivíduo a possibilidade de transformar a norma geral e abstrata contida num determinado ordenamento jurídico em algo que possua como próprio. A maneira de fazê-lo é acionando as normas jurídicas (direito objetivo) e transformando-as em seu direito (direito subjetivo). (2004, p. 113)

Com efeito, o reconhecimento dos direitos públicos subjetivos, por parte do Estado, somente é possível, para Jellinek, desde a perspectiva da teoria da autolimitação do Estado, que não somente reconhece as faculdades das pessoas, mas também, ademais, autoimpõe-se o dever de agir de forma a assegurar os direitos individuais, concepção que é assumida pelas Constituições do primeiro pós-guerra mundial tanto na Europa quanto na América Latina (ALCALÁ, 2003, p. 56)¹⁰. Contudo, Jellinek concebe que essa autolimitação do Estado, por meio da sua soberania, conforme explica Reale, nos termos de “[...] que os direitos públicos subjetivos existem na

9 Na querela entre as teorias da vontade e do interesse para a explicação do direito subjetivo, Jellinek desenvolveu uma teoria conciliatória, de tal modo a que, como aponta Reale, o pensador alemão entendeu ser existente um antagonismo entre a teoria da vontade e a do interesse, porque, de fato, uma abrange a outra. Dessa feita, nem o interesse e nem a vontade, sozinhos, podem ofertar o critério para o entendimento do que seja direito subjetivo. Ao contrário, a ideia de direito subjetivo sugere a conjugação desses dois elementos, de tal sorte que o direito subjetivo é o interesse protegido que dá a alguém a possibilidade de agir. Em vista disso, o interesse é protegido enquanto atribui a alguém um poder de querer (REALE, 2002, p. 255).

10 É verdade que, na Alemanha, esta visão perde aderência social com a fortificação do Estado Nacional-Socialista, que desenvolveu um poder ilimitado, deixando de lado a Constituição de Weimar, de 1919, pois que o Estado se autolimita por sua própria vontade, de modo que ele mesmo pode eliminar suas próprias autolimitações (ALCALÁ, 2003, p. 56).

medida em que o Estado não pode deixar de traçar limites a si próprio, enquanto Estado de Direito” (REALE, 2002, p. 273). É o sentido que Jellinek tem em vista ao afirmar que

quem personifica a ordem jurídica é o próprio Estado e, de fato, é exclusivamente o Estado, em sua soberania, aquele que cria sua própria ordem. Agora, o Estado, que se determina e estabelece sua própria ordem com plena liberdade formal, não está sujeito a nenhum poder superior. E então não há poder que possa garantir um valor único aos direitos (*Ansprüche*) do que aquele que é dominado e do que aquele que domina. É justamente a possibilidade de reivindicações legais dos súditos em relação ao Estado, que se destina a excluir *a priori*, quando se admite que somente o Estado pode ser investido (*Träger*) dos direitos públicos. (1912, p. 11)

Não obstante, Jellinek aborda a questão dos direitos públicos subjetivos ofertando uma concepção que se apresenta conciliatória entre as perspectivas calcadas na vontade e no interesse. Note-se que as ideias do autor partem da suposição de que todo direito subjetivo pressupõe uma ordem jurídica objetiva, de tal modo que os direitos públicos subjetivos, também, exigirão como pressuposto, uma ordem jurídica pública – pois, um ordenamento objetivo de direito público, diz Jellinek, constitui o fundamento dos direitos públicos subjetivos (1912, p. 10). De fato, o titular dessa ordem jurídica pública é o Estado, que, agindo na condição de ente soberano, cria sua própria ordem jurídica. Neste contexto, de acordo com Rios Urruti,

todo direito é relação entre sujeitos de direito; não se pode pensar em nenhum deles totalmente isolados; por conseguinte, para que o Estado tenha direitos, precisa reconhecer outras pessoas que possa exigir, ou seja, com relação às quais tenha direitos; uma relação efetiva de poder torna-se jurídica se os dois membros da relação, dominante e dominado, reconhecem-se um a outro como mútuos titulares de direitos e deveres. A existência do direito público depende, portanto, da existência de direitos por parte de seus membros. O direito público objetivo, de uma parte, e o subjetivo do Estado, de outra, estão condicionados pelo fato de que tanto o senhor, ou soberano, quanto os súditos, são sujeitos de direito. (2000, p. 45)

