

# DIREITOS CULTURAIS E DIREITOS HUMANOS: uma leitura à luz dos tratados internacionais E da constituição federal

**José Estênio Raulino Cavalcante**

Advogado e Especialista em Direito Processual Civil

**RESUMO:** o presente trabalho versa sobre *Direitos culturais*, destacando-se com principalmente o *Direito Cultural no Plano Internacional*, o *Direito Autoral*, o *Direito à Livre Participação na Vida Cultural*, além de outros direitos, ressaltando, entretanto, que tais direitos são garantidos à pessoa humana enquanto indivíduo. Existem ainda, os direitos assegurados aos povos, entre os quais podemos constatar o *Direito à Cultura* e o *Direito-dever de Cooperação Cultural Internacional*, ambos profundamente relacionados. Além desses direitos, discorreu-se sobre *Direito das Minorias*, bem como, sobre **Direito à Educação**, por se entender que este direito se encontra umbilicalmente inserido no contexto dos Direitos Culturais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito cultural, direito autoral, direito à educação, direito das minorias.

## 1 INTRODUÇÃO

Para realização deste trabalho sobre direitos culturais, consultamos várias fontes, especialmente a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e os dois pactos que a ela se seguiram: o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos de 1966. Outras fontes foram também consultadas, tais como: a Convenção Universal sobre Direito de Autor (1952), a Convenção sobre a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado (1954), a Declaração dos Princípios da Cooperação Cultural Internacional (1966), a Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1972), a Recomendação sobre a Participação dos Povos na Vida Cultural (1976), a Recomendação sobre o *Status* do Artista (1980), a Declaração do México sobre Políticas Culturais (1982), a Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular (1989) e o Informe da Comissão Mundial de Cultura e Desenvolvimento denominado "Nossa Diversidade Criativa" (1996), bem como a Constituição da República Federativa do Brasil (1988).

## THEMIS

Com base no que foi analisado nas fontes supracitadas, o assunto *direitos culturais* será abordado dando-se maior ênfase aos direitos garantidos à pessoa humana enquanto indivíduo, quais sejam: *o direito autoral*, *o direito à livre participação na vida cultural*, inserindo neste contexto *o direito à livre criação* (dimensão ativa) e *o direito à fruição* (dimensão passiva), assim como aos direitos culturais assegurados aos povos que compreendem: *o direito à identidade cultural* e *o direito-dever de cooperação cultural internacional*, ambos profundamente relacionados.

Ao final será feita uma análise sobre *o direito à educação*, haja vista se tratar de elemento basilar dos programas desenvolvimentistas das nações e, ainda por cima, por ser um dever do Estado e um direito de seus habitantes.

## 2 DIREITOS CULTURAIS – BREVE COMENTÁRIO

Os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos. Estão indicados no artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e nos artigos 13 e 15 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Assim, todas as pessoas devem poder se exprimir, criar e difundir seus trabalhos no idioma de sua preferência e, em particular, na língua materna. Todas as pessoas têm o direito a uma educação e a uma formação de qualidade que respeitem plenamente a sua identidade cultural. Todas as pessoas devem poder participar da vida cultural de sua escolha e exercer suas próprias práticas culturais, desfrutar o progresso científico e suas aplicações, beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que sejam autoras.

No âmbito interamericano, os direitos culturais estão indicados no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecido como Protocolo de São Salvador (1988). O art. 13 assegura o direito à educação, orientado para o pleno desenvolvimento da pessoa humana e do sentido de sua dignidade, visando ao fortalecimento e ao respeito pelos direitos humanos, ao pluralismo ideológico, às liberdades fundamentais, à justiça e à paz. O art. 14 estabelece o direito aos benefícios da cultura, reconhecendo aqueles que decorrem da promoção e desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais em assuntos científicos, artísticos e culturais e, na mesma linha, comprometendo-se a propiciar maior cooperação internacional.

No processo de implementação mundial dos direitos culturais foi adotada pela UNESCO, em novembro de 2001, a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural. Ao mesmo tempo em que afirma os direitos das pessoas pertencentes às minorias à livre expressão cultural observa que ninguém pode invocar a diversidade cultural para infringir os direitos humanos nem limitar o seu exercício.

Os direitos culturais carecem de maior elaboração teórica para distingui-los de direitos civis, políticos, econômicos e sociais. Por exemplo, o direito de autodeterminação dos povos, expresso no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos é também um direito cultural.

### 3 DIREITOS CULTURAIS NO PLANO INTERNACIONAL

O primeiro direito cultural internacionalmente estabelecido foi o *direito autoral*. Historicamente, esse direito nasceu dos processos revolucionários na Inglaterra (1688), Estados Unidos (1776) e França (1789). Tais revoluções resultaram atos legais reconhecendo a criação intelectual e artística como a mais legítima e a mais pessoal das propriedades.

A *Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas*, proclamada num encontro realizado em 1886, foi o primeiro documento a consagrar universalmente os direitos dos autores sobre as suas obras.

Após a Segunda Guerra, o direito autoral foi internacionalmente reforçado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigo XXVII) e, posteriormente, na Conferência Intergovernamental sobre os Direitos de Autor (1952) convocada pela UNESCO, da qual resultou a *Convenção Universal sobre Direito de Autor*. Em 1967, foi criada a Organização Mundial da Propriedade Intelectual transformada em órgão especializado das Nações Unidas em 1974.

