



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
FACULDADE DE EDUCAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM EDUCAÇÃO

ISABELA RAHAL DE REZENDE PINTO

**A GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E
ADOLESCENTES PELA VIA JUDICIAL: ANÁLISE DAS DECISÕES
JUDICIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2003-2012)**

**DOURADOS - MS
2014**

ISABELA RAHAL DE REZENDE PINTO

A GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES PELA VIA JUDICIAL: ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2003-2012)

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Educação da Faculdade de Educação da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), para obtenção do título de Mestre em Educação, na área de concentração “História, Política e Gestão da Educação”, linha de pesquisa “Políticas e Gestão da Educação”.

Orientação: Prof^ª. Dra. Elisângela Alves da Silva Scaff.

**DOURADOS - MS
2014**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Biblioteca Central da UFGD, Dourados, MS, Brasil

P659g Pinto, Isabela Rahal de Rezende.
A garantia do direito à educação de crianças e adolescentes pela via judicial : análise das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal (2003-2012) / Isabela Rahal de Rezende Pinto – Dourados, MS : UFGD, 2014.

215 f.

Orientadora: Profa. Dra. Elisângela Alves da Silva Scaff.

Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal da Grande Dourados.

1. Educação básica escolar – Direito. 2. Supremo Tribunal Federal. I. Scaff, Elisângela Alves da Silva. II. Título.

CDD: 370.981

Responsável: Vagner Almeida dos Santos. Bibliotecário - CRB.1/2620

FOLHA DE APROVAÇÃO

Isabela Rahal de Rezende Pinto

A garantia do direito à educação de crianças e adolescentes pela via judicial: análise das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal (2003-2012)

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Educação da Faculdade de Educação da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), para obtenção do título de Mestre em Educação, na área de concentração “História, Política e Gestão da Educação”, linha de pesquisa “Políticas e Gestão da Educação”.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

O mestrado é uma construção não apenas intelectual e profissional, como pessoal. Os encontros e desencontros na escrita são permeados por nossos encontros e desencontros com o mundo e com as pessoas que nos cercam. Se são nos livros e nas letras que nos fundamentamos na nossa pesquisa, são com pessoas que a nossa dissertação é trilhada.

Por isso, em primeiro lugar agradeço à minha orientadora, Professora Elisângela Alves da Silva Scaff, por me abrir as portas da pós-graduação, me auxiliando durante todo o processo de desenvolvimento da dissertação.

À Professora Giselle Cristina Martins Real, pelas aulas, sugestões e conversas, contribuindo para enriquecer o meu trabalho.

Ao Professor Romualdo Portela de Oliveira, pelas observações, sugestões e indicações bibliográficas durante a qualificação, colaborando para a construção final da pesquisa.

Aos meus Colegas de Mestrado Jonas, Verônica, Kleyton, Lilian e especialmente, Elis Regina, com quem compartilhei a construção da dissertação, as angústias da vida de pós-graduando e o desenvolvimento de todos em grandes pesquisadores.

Aos colegas e Professores do GEPGE, por representarem um importante espaço de discussão e construção acadêmica.

À minha mãe, pelo apoio incondicional, suporte e amor e por sempre ter valorizado a educação e a leitura como o caminho para o meu desenvolvimento pessoal e profissional.

Ao meu filho João, que cresceu junto com a dissertação, dando os primeiros passos enquanto eu aprendia a caminhar nas trilhas da pesquisa e que hoje já aprendeu o significado da palavra educação.

Ao meu Pai, por ser minha fonte intelectual e pelo grande companheirismo durante toda a minha vida e especialmente nessa nova etapa acadêmica.

Ao meu segundo Pai, Gustavo, pelo suporte, amor e carinho e por estar sempre ao meu lado.

Aos meus irmãos, Gabriela e Gabriel, por sempre me trazerem centelhas de luz e alegria.

RESUMO

PINTO, Isabela Rahal de Rezende. *A garantia do direito à educação de crianças e adolescentes pela via judicial: análise das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal (2003-2012)*. 2014. 215 p. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Educação, Universidade Federal da Grande Dourados, 2014.

A atual ordem jurídica brasileira, especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, estabelece um extenso rol de direitos educacionais voltados para as crianças e adolescentes e garante ao direito à educação o status de direito fundamental social. Nesse contexto, o Poder Judiciário passou a exercer um papel mais ativo e diferenciado com relação à educação, passando a julgar litígios e requerimentos que buscavam a regulação, concretização e efetividade deste direito. Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo investigar e analisar o conteúdo das decisões judiciais (acórdãos) relacionadas ao direito à educação de crianças e adolescentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) no período de 2003 a 2012 a partir das argumentações desenvolvidas pelos Ministros do STF. Da pesquisa documental realizada, resultaram 35 acórdãos sobre a temática do direito educacional de crianças e adolescente, os quais, em razão do grande número de atribuições do Supremo Tribunal Federal, envolveram diferentes questões, referentes: ao acesso à educação infantil; à manutenção de turma do ensino fundamental na modalidade “Educação de Jovens e Adultos”; à responsabilidade estatal na garantia ampla do direito à educação; ao financiamento da educação; à contratação temporária de profissionais da educação pública; à escolha de dirigentes de estabelecimentos de ensino mediante eleições diretas; ao poder de regulação estatal em relação aos estabelecimentos privados de ensino; à constitucionalidade da Meia-entrada; à omissão do Presidente da República em relação à erradicação do analfabetismo no país e à implementação do ensino fundamental para todos; à constitucionalidade do piso salarial profissional para os profissionais do magistério público da educação básica; ao conflito entre os Poderes Legislativo e Executivo na elaboração de normas para a educação e ao conflito entre a União e os Estados Membros na elaboração legislativa na temática educacional. Através de referida análise observou-se que o Supremo Tribunal Federal tem adotado posicionamento favorável em prol da efetivação do direito à educação. Isso porque, de forma unânime, a Corte assentou que a educação-incluindo-se a educação infantil- é direito fundamental social, imediatamente exigível do Estado (em sentido amplo) através da via judicial. Em outras palavras, o STF declarou que o direito à educação é direito público subjetivo. Não obstante a importância da posição jurisprudencial assumida pelo STF, observou-se na análise desenvolvida a falta de diálogo da Corte com a área de conhecimento educacional.