Ocorre que os direitos subjetivos podem ser divididos em dois grupos, a saber, direitos privados subjetivos e direitos públicos subjetivos: enquanto que aquele contém necessariamente tanto um ato de permissão da ordem jurídica quanto uma concessão, uma vez que é a ordem jurídica que determina a esfera de ação privada e pessoal; estes, por sua vez, somente

contém uma concessão de capacidade. Em razão disso, os direitos públicos subjetivos têm em vista a capacidade que não corresponde à liberdade natural de pôr em movimento as normas jurídicas de interesse do indivíduo, de modo que se referem a um direito criado, no direito público subjetivo, nos termos de uma ampliação da liberdade natural, tendo por base uma concessão de poder. Neste cenário, para Jellinek, consoante a explicação de Rios Urruti,

O “poder” se identifica com a capacidade jurídica, indica as direções particulares nas quais ela pode se mostrar. O “poder”, em sua unidade, representa, pois, a personalidade; em razão disso, todo direito subjetivo público subjetivo dos súditos têm por base qualificações da personalidade, ou, o que é o mesmo, considerados formalmente, são exigências que resultam de qualificações concretas da personalidade. O direito subjetivo privado é separável da pessoa de seu titular; o direito subjetivo público, não. (2000, p. 47)

Na qualidade de membro do Estado, o indivíduo se encontra vinculado a ele em uma pluralidade de relações de *status* – dando origem a conhecida teoria dos *status* –, isto é, em razão da sua subordinação ao Estado, tem-se uma série de condições juridicamente relevantes, à luz das quais as pretensões jurídicas que resultam dessas condições são chamadas de direitos públicos subjetivos. Assim, os direitos públicos subjetivos são divididos em um rol de quatro diferentes tipos, os quais expressam, para Jellinek, quatro diferentes modos mediante os quais se reúnem as condições em que se pode se encontrar o indivíduo como membro do Estado. Essas relações, são, pois, notadamente, as seguintes: (a) *status passivus*¹¹; (b) *status negativus*¹²;

11 O *status passivus* (ou *status subjectionis*) como o entende Jellinek, refere-se àqueles aspectos que o indivíduo, na esfera de seus deveres pessoais, acha-se na condição de subordinado ao Estado. Assim, “a subordinação, ou seja, o *status passivo* do indivíduo, é um *status limitado* pela lei” (JELLINEK, 1912, p. 115).

12 O *status negativus* diz respeito àquela esfera de ação na qual o indivíduo pode gozar sua liberdade sem a ingerência do Estado. Dessa feita, Jellinek entende que ao Estado, enquanto autoridade que está relacionada com o indivíduo, cabe o dever de agir sempre em conformidade com a lei, de tal feita a ser limitado. Por isso, o *status negativus* pode ser entendido também como *status libertatis*, pois o seu poder “se exercita sobre pessoas que não estão em tudo e por tudo subordinadas ao Estado, porque são livres, e, nessa qualidade, desfrutam de um *status* em que são senhores absolutos, há uma esfera livre da interferência do Estado, u m a esfera que exclui o *imperium*” (COSTA, 1951, p. 494; JELLINEK, 1912, p. 116-7).