Embora o direito autoral seja entre todos os direitos culturais o mais garantido do ponto de vista jurídico, nos planos internacional e dos Estados nacionais, hoje está sendo alvo de um cerrado bombardeio. Cada vez mais, o impacto da tecnologia digital afasta "o criador da criação, pulverizando os mecanismos de defesa da obra no âmbito das redes de comunicação eletrônica". Além disso, dissemina-se nessas mesmas redes o argumento de que os indivíduos, na verdade, não são criadores, mas simples captadores de ideias que já se acham fixadas em algum lugar. Esse argumento tem fundas raízes históricas que remontam a Platão e ao seu "mundo das ideias".

## THEMIS

Nesse contexto, o direito autoral vislumbra uma situação um tanto quanto preocupante para os detentores desse direito, já que prevê um prazo no qual o autor é o proprietário dos direitos intelectuais, mas findo esse prazo, a obra cai em domínio público. Nesse momento, no qual as redes eletrônicas possibilitam uma desenfreada pirataria, os especialistas estão conscientes de que a solução para a defesa dos direitos autorais deverá ser encontrada por intermédio dessas mesmas redes.

Contudo, as ameaças ao direito autoral não vêm somente das redes eletrônicas, mas dos estrategistas do comércio, da indústria e das finanças transnacionais. Essas estratégias envolvem, basicamente, o ataque às regulamentações nacionais e internacionais que limitam os lucros do capital. Condicionando seus investimentos ao mínimo possível de restrições, o capital mundial tem provocado iniciativas de desregulamentação que atingem de maneira especial os direitos econômicos e sociais. Atualmente, o bombardeio assesta sua mira também sobre os direitos culturais. O Acordo Multilateral de Investimentos (AMI) negociado a partir de 1995 no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que reúne os 29 países mais ricos do mundo, pretendeu incluir entre suas cláusulas a subsunção do direito autoral à propriedade industrial. Na prática, isso significaria retirar do indivíduo criativo o direito de autor e reservá-lo exclusivamente aos conglomerados da indústria cultural.

Alertadas, associações não governamentais e entidades sindicais, particularmente de diretores de cinema, atores e compositores, mobilizaram-se e conseguiram sustar temporariamente o acordo. No cerne da disputa que então se travou defrontaram-se duas posições: uma, sustenta que o bem cultural nada mais é do que mero produto industrial e comercial, sujeito unicamente às regras do mercado: a competitividade e a lucratividade; outra, da qual partilhamos, entende que os produtos culturais - as obras de arte e de ciência - são portadores de ideias, valores e sentidos e destinam-se, principalmente, a ampliar a consciência sobre o ser e o estar no mundo. Assim considerados, é inadmissível submeter os bens culturais apenas ao jogo mercado, pois dessa forma o produto estaria sobrepondo-se à criação e a produtividade à criatividade.

O segundo direito cultural estabelecido no plano internacional foi o *direito à livre participação na vida cultural*: "*toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de gozar das artes e de aproveitar-se dos progressos científicos e dos benefícios que deles resultam*", diz a Declaração

Universal em seu artigo XXVII. Esse princípio foi detalhado pelo artigo XV do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, pelo qual os Estados membros da ONU comprometeram-se a "*respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora*" e a adotar medidas "*necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da cultura*".

O direito à participação na vida cultural situa-se historicamente no contexto da emergência dos Estados social-democráticos. Sendo assim, pode ser incluído entre os direitos conquistados pelo movimento operário em suas lutas por mais igualdade. Nos termos em que foi formulado, fica evidente a preocupação com a universalização do acesso aos bens culturais, até então restrito às classes privilegiadas. Todavia, esse direito envolve mais do que o simples acesso à cultura. Na *Recomendação sobre a Participação dos Povos na Vida Cultural* (1976), a UNESCO definiu de forma mais precisa duas dimensões dessa participação: a dimensão ativa, que pode ser traduzida como o *direito à livre criação*; e a dimensão passiva, aqui compreendida como *direito à fruição*. Por dimensão passiva entende-se, "*as oportunidades concretas disponíveis a qualquer pessoa, particularmente por meio da criação de condições socioeconômicas apropriadas, para que possa livremente obter informação, treinamento, conhecimento e discernimento, e para usufruir dos valores culturais e da propriedade cultural*"; por dimensão ativa compreende-se "*as oportunidades concretas garantidas a todos - grupos e indivíduos - para que possam expressar-se livremente, comunicar, atuar e engajar-se na criação de atividades, com vistas ao completo desenvolvimento de suas personalidades, a uma vida harmônica e ao progresso cultural da sociedade*".

O efetivo exercício do direito à participação na vida cultural pressupõe a generalização da educação artística e científica, bem como o apoio aos indivíduos, grupos e instituições dedicados ao fazer artístico e intelectual. A esse respeito, a *Recomendação sobre o Status do Artista* (1980) convoca expressamente os governos dos Estados Membros a "*ajudar a criar e sustentar não apenas um clima de encorajamento à liberdade de expressão artística, mas também as condições materiais que facilitem o aparecimento de talentos criativos*".

No que diz respeito ao *direito à difusão* dos bens culturais, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, ao tratar da livre expressão do pensamento, assegurou a todas as pessoas "*a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou qualquer outro meio de sua escolha*", excetuando-se os casos que envolvem a reputação

## THEMIS

das demais pessoas, razões de segurança nacional e, obviamente, manifestações contrárias aos princípios básicos dos direitos humanos, como a propaganda em favor da guerra e a apologia ao ódio nacional, racial ou religioso (artigos XIX e XX).