(c) *status positivo*¹³; e (d) *status civitatis*¹⁴ (JELLINEK, 1912, p. 105-363). Consoante o entendimento de Costa,

estes quatro *status* formam uma linha ascendente. No princípio, o indivíduo, porque é levado a prestar obediência ao Estado, aparece privado de personalidade, depois, esta lhe é reconhecida numa esfera livre da intervenção do Estado, ainda, o próprio Estado se obriga-a prestações para o indivíduo, e, finalmente, a vontade individual é chamada a participar do exercício do poder estatal, podendo até mesmo investi-la de *imperium*. (1951, p. 494-5)

Assim, a doutrina do mestre Jellinek, ao conceber que o Estado se encontra limitado nas diferentes relações que tem com o indivíduo, defende que o direito público subjetivo deve ser entendido como um poder que este último tem em relação àquele, o qual é reconhecido e protegido pelo ordenamento jurídico que o ente estatal cria. Daí decorre a ideia de que o indivíduo se relaciona com o Estado de diferentes modos, ensejando, assim, a distinção de diferentes tipos de direitos públicos subjetivos. Particularmente, é interessante notar que o indivíduo pode exigir certas prestações positivas da parte do Estado para assegurar sua condição de membro desse mesmo Estado, mediante o ordenamento jurídico que ele cria.

3 O APARECIMENTO DA EDUCAÇÃO COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A afirmação de que há direitos públicos subjetivos é uma forma de explicar a razão de os direitos fundamentais poderem ser exigidos. No caso da educação, essa perspectiva adentrou o cenário brasileiro, especialmente

13 O *status positivo*, que é denominado também de *status civitatis*, é concernente àquelas atividades do Estado que são exercidas no interesse dos indivíduos. Como explicita Costa, “quando o Estado reconhece no indivíduo a capacidade jurídica de pretender que o poder estatal se empregue em seu benefício, enquanto lhe dá faculdade de se utilizar das instituições estatais, quando, em uma palavra, concede ao indivíduo pretensões jurídicas positivas, o Estado está reconhecendo-lhe o *status positivo*, o *status civitatis*, que se apresenta como o fundamento do complexo das prestações estatais no interesse individual” (COSTA, 1951, p. 494). De fato, percebe-se neste *status* uma relação mais íntima com o direito público subjetivo, uma vez que se reconhece a capacidade jurídica dos membros do Estado para reclamar, consoante o seu interesse, a atuação do poder do Estado (JELLINEK, 1912, p. 127).

14 Finalmente, o *status ativo* é aquele que se diz da atuação individual para realizar a atividade do Estado. Daí Jellinek dizer que “a vontade do Estado é vontade humana. A formação da vontade estatal, de fato ou de direito, deve ser o trabalho de certos indivíduos, na qualidade de órgãos do Estado” (JELLINEK, 1912, p. 151). Por isso, Costa argumenta que a “atividade do Estado, contudo, só é possível mediante a ação individual. Quando o Estado reconhece no indivíduo a capacidade de agir por conta do Estado, promove-o a uma condição mais elevada, mais qualificada, à cidadania ativa, que é o *status ativo* ou *status active civitatis*, no qual o indivíduo é autorizado a exercer os chamados direitos políticos, no seu restrito significado” (COSTA, 1951, p. 494).

por meio da obra e dos escritos de juristas como de Esther de Figueiredo Ferraz, Lourival Vilanova e Pontes de Miranda (BOAVENTURA, 2004).

Com efeito, crê-se que Pontes de Miranda é o pioneiro no tratamento da educação como direito público subjetivo no Brasil, pois, além de estar vinculado a um contexto marcante para a educação brasileira, isto é, aquele da década de 1930, em que se desenrolou um significativo debate entre liberais e católicos, suas ideias, ainda que estivesse ausente, exerceram influência na Comissão Constitucional de 1933, particularmente sobre o deputado constituinte José Eduardo do Prado Kelly, que defendeu abertamente a posição do jurista, a saber, a da educação como direito público subjetivo (HORTA, 1998, p. 17-8). De fato, Pontes de Miranda se voltou expressamente à temática do direito à educação em um breve texto, publicado dentro da Coleção dos 5 Direitos do Homem, que será analisado a seguir.