Vale ressaltar que o direito à difusão, tal como formulado, está intimamente relacionado ao direito à informação que, hoje, pressupõe a democratização dos meios de comunicação. Contudo, esse tema tem sido objeto de análise apenas nos fóruns que discutem as políticas de comunicação ainda pouco articulados com as instâncias de política cultural.

Até aqui, abordamos os direitos culturais garantidos à pessoa humana enquanto indivíduo. Passemos aos direitos assegurados aos povos: o *direito à identidade cultural* e o *direito-dever de cooperação cultural internacional*, ambos profundamente relacionados.

A origem do direito à identidade cultural ou direito à proteção do patrimônio cultural situa-se historicamente nos mesmos movimentos revolucionários da Inglaterra (1688) e particularmente da França (1789). Foi a partir dessas revoluções que nasceram as primeiras leis de proteção ao patrimônio histórico e artístico, os primeiros museus públicos, as bibliotecas, teatros e arquivos nacionais, além dos conservatórios de artes e ofícios. A função básica dessas instituições era a de materializar os novos valores - Nação, Povo e Estado - fixá-los no imaginário e, assim, obter a coesão social em torno desses símbolos. Sendo assim, esse direito nasceu umbilicalmente ligado aos Estados nacionais Na medida em que iam se sucedendo guerras cada vez mais destruidoras, encontros internacionais aprovaram documentos, como a Convenção de Haya (1899) e o Pacto de Washington (1935), que estabeleceram princípios relativos à proteção do patrimônio cultural em caso de conflito armado. Após a Segunda Guerra Mundial, quando ocorreram verdadeiros saques ao patrimônio cultural dos países ocupados, esse direito foi definitivamente elevado à esfera internacional. Em 1954, a UNESCO proclamou a *Convenção sobre a Proteção dos Bens Culturais em caso de Conflito Armado*, documento pelo qual os Estados membros da ONU comprometeram-se a respeitar os bens culturais situados nos territórios dos países adversários, assim como proteger seu próprio patrimônio em caso de guerra. Essa convenção foi emendada em 1999, a fim de dar conta das novas formas de destruição engendradas pela Guerra do Golfo.

O movimento ecológico que ganhou ímpeto, a partir da década de 1970, também contribuiu para a elevação desse direito ao plano mundial.

Considerando que a deterioração e o desaparecimento de um bem natural ou cultural constituem "*um empobrecimento nefasto do patrimônio de todos os povos do mundo*", a UNESCO aprovou, em 1972, a *Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural*. Nessa mesma reunião, foram criados o *Comitê do Patrimônio Mundial* e o *Fundo do Patrimônio Mundial* destinado a apoiar a proteção e a conservação dos bens constantes da *Lista do Patrimônio Mundial*. Nos termos dessa convenção, os Estados Membros reconhecem ser deles a responsabilidade primordial de "*identificar, proteger, conservar, reabilitar e transmitir às gerações futuras o patrimônio cultural e natural situado em seu território*".

A *Convenção do Patrimônio e a Declaração do México sobre as Políticas Culturais* (1982) definem como patrimônio cultural de um povo as obras de seus artistas, arquitetos, músicos, escritores e sábios, as criações anônimas surgidas da alma popular e o conjunto de valores que dão sentido à vida. Incluem, também, a língua, os ritos, as crenças, os lugares e monumentos históricos, paisagísticos, arqueológicos e etnológicos, além das instituições dedicadas à proteção desse patrimônio, como os arquivos, bibliotecas e museus. Os mesmos documentos reafirmam o direito dos povos de proteger o seu patrimônio cultural, vinculando-o à defesa da soberania e da independência nacionais. A *Declaração do México* recomendou, inclusive, fossem restituídas aos países de origem as obras que lhes foram subtraídas via colonialismo, conflitos armados e ocupações estrangeiras. Esse princípio já havia sido incorporado pela UNESCO, desde 1978 quando foi instituído o *Comitê Intergovernamental para Fomentar o Retorno dos Bens Culturais aos seus Países de Origem ou sua Restituição em caso de Apropriação Ilícita*, órgão consultivo encarregado de receber as solicitações dos países prejudicados e mediar os diálogos bilaterais.

Uma situação específica, e não menos importante, é a dos países onde existem *minorias étnicas, religiosas ou linguísticas*. Nesse caso, o artigo XXVII do Pacto dos Direitos Civis e Políticos assegura aos membros desses grupos o direito de ter "*sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua*". É de se estranhar que esse princípio não tenha sido objeto de tratamento no âmbito dos direitos culturais, onde estaria melhor situado. Esse lapso foi parcialmente corrigido pela ONU que aprovou, em 1992, a *Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes às Minorias Nacionais, Étnicas, Religiosas e Linguísticas*, na qual se formula a obrigação dos Estados de proteger a existência e a identidade das minorias no interior dos seus respectivos

## THEMIS

territórios. No quadro atual, marcado pela fragmentação das identidades coletivas e pelo enfraquecimento dos Estados nacionais, esse princípio adquiriu uma importância capital. A chamada identidade nacional, em nome da qual foram praticados verdadeiros atos de genocídio, não é - e nunca poderia ter sido vista como tal - um bloco monolítico. Não é um conjunto maior do que suas partes. Cada subcultura constitui, por si mesma, um todo independente. Por mais complexo que isso possa parecer - e de fato o é - a identidade nacional deve ser encarada como um todo composto de todos.