3.1 PONTES DE MIRANDA E A EDUCAÇÃO COMO DIREITO DO HOMEM: A DEFESA DA EDUCAÇÃO COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO

Amparando-se em Horta (1998, p. 17-8), concebe-se que Pontes de Miranda foi quem primeiramente discutiu, defendeu e definiu o direito à educação como direito público subjetivo, implicando na garantia de ação gratuita contra o Estado. Em 1933, o jurista brasileiro publicou um estudo com o título *Direito à Educação*, em que coloca a educação entre os novos direitos do homem e no qual defendeu, a um só tempo, que a sua satisfação não pode ficar ao sabor do movimento espontâneo do Estado para educar as pessoas e que ela não pode ser apenas um ato administrativo do ente estatal. A educação, como entendia o jurista brasileiro, é um direito sem o qual nada pode ser feito.

[...] Sem ele, como sem qualquer dos outros. Tudo, que fora deles se prometer, é paliativo, engodo, para retardar a inevitável recomposição social dos povos dignos da Vida. Os outros povos, incapazes, serão absorvidos. Dêem tudo mais, e não dêem, com igualdade, a escola para todos, – e não deram nada. A ausência de direitos voltará. (PONTES DE MIRANDA, 1933, p. 5)

De fato, o autor brasileiro compreenderá que a educação está na base de todos os demais direitos. E, por conta disso, no lastro dos ideais da Revolução Francesa e da teoria de Hegel, argumenta que a educação deve ser competência do Estado e que deve ser ministrada de forma gratuita, chanceada por recursos auferidos da economia. Assim, Pontes de Miranda advoga, pela primeira vez em solo pátrio, que a educação deve ser concebida como

um direito público subjetivo, em um Estado que tenha determinado precisamente seus fins, o que implica, de um lado, a garantia de ação gratuita contra o Estado, para o caso da não oferta da educação; e, de outro lado, a exigência de planejamento educacional – o que significa dizer, também, que não apenas a escola, mas também os recursos necessários para a permanência nesta instituição, tais como o conjunto do material escolar e o transporte público. Concretamente, Pontes de Miranda afirma que,

para obrigar os governos a assegurar a difusão do ensino, tem-se já sugerido: a) a destinação de verbas especiais, em texto constitucional; b) a destinação de percentagens das rendas arrecadadas [...]; c) o direito público subjetivo, no Estado *sem fins precisos*; d) o direito público subjetivo no Estado *de fins precisos*, como pretendemos. Do *direito à educação* somente podemos falar nos dois últimos casos; nos outros, é falível o princípio. Nada mais fácil que desviar verbas, que a algum fim se destinam. O ensino passará a ser mais caro e o número de escolas pode não ser suficiente. [...] Outro é o funcionamento do direito público subjetivo no Estado de *fins precisos*: há a ação gratuita contra o Estado (direito público subjetivo) e a segurança advinda da economia de plano. (1933, p. 8-9, grifos do autor)

Como é de se esperar, Pontes de Miranda oferece algumas resoluções para os problemas educacionais do Brasil. De acordo com o autor,

a solução que é urgente para o Brasil põe-se entre as duas tendências: o *direito à educação* direito público subjetivo e fim preciso do Estado; a ação do indivíduos *contra* o Estado e o *plano de educação* como essencial à existência do Estado, em cujo *fim único* está incluída a função técnica de educar. (1933, p. 23, grifos do autor)