Ainda com relação ao direito à identidade, cabe destacar a *Recomendação sobre a Salvaguarda da Cultura Tradicional e Popular*. Esse documento define cultura tradicional e popular como "o conjunto de criações, fundadas na tradição, que emanam de uma comunidade cultural pela expressão de grupos ou indivíduos e que, reconhecidamente, respondem às expectativas dessa comunidade enquanto manifestação de sua identidade cultural e social"; incluem as normas e os valores que se transmitem oralmente, a língua, a literatura, a música, a dança, os jogos e brincadeiras, a mitologia, os ritos, os costumes, o artesanato, a arquitetura e outras artes.

Considerando que a cultura popular deve ser protegida *por e para* o grupo cuja identidade expressa, e reconhecendo que as tradições evoluem e se modificam, esse documento insiste, basicamente, na recomendação para que os Estados membros apoiem a investigação e o registro dessas manifestações, a fim de assegurar o conhecimento, o acesso e a difusão das tradições populares. Não obstante, temendo que a cultura popular venha a perder o seu vigor sob a influência da "cultura industrializada", difundida pelos meios de comunicação de massas, recomenda-se aos Estados que incentivem economicamente a salvaguarda dessas tradições, "não só dentro das coletividades das quais procedem mas também fora delas". Outra recomendação que nos parece muito importante é a de que os Estados estimulem a comunidade científica internacional - e poderíamos acrescentar a comunidade artística - a adotar "um código de ética apropriado no que se refere aos contatos com as culturas tradicionais e ao respeito que lhes é devido."

No ano de 1966, em plena Guerra do Vietnã, os Estados membros da UNESCO, preocupados com a paz mundial, proclamaram a *Declaração de Princípios da Cooperação Cultural Internacional* e instituíram, assim, um novo direito cultural: "a cooperação cultural é um direito e um dever de todos os povos e de todas as nações, que devem compartilhar o seu saber e os seus conhecimentos",

diz o seu artigo quinto. A Declaração considera ser o intercâmbio cultural essencial à atividade criadora, à busca da verdade e ao cabal desenvolvimento da pessoa humana. Afirma que todas as culturas têm "*uma dignidade e um valor que devem ser respeitados*" e que é através da influência que exercem umas sobre as outras que se constitui o patrimônio comum da humanidade.

A *Declaração do México* aprofundou esses princípios ao defender ser indispensável reequilibrar o intercâmbio internacional, a fim de que as culturas menos conhecidas "*sejam mais amplamente difundidas em todos os países.*" Enfatizou, ainda, a importância do intercâmbio cultural nos esforços de instauração de uma nova ordem econômica mundial.

O vínculo entre os direitos à identidade e à cooperação cultural é profundo. Se, por um lado, é reconhecido o direito de cada povo defender seu próprio patrimônio, de outro, esses mesmos povos têm o dever de promover o intercâmbio entre si. Ou seja, nenhum país, região, grupo étnico, religioso ou linguístico poderá invocar suas tradições para justificar qualquer tipo de agressão, pois acima dos valores de cada um está o patrimônio comum da humanidade, cujo enriquecimento se dá na mesma proporção em que o intercâmbio cultural for incrementado.

Neste ponto, caberia perguntar por que conferir ao patrimônio cultural da humanidade um *status* superior, algo que negamos à identidade nacional na sua relação com as culturas minoritárias. A resposta é simples: as identidades nacionais, em sua grande maioria, foram construídas umas em oposição às outras, como forma de legitimação do poder dos Estados nacionais frente aos outros Estados ou às minorias existentes em seus respectivos territórios. A construção do patrimônio cultural da humanidade, ao contrário, não exige que se tome um outro como referência. Requer, sim, uma identidade-mundo, o que pressupõe o estabelecimento da paz mundial. Paz que significa não a ausência de conflitos e diferenças, mas a negociação e o diálogo entre as múltiplas culturas nos marcos do sistema democrático.

#### **4 DIREITOS CULTURAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA**

O Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos (que data de 1948), bem como do Pacto Internacional DESC. Um dos direitos mais importantes que deve assegurar no país é o de que "toda pessoa deve poder participar da vida cultural que escolha". Neste sentido, a Emenda Constitucional

## THEMIS

nº 48 de 2005 contemplou tal direito ao incluir no art. 215 da Constituição Federal o §3º para que seja estabelecido, mediante lei, “o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à: I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; II - produção, promoção e difusão de bens culturais; III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; IV - democratização do acesso aos bens de cultura”. Assim, este é um direito cultural – constitucional – que deverá ser assegurado a todos: a “democratização do acesso aos bens culturais”.

O art. 215 supracitado assegura como direito as “manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”, garantindo que as mesmas devem ser protegidas pelo Estado. Para o Estado, a proteção é um dever; para as manifestações, um direito cultural.

Um outro direito cultural previsto no art. 216 § 3º da Constituição é que “a lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais”, o que tem sido assegurado através da Lei Ruanet e outros mecanismos e instrumentos de incentivo. Assim, temos alguns direitos culturais que exercemos no dia a dia mas, por quais outros direitos devemos lutar.

### 5 O DIREITO À EDUCAÇÃO NO PLANO INTERNACIONAL

Ao discorrermos sobre Direitos Culturais não podemos deixar de expor sobre o Direito à Educação, pois esta se insere no contexto daqueles. Além disso, a consagração do direito à educação, como não poderia deixar de ser, tem sido constantemente lembrado nos inúmeros tratados, cartas de princípios e acordos internacionais que buscam estabelecer a pauta de direitos consagradores da dignidade da pessoa humana.