Salgado explica que, do ponto de vista tecnicamente jurídico, a educação é um direito público subjetivo que gera um dever correspondente do Estado. Desde essa perspectiva, não basta a declaração do direito à educação nas constituições contemporâneas, nem mesmo a afirmação de um dever do Estado. Consoante Salgado,

não satisfaz a mera situação jurídica do indivíduo diante do Estado que adotou constitucionalmente a educação de plano, com recursos e critérios previstos na constituição (educação soviética) [...]. É preciso, para que haja direito à educação, que os dois lados se realizem: a definição constitucional do modo de realização da educação, como dever exigível dos governantes; e o direito subjetivo público do indivíduo à educação, ou de executar a obrigação imposta ao Estado. A solução do problema de eficácia do direito à

educação é econômica e política, através da forma socialista da escola única (obrigatória e pública); não jurídica. (1999, p. 21)

Como um dos direitos do homem, o direito à educação só é efetivado, desde a perspectiva de Pontes de Miranda, se, além da previsão constitucional e do estabelecimento do dever do Estado com a sua oferta, contar com os meios que permitam que sejam postos em prática. Por isso, Salgado argumentou que “dar o direito sem o instrumento que o faça exercer não é dar o direito. Seria apenas meio caminho andado na conquista do direito, mas não terminado” (1999, p. 21). Em vista disso, Pontes de Miranda acastelou, na Conferência da Ordem dos Advogados, em 1965, sob o título “O Acesso à Cultura como Direito de Todos” (JOAQUIM, 2018, p. 119), que fosse criado para todos o direito subjetivo à educação, no sentido de que o cidadão pudesse estar armado de uma ação capaz de exigir do Estado a prestação educacional. O insigne jurista afirmou, ainda, que

a melhor solução é dar-se legítima ação ativa aos pais para exercerem, em nome dos filhos, a pretensão e ação. Qualquer cidadão deve ter o direito de ingressar em juízo com ação popular, para exigir do Estado que lhe dê educação ou a outrem, que não tenha capacidade de ingressar em juízo por ser menor. (PONTES DE MIRANDA, 1987, p. 201)

Ora, não há titulação de direito subjetivo, diante do Poder Público, sem a ação cabível, mediante a qual, frente a órgão independente e separado daquele que tem o dever de satisfazer o direito em nome do Estado. A outorga constitucional é, pois, o reconhecimento de que esse direito implica nessa pretensão de exigência, a qual se dá no Judiciário. E isso porque, em regimes democráticos, o Judiciário tem a força adequada para exigir a eficácia, como direito do homem, do direito à educação, uma vez que garante a consciência democrática de um povo. Dessa feita, a eficácia do direito à educação, como direito público subjetivo, encontra respaldo tanto no direito quanto na própria educação: alicerça-se no mínimo de consciência da liberdade, que assegura a democracia (SALGADO, 1999, p. 22).

O destino dessa concepção, contudo, não será facilmente absorvido pela legislação pátria, passando pela defesa de Prado Kelly, na Assembleia Nacional Constituinte de 1933-4 (HORTA, 1998, p. 18), até a chegada da Constituição de 1988, que, ao recepcionar tal entendimento, vai assumir o compromisso com a educação no sentido de que frequentar o ensino regular obrigatório é um direito público subjetivo, isto é, que o indivíduo,

como parte de uma relação com o Estado, deve ver satisfeita a sua pretensão de frequentar a educação obrigatória. Outros autores, tais como Esther de Figueiredo Ferraz e Lourival Vilanova, ao longo do século XX, também advogarão o caráter da educação como direito público subjetivo, o que, no entanto, será apenas consagrado em 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da Constituição Federal de 1988, não se pode negar que o *status* que a educação passou a gozar coloca-a como um direito fundamental de natureza social, o qual não pode ser negado por parte da Administração Pública sem que, em sendo esse o caso, seja o agente político responsabilizado criminalmente pela sua negligência. Isso significa dizer que, do ponto de vista da evolução constitucional, a educação foi elevada ao nível de direito público subjetivo.