O substantivo educação, que deriva do latim *educatio, educationis*, indica a ação de criar, de alimentar, de gerar um arcabouço cultural. A educação, longe de ser um adorno ou o resultado de uma frívola vaidade, possibilita o pleno desenvolvimento da personalidade humana e é um requisito indispensável à concreção da própria cidadania. Com ela, o indivíduo compreende o alcance de suas liberdades, a forma de exercício de seus direitos e a importância de seus deveres, permitindo a sua integração em uma democracia efetivamente participativa. Em essência, “*educação é o passaporte para a cidadania*”. Além

disso, é pressuposto necessário à evolução de qualquer Estado de Direito, pois a qualificação para o trabalho e a capacidade crítica dos indivíduos mostram-se imprescindíveis ao alcance desse objetivo.

Em linhas gerais, podemos conceber a educação como a parcela indissociável do denominado mínimo existencial.

Os contornos básicos do direito à educação são identificados a partir de uma breve enumeração das convenções internacionais relativas ao tema e, no âmbito interno, com o estudo dos textos constitucionais, atual e pretéritos, além de algumas normas infraconstitucionais. Esse singelo apanhado normativo almeja sedimentar uma visão cosmopolita do direito à educação, o que em muito contribuirá para a sua definitiva inclusão nos fluidos limites do mínimo existencial, de alcance tradicionalmente restrito aos *originários* e *inalienáveis* direitos de liberdade, como dizia Locke pouco depois da *Glorious Revolution* de 1688.

Avançando, é traçado um paralelo do instituto do direito subjetivo nas searas pública e privada, o que visa a demonstrar a imediata exigibilidade do direito à educação fundamental e o dever jurídico do Poder Público em atendê-lo. Ainda sob a ótica da efetividade do direito à educação, são tecidas algumas considerações sobre o princípio da divisão das funções estatais, não raras vezes, a pedra angular do entendimento que tenta obstar o poder de coerção a ser exercido pelos órgãos jurisdicionais, bem como a prestigiada tese da reserva do possível, que busca legitimar a postura abstencionista do Poder Público com a constante alegação de insuficiência de recursos para o atendimento de todos os direitos consagrados no texto constitucional.

Para melhor ilustrarmos o acima exposto realizaremos uma breve referência a alguns desses documentos.

**Declaração Universal dos Direitos Humanos**, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, dispõe, em seu art. XXVI, que:

1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos

direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

**A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**, aprovada pela Resolução XXX, da IX Conferência Internacional Americana, realizada em abril de 1948, na Cidade de Bogotá, dispôs, em seu art. XII, que:

Toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios de liberdade, moralidade e solidariedade humana. Tem, outrossim, direito a que, por meio dessa educação, lhe seja proporcionado o preparo para subsistir de uma maneira digna, para melhorar o seu nível de vida e para poder ser útil à sociedade. O direito à educação compreende o de igualdade de oportunidade em todos os casos, de acordo com os dons naturais, os méritos e o desejo de aproveitar os recursos que possam proporcionar a coletividade e o Estado. Toda pessoa tem o direito de que lhe seja ministrada gratuitamente, pelo menos, a instrução primária.

Também a **Carta Internacional Americana de Garantias Sociais**, aprovada na mesma ocasião, assentou, em seu art. 4º, que:

Todo trabalhador tem direito a receber educação profissionalizante e técnica para aperfeiçoar suas aptidões e conhecimentos, obter maiores remunerações de seu trabalho e contribuir de modo eficiente para o desenvolvimento da produção. Para tanto, o Estado organizará o ensino dos adultos e a aprendizagem dos jovens, de tal modo que permita assegurar o aprendizado efetivo de um ofício ou trabalho determinado, ao mesmo tempo em que provê a sua formação cultural, moral e cívica.

**A Declaração dos Direitos da Criança**, adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959, dispôs, em seu princípio 7º, que:

A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário. Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões,

sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se membro útil da sociedade.

**A Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação** celebrou, em 14 de dezembro de 1960, a Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino. A Convenção, dentre outras hipóteses, considerou o termo *discriminação* como abrangente de qualquer iniciativa que terminasse por: a) privar qualquer pessoa ou grupo de pessoas do acesso aos diversos tipos ou graus de ensino; b) limitar a nível inferior a educação de qualquer pessoa ou grupo; e c) impor a qualquer pessoa ou grupo de pessoas condições incompatíveis com a dignidade do homem. Segundo o art. IV da Convenção, além de eliminar as formas de discriminação, os Estados Partes devem formular, desenvolver e aplicar uma política nacional que vise a promover a igualdade de oportunidade em matéria de ensino e, principalmente:

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

**O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, adotado pela Resolução nº 2.200A, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, em seu art. 13, dispôs que:

1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e

promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 2. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito: a) a educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos; b) a educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito; c) a educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito; d) dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária; e) será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente (...)

**O Protocolo Adicional ao Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)**, também denominado de Protocolo de San Salvador, adotado no XVIII Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), realizado na Cidade de San Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988, dispôs, em seu art. 13.3, que:

Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação: a) O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente; b) O ensino de segundo grau, em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional de segundo grau, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito; c) O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito; d) Deve-se promover ou intensificar, na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau; e) Deverão ser estabelecidos programas de ensino diferenciado para os deficientes, a fim de proporcionar instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental.

A **Convenção sobre os Direitos da Criança**, adotada pela Resolução XLIV da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989, em seu art. 28, dispõe que:

1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente: a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente a todos; b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade; c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados; d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças; e) adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar (...)

A **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**, proclamada em 7 de dezembro de 2000 pelos órgãos comunitários (Parlamento, Conselho e Comissão), com o fim de conferir "*maior visibilidade*" aos "*valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano*", dispõe, em seu art. 14, que: "Todas as pessoas têm direito à educação, bem como ao acesso à formação profissional e contínua", acrescentando que "esse direito inclui a possibilidade de frequentar gratuitamente o ensino obrigatório".

O grande número de declarações, tratados, pactos e convenções internacionais, em sua maioria multilaterais e celebrados com a intervenção de organizações internacionais, bem demonstra o esforço na sedimentação de determinados direitos inerentes ao homem, dentre os quais a *educação básica*. Ainda que o sistema apresente debilidades, em rigor técnico, além de admitirem reservas só vinculariam os Estados subscritores, é inegável sua aspiração à universalidade, permitindo o paulatino reconhecimento da fundamentalidade de determinados direitos.

### 6 O DIREITO À EDUCAÇÃO NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

À fundamentalidade recebida do texto constitucional e de inúmeras convenções internacionais se associa o fato de o direito à educação estar diretamente relacionado aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, em especial com o da dignidade da pessoa humana. Parece-nos claro que a efetividade do direito à educação é um dos instrumentos necessários à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais; e à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ainda que concebido como um direito social, a efetividade do direito à educação é imprescindível à própria salvaguarda do direito à livre determinação. Com efeito, como se poderia falar na liberdade de um ser acéfalo e incapaz de direcionar seus próprios movimentos em uma sociedade de massas, cujas relações intersubjetivas, a cada dia mais complexas, exigem um constante e ininterrupto aperfeiçoamento. A educação, não obstante considerada um direito social, é imprescindível à salvaguarda de um direito que, sob um prisma lógico-evolutivo o antecede na formação do Estado de Direito: a liberdade.

O direito à educação, ainda que de forma tímida em alguns casos, foi previsto nos textos constitucionais pretéritos.

A Constituição do Império, em seu art.179, dispunha que *"a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: (...) 32.A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos."* Aqui já é possível divisar a estreita vinculação entre a instrução primária e a concreção de outros direitos de natureza constitucional, como os direitos políticos e a liberdade.

A primeira Constituição republicana fez referência ao direito à educação em seus arts. 35 e 72, § 6º. Em linhas gerais, dispôs sobre a obrigação do Congresso em "animar no país o desenvolvimento das letras, artes e ciências", em "criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados" e em "prover a instrução secundária no Distrito Federal". Além disso, em sua Declaração de Direitos, dispôs que "será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos".

A Constituição de 1934, moderna e de vida efêmera, dedicou todo um capítulo à educação e à cultura, tendo reservado os arts. 148 *usque* 158 à matéria. Ali era estabelecida uma divisão de competências entre os entes federativos, assegurada a isenção de tributos aos estabelecimentos particulares de ensino que oferecessem gratuidade em seus serviços e fossem oficialmente considerados idôneos, garantida a liberdade de cátedra, previsto um percentual mínimo dos impostos a ser aplicado no sistema educativo e criada a obrigação de se manter fundos de educação, inclusive com o oferecimento gratuito, aos alunos necessitados, de "material escolar, bolsas de estudo, assistência alimentar, dentária e médica."

A Carta outorgada de 1937, consagrando um capítulo dedicado à educação e à cultura, reservou à matéria os arts. 128 *usque* 134. Foram mantidos alguns preceitos da Carta anterior e acrescidos outros. Garantiu-se à infância e à juventude o acesso ao ensino em todos os seus graus, priorizou-se o ensino pré-vocacional e profissional e manteve-se a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino primário, mas foi prevista uma "contribuição módica e mensal" para aqueles que não alegassem escassez de recursos.

A Constituição de 1946, em linhas gerais, retomou e aperfeiçoou o sistema adotado em 1934, tendo surgido sob a sua égide a Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). Dentre outras disposições, consagrou a educação como direito de todos, assegurou a obrigatoriedade do ensino primário e acresceu que "o ensino oficial ulterior ao primário sê-lo-á para quantos comprovarem falta ou insuficiência de recursos".

A Constituição de 1967 disciplinou a matéria em capítulo intitulado "Da Família, da Educação e da Cultura", que abrangia os arts. 167 *usque* 172, não tendo introduzido modificações substanciais.

A Emenda Constitucional nº 1/69 manteve as características do sistema anterior e acrescentou a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios no caso de não aplicação anual, no ensino primário, de 20% da receita tributária municipal. Esse percentual, aliás, terminou por ser alterado pela Emenda Constitucional nº 24/83, que o fixou em 13% para a União e 25% para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

A Constituição de 1988 dedicou toda uma seção ao direito à educação, sendo integrada pelos arts. 205 *usque* 214. Cada um dos entes federativos deve comprometer, anualmente, um percentual mínimo da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e

## THEMIS

desenvolvimento do ensino: a União dezoito por cento e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento. O sistema atual atribuiu aos Municípios a atuação prioritária no ensino fundamental e infantil e aos Estados e ao Distrito Federal, também de forma prioritária, a manutenção do ensino fundamental e médio. Com isto, é possível afirmar que inexistente qualquer óbice a que tais entes federativos atuem em outros níveis de educação, o que, por óbvio, pressupõe o atendimento satisfatório nos níveis em que sua atuação seja prioritária.