Com efeito, neste trabalho, buscou-se cotejar, em termos históricos, especificamente, as origens filosóficas e jurídicas dessa concepção da educação como direito público subjetivo. Como se indicou brevemente, em um primeiro momento, para realizar a pesquisa, apresentou-se a concepção de educação presente na ordem constitucional vigente. Assim, entre outros, destacam-se três aspectos: em relação ao primeiro, a educação foi apresentada como um direito fundamental social (art. 6º da CRFB/1988), o qual está relacionado, em diferentes sentidos, às diferentes liberdades fundamentais (art. 5º da CRFB/1988); o segundo deles concerne ao fato de que deve ser realizada, no âmbito do Estado Democrático, que é a República Federativa do Brasil, com o propósito de levar ao pleno desenvolvimento da pessoa, de preparar para o exercício da cidadania democrática e direcionada à qualificação para o trabalho (art. 205, *caput*, da CRFB/1988); o terceiro deles diz respeito ao *status* de direito público subjetivo que a educação goza, por força § 1º do art. 208 da CRFB/1988.

Na segunda parte da pesquisa, dedicada às diferentes fontes europeias da concepção de direito público subjetivo, vinculadas às teorias liberais e jusnaturalistas que as precederam, indicou-se a posição de alguns autores de que tenha surgido na França e de outros que sugerem que a sua origem tenha sido vinculada à teoria da vontade individual de pensadores alemães dos séculos XIX e XX. Nesse ínterim, entendendo que a teoria do direito público subjetivo que implica na afirmação de que o indivíduo possui uma esfera de ação inviolável, no âmbito da qual o Poder Público não pode

penetrar, cotejaram-se as concepções desenvolvidas por Gerber, Ihering e Jellinek, sendo este último a grande fonte doutrinal da limitação do poder estatal em vista da qual o indivíduo tem um poder, isto é, um direito, que cabe ao Estado, desde logo, satisfazer.

Finalmente, na última parte, tratou-se de considerar o modo como essa concepção da educação como direito público subjetivo aparece nas teorias filosóficas e jurídicas pátrias. De fato, não há como negar a importância de Pontes de Miranda para essa questão. A envergadura teórica e filosófica do seu pensamento, que abasteceu decisivamente as suas concepções jurídicas, é algo indubitável. Em 1933, com a publicação da obra *Direito à educação*, o autor se voltou ao estudo do direito à educação e defendeu que, para o Brasil, a urgente solução era a de conceber a educação como direito público subjetivo no cenário de fim preciso do Estado, isto é, “a ação do indivíduos *contra* o Estado e o *plano de educação* como essencial à existência do Estado, em cujo *fim único* está incluída a função técnica de educar” (PONTES DE MIRANDA, 1933, p. 23, grifos do autor).

O direito público subjetivo é, desse modo, uma faculdade do indivíduo de exigir a defesa de um direito ou de um bem, legalmente reconhecido, da parte do Poder Público e do agente político responsável. Dizer-se que a educação é um direito público subjetivo é afirmar que o indivíduo pode exigir a satisfação da oferta da educação nas escolas públicas ou privadas, nesse último caso quando não for possível o seu oferecimento nas instituições públicas, de modo a todos terem direito à educação básica. O que se observa, do que se discutiu neste texto, é que apenas décadas mais tarde, dos anos de 1930 até o final dos anos 80, consolidou-se o entendimento de que a educação é direito público subjetivo, o que levará o legislador constitucional a albergá-lo na Carta Magna, importando, nesses termos, na responsabilização criminal para o agente político que não satisfazer efetivamente o oferecimento da educação básica.

Como última nota, cabe dizer que discutir e refletir sobre o *status* da educação como direito público subjetivo significa assumir o compromisso com a realização da educação. É verdade que hoje não basta apenas mais a sua oferta, pois que garantir a oferta de educação de qualidade é um imperativo em uma sociedade democrática, que busca promover a justiça social. Mas, atentando-se às raízes teóricas históricas dessa concepção, pode-se dizer que a sua investigação se mostra como uma contínua recordação de que os direitos individuais, mormente a educação, devem ser constantemente

respeitados por todas as instâncias do Poder Público, e não apenas como um recurso retórico do jogo da política.