Sendo a federação a forma de Estado adotada no Brasil era necessário que, além das atribuições de ordem material, também a competência legislativa fosse disciplinada pela Constituição da República. Consoante o art. 22, XXIV, à União compete legislar, de forma privativa, sobre *diretrizes e bases da educação nacional*. De forma concorrente com os Estados e o Distrito Federal também lhe cabe, a teor do art. 24, IX, legislar sobre educação, cultura, ensino e desporto. Neste caso, o parágrafo primeiro do referido preceito restringe sua competência à edição de normas gerais, que serão de observância obrigatória pelos demais entes federativos. Os Estados e o Distrito Federal também poderão exercer a competência legislativa plena, situação que perdurará até a superveniência da lei nacional, ocasião em que a eficácia da lei estadual será suspensa: é esse o conteúdo dos parágrafos do art. 24 da Constituição da República. Em que pese à obviedade, não é demais lembrar que inexistente hierarquia entre as normas emanadas dos diferentes entes federativos, mas sim, uma divisão de competências.

Ainda sob a ótica da produção normativa, podem os Estados dispor sobre a matéria em suas respectivas Constituições. Devem, no entanto, observar os princípios constantes da Constituição da República (v.g.: aqueles previstos nos arts. 1º e 34). Daí se dizer que as Cartas Estaduais devem apresentar uma relação de simetria para com ela.

As obrigações do Estado em busca da concretização do direito à educação estão concentradas no art. 208 da Carta de 1988, *in verbis*:

Art. 208 O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de (EC nº 14/96):

- I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
- II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

Como se constata, o Constituinte dispensou um tratamento nitidamente diferenciado ao ensino obrigatório, realçando que, além de dever do Estado, o que poderia soar como mera enunciação de uma norma programática, configura, independentemente de qualquer requisito etário, o direito subjetivo da pessoa humana. Com isso, torna-se exigível a sua ampla e irrestrita efetividade. Essa norma indica, de modo insofismável, que, dentre as opções políticas estruturantes contempladas na Carta de 1988, o direito à educação fundamental foi considerado uma parcela indissociável de uma existência digna de tantos quantos vivam em território brasileiro, integrando o que se convencionou chamar de mínimo existencial.

As opções políticas do Constituinte, no entanto, não têm o condão de engessar o contínuo evoluir de uma sociedade democrática e nitidamente pluralista. Respeitadas as decisões fundamentais consagradas na Constituição da República, nada impede a constante renovação da vontade popular com a conseqüente expansão das concepções ideológicas outrora prevaletentes.

Nessa linha, foi editada a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Trata-se de diploma avançado e que substituiu os antigos dogmas da doutrina da situação irregular pelo princípio da proteção integral! da infância e da

## THEMIS

adolescência. Afastando quaisquer dúvidas sobre o alcance do Estatuto, dispõe o seu art. 3º que "a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade". Como se vê, o objetivo foi ampliar, em relação às crianças e aos adolescentes, o rol de direitos previsto no texto constitucional. Especificamente em relação ao direito à educação, o art. 54 do Estatuto repetiu, com pequenas alterações redacionais, os termos do art. 208 da Constituição da República.

Ante a constatação de que os direitos sociais contemplados no texto constitucional são constantemente vistos como meras exortações, destituídos de toda e qualquer força vinculativa em relação ao Poder Executivo, o art. 208 da Lei nº 8.069/90 assegura, de forma expressa, a sindicância desses direitos junto ao Poder Judiciário, *in verbis*:

Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular:

I - do ensino obrigatório;

II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;

III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

V - de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;

VI - de serviço de assistência social visando à proteção, à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;

VII - de acesso às ações e serviços de saúde;

VIII - de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

Parágrafo único. As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei.

Como se observa, enquanto o Constituinte optou por indicar o mínimo existencial com a utilização do designativo direito subjetivo, o legislador infraconstitucional chegou a resultado similar por meio diverso. Como veremos, somente é possível falar em direito em havendo o correspondente dever jurídico, e somente poderemos falar em dever caso seja detectada a existência de um poder de coerção apto a alcançar o resultado almejado em não sendo ele espontaneamente observado. Assim, ao prever a exigibilidade desses direitos prestacionais e assegurar a imediata sindicabilidade judicial dos direitos mencionados no art. 208, o legislador infraconstitucional reconheceu, implicitamente, a sua essencialidade para um desenvolvimento digno das crianças e dos adolescentes. Afora o ensino fundamental, devem ser adotadas as medidas possíveis à imediata implementação do atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, do atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade (prestação de cunho igualmente assistencial), do ensino noturno regular, adequado às condições do educando, dos programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental e da escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

A Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) também reforçou a garantia de acesso ao Poder Judiciário em seu art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º. O acesso ao ensino fundamental 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.

§ 1º. Compete aos Estados e aos Municípios, em regime de colaboração, e com a assistência da União;

I. recensear a população em idade escolar para o ensino fundamental, e os jovens e adultos que a ele não tiveram acesso;

II. fazer-lhes a chamada pública;

III. zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

§ 2º. Em todas as esferas administrativas, o Poder Público assegurará em primeiro lugar o ensino obrigatório, nos termos deste artigo, contemplando em seguida os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais.

§ 3º. Qualquer das partes mencionadas no caput deste artigo tem legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do § 2º

## THEMIS

do art. 208 da Constituição Federal, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente.

§ 4º. Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.

§ 5º. Para garantir o cumprimento da obrigatoriedade de ensino, o Poder Público criará formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de ensino, independentemente da escolarização anterior.

Além da proteção integral, o art. 227, *caput*, da Constituição da República assegurou às crianças e aos adolescentes, com absoluta prioridade, o gozo de inúmeros direitos, dentre os quais o direito à educação. No plano léxico, prioridade indica a "qualidade do que está em primeiro lugar ou do que aparece primeiro; primazia, preferência conferida a alguém relativa ao tempo de realização de seu direito, com preterição do de outros; qualidade de uma coisa que é posta em primeiro lugar dentro de uma série ou ordem". Consagrada a prioridade, é praticamente suprimido o espectro de discricionariedade política do administrador público, já que eliminada a possibilidade de sopesar quaisquer outros direitos com aqueles das crianças e dos adolescentes. A ponderação entre os possíveis valores envolvidos foi realizada, a priori, pelo Constituinte, pouco sendo deixado ao administrador. Tratando-se de direitos que congreguem valores idênticos ou inferiores àqueles consagrados às crianças e aos adolescentes, não haverá qualquer espaço para uma opção distinta daquela que prestigie a absoluta prioridade (v.g.: entre a educação de um adulto e a educação de uma criança, esta haverá de prevalecer; entre a realização de construções de natureza voluptuária e a educação de uma criança, a última, por veicular valores mais importantes à coletividade, deverá igualmente prevalecer). No entanto, em situações extremas, um direito que possua maior peso no caso concreto poderá afastar outro de peso inferior (v.g.: para assegurar o direito à vida, pode ser afastado o direito à educação de uma criança).

## CONCLUSÃO

A fundamentalidade dos Direitos Culturais é imanente à sua condição de elemento indispensável à integração dos povos, posto que à medida que se implementa a globalização das fontes culturais entre as nações tais direitos tendem também a se perpetuar entre estas nações.

As constantes descobertas, bem como o surgimento de inventos das mais variadas espécies, tornam alguns direitos alvo de cerrado bombardeio no plano existencial. A exemplo disso, o Direito Autoral que mesmo sendo o mais garantido do ponto de vista jurídico está sendo alvo desse tipo de procedimento, porquanto o impacto da tecnologia digital afasta "o criador da criação, pulverizando os mecanismos de defesa da obra no âmbito das **redes de comunicação eletrônica**." Além disso, dissemina-se, nessas mesmas redes, o argumento de que os indivíduos, na verdade, não criadores, mas simples captadores de idéias que já se acham fixadas em algum lugar.

Apesar da consagração dos Direitos Culturais, de forma ampla, em todo o mundo, via processo de globalização, há que se ressaltar o interesse de cada nação em preservar seus cultos, seus ritos e suas tradições, já que tais itens culturais estão demasiadamente arraigados em suas origens, sendo por este motivo difícil a sua dissociação.

Por outro lado, não seria prudente tratar-se dos Direitos Culturais sem falar-se do Direito à Educação, já que este tem sido constantemente previsto nos inúmeros tratados, cartas de princípios e acordos internacionais, os quais buscam estabelecer a pauta mínima de direitos consagradores da dignidade da pessoa humana. No Brasil, o direito à educação é presença constante em todos os textos constitucionais, recebendo especial realce na Carta de 1988, ocasião em que o direito à educação fundamental foi erguido à condição de direito subjetivo público. Na mesma linha se desenvolveu a legislação infraconstitucional, que consagrou o princípio da proteção integral das crianças e dos adolescentes (Lei nº 8.069/1990) o que inclui o direito à educação, aperfeiçoando o sistema da absoluta prioridade previsto no art. 227 da Constituição da República.

A lenta contemplação do direito à educação no cenário mundial e pátrio com a conseqüente busca da sedimentação de sua universalidade permitiu a integração da educação fundamental ao denominado mínimo existencial, que indica o conteúdo mínimo e inderrogável dos direitos fundamentais. Além dessa perspectiva historicista, a Constituição de 1988, em seu art. 208, § 1º, tornou incontroversa a imediata exigibilidade desse direito junto ao Poder Público, erguendo-o à condição de direito subjetivo público. Tratando-se de norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, a não oferta do ensino fundamental ou a sua oferta irregular autoriza a imediata sindicância junto ao Poder Judiciário.

## THEMIS

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**, Edição Administrativa do Texto Constitucional promulgado em 05.10.998, com as alterações adotadas pelas EC na 1/1992 a 52/2006 e pelas EC de Revisão n°s 1 a 6/1994, Brasília-DF, Senado Federal, 2006.

GARCIA, Maria, A Nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, *in* **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política** n° 23/59.

HOLANDA, Aurélio Buarque de, Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, 11. ed., 12. tirag., Rio de Janeiro: Arquivo Gamma Editorial.

LOCKE, John, *The Second Treatise of Government: Essay concerning the true original, extent and end of civil government*, 3. ed., Norwich: Basil Blackwell Oxford, 1976.

MARTINES JÚNIOR, Eduardo, A Educação como Direito Fundamental do Ser Humano no Brasil, *in* **Revista de Direito Social** n° 6/77, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 16. ed., 2. tir., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social, *in* **Revista de Direito Social** n° 7/137, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil (Edição Universitária), Vol. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang, O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade, *in* **Revista de Direito Social** n° 3/28, 2001.

SILVA, José Afonso da, **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 4. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos**, Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos, São Paulo: Editora Saraiva, 1991.

WEINBERGER, Andrew D., **Liberdade e Garantias**: A Declaração de Direitos, trad. de Hersília Teixeira Leite Vasconcelos, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1965.

## NOTA DO EDITOR

<sup>1</sup> Artigo publicado originalmente na Revista Díke, vol. 1, nº 1, jan/jun 2011.