REFERÊNCIAS

BOAVENTURA, E. M. Direito à educação. *Revista Eletrônica Direito Unifacs*, Debate Virtual, 2004. Disponível em: <http://www.unifacs.br/revistajuridica/>. Acesso em: 29 abr. 2018.

BOAVENTURA, E. M. *A educação brasileira e o direito*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

BOAVENTURA, E. M. Aspectos juspedagógicos da educação. In: PEREIRA, A.; SILVA, C.; MACHADO, D.; COVAC, J.; FELCA, N. *Direito Educacional*. Aspectos práticos e jurídicos. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOAVENTURA, E. M. Um ensaio de sistematização do direito educacional. *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasília, v. 33, n. 131, jul./set. 1998.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 5 de outubro de 1988. Edição 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/19394.htm. Acesso em: 22 fev. 2018.

COSTA, M. L. O direito público subjetivo e a doutrina de Duguit. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 47, p. 490-502, 1951. Recuperado de: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66172>, acesso em: 30 jun. 2019.

CURY, C. R. J. *Legislação educacional brasileira*. Rio de Janeiro: DP&A, 2000.

FÁVERO, O. (org.). *A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988*. 2. ed. Campinas/SP: Autores Associados, 2001.

GERBER, C. F. von. *Diritto Pubblico*. Edição de Pier Luigi Lucchini. Milano: Giuffrè, 1971.

HOLANDA SILVIO, S. A. *Importância da educação como direito público subjetivo*. O direito público subjetivo como fundamento da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HORTA, J. S. Direito à educação e obrigatoriedade escolar. *Caderno de Pesquisa*, n. 104, p. 5-34, 1998.

IHERING, R. von. *A finalidade do direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, v. 1, 1979.

IHERING, R. von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

- JELLINEK, G. *Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi*. Milano: Società Editrice Libreria, 1912.
- JELLINEK, G. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. Ciudad del Mexico: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- JELLINEK, G. *Teoria General del Estado*. Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- JOAQUIM, N. *Direito educacional brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.
- MALISKA, M. A. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.
- MORAES, A. *Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MOTTA, E. O. *Direito educacional e educação no século XXI*. Brasília: Unesco, 1997.
- NOVELINO, M. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1967; com a Emenda nº 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Direito à educação*. Coleção 5 Direitos do Homem – Ciência e Trabalho. Rio de Janeiro: Alba, v. III, 1933.
- RIOS URRUTI, F. de los. Prólogo del Traductor. In: JELLINEK, G. *Teoria General del Estado*. Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- RIZZI, E.; GONZALEZ, M.; XIMENES, S. B. *Direito humano à educação*. 2. ed. Curitiba/São Paulo: Plataforma Dhesca Brasil/Ação Educativa, 2011.
- SALGADO, J. Pontes de Miranda e o direito à educação: exposição crítica. *Congresso Brasileiro de Filosofia do Direito*, João Pessoa, p. 1-23, 1999.
- SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2014.
- SINGH, M. P. *German Administrative Law in Common Law Perspective*. Berlin: Springer-Verlag Berlin, 1985.
- TEIXEIRA, A. *Educação não é privilégio*. São Paulo: Companhia Ed. Nacional, 1971.
- WIEACKER, F. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

Sobre o autor:**Marcos Rohling** | *E-mail:* marcos_roh@yahoo.com.br

Doutor em Educação (UFSC), Doutorando em Direito (UFSC), Mestre em Filosofia (UFSC), Graduado em Direito (Unoesc) e em Filosofia (UFSC). Professor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Catarinense (IFC, Campus Videira). Seus principais interesses são postos na confluência de três áreas: Filosofia, Direito e Educação. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1426156565430729>.

Data de submissão: 21 de julho de 2020.

Data de aceite: 22 de abril de 2022.