Palavras-chave: Direito à educação de crianças e adolescentes. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

PINTO, Isabela Rahal de Rezende. *The guarantee of the right to education of the children and adolescents by the judicial path: analysis of the Brazilian Supreme Court judgments (2003-2012)*. 2014. 215 p. Dissertation (Master's degree). Faculdade de Educação, Universidade Federal da Grande Dourados, 2014.

The present Brazilian legal order, especially since the promulgation of the Federal Constitution of 1988, establishes a long list of educational rights for children and adolescents and guarantees to the right to education the status of a fundamental social right. In this context, the Judiciary began to take a more active role with education, judging disputes and seeking the regulatory requirements, implementation and effectiveness of this right. In this sense, the present work aims to investigate and analyze the content of judicial decisions related to the right to education of children and adolescents under the Federal Supreme Court (STF) in the period 2003-2012, by the arguments developed by judges of the Supreme Court. Through the documentary research, it was found 35 judgments on the subject of educational rights of children and adolescents, which, given the large number of tasks of the Federal Supreme Court, involved different issues relating to: access to early childhood education, the maintenance of a elementary school class to Young and Adults, the state's responsibility in the broad guarantee of the right to education, the financing of education; the temporary hiring professionals of public education, the choice of leaders of schools through direct elections; the power of state regulation in relation to private schools, the constitutionality of the Half - entry, the omission of the President in relation to the eradication of illiteracy in the country and the implementation of basic education for all, the constitutionality of the minimum salary for teaching professionals in the public basic education, the conflict between the legislative and executive in establishing standards for education and the conflict between the Union and the States in legislative drafting in the educational theme. Through this analysis it was observed that the Supreme Court has adopted a favorable position towards the realization of the right to education. That's because, unanimously, the Court settled that education - including the child education- is a fundamental social right directly liable by judicial process. In other words, the Supreme Court held that the right to education is a public subjective right. Notwithstanding the importance of jurisprudential position taken by the Supreme Court, it was observed on the analysis the lack of dialogue with the educational knowledge.

Keywords : Right to education of children and adolescents . Judiciary . Federal Supreme Court .

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FIGURAS

Figura 1 – Organização do Poder Judiciário brasileiro.....	91
--	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADCT** - Ato das disposições constitucionais transitórias
- Adin** - Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ADO** – Ação direta de inconstitucionalidade por omissão
- ADPF** – Ação de descumprimento de preceito fundamental
- AgRgRE** - Agravo Regimental no Recurso Extraordinário
- AI** – Agravo de Instrumento
- Art.** - Artigo
- CF/88** – Constituição
- CEB** – Câmara de Educação Básica
- CNE** – Conselho Nacional de Educação
- CNTE** - Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação
- CONFENEN** - Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino
- DESC** - Direitos econômicos, sociais e culturais
- DF** – Distrito Federal
- EC** – Emenda Constitucional
- ECA** – Estatuto da Criança e do Adolescente
- EJA** – Educação de Jovens e Adultos
- Inc.** – Inciso
- LDB** – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional
- Min.** – Ministro
- MG** – Minas Gerais
- ONG**- Organização Não Governamental
- PT** - Partido dos Trabalhadores
- RE** – Recurso Extraordinário

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I: O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES	24
1.1 O Estado Social e Democrático de Direito e a afirmação dos direitos fundamentais	24
1.2 A educação como direito fundamental social	29
1.2.1 Discutindo o conceito de direito fundamental	29
1.2.2 Evolução histórica dos direitos fundamentais	34
1.2.3 Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988	40
1.2.4 A educação como direito fundamental social	46
1.3 Críticas à exigibilidade judicial do direito fundamental à educação	51
1.3.1 A teoria da separação dos poderes e a interferência do Poder Judiciário no campo das políticas públicas	52
1.3.2 A crítica financeira: a “reserva do possível”	59
CAPÍTULO II: O CONTEÚDO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES	65
2.1 A absoluta prioridade na efetivação dos direitos das crianças e adolescentes: a doutrina da proteção integral	86
CAPÍTULO III: ASPECTOS ORGANIZACIONAIS E COMPETÊNCIAS JURISDICIONAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	91
3.1 Composição	92
3.2 Competências jurisdicionais	94
3.2.1 Competência originária	95
3.2.1.1 Ação direta de inconstitucionalidade genérica	98
3.2.1.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	100
3.2.2 Competência recursal	101
3.2.2.1 Recurso Extraordinário	101

3.2.2.2 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário.....	102
3.3 O julgamento dos acórdãos.....	102

CAPÍTULO IV: DECISÕES JUDICIAIS EDUCACIONAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2003-2012).....	103
--	------------

4.1 Acesso à educação infantil.....	104
--	------------

4.2 Manutenção de turma do ensino fundamental na modalidade “Educação de Jovens e Adultos”.....	107
--	------------

4.3 Responsabilidade estatal na garantia ampla do direito à educação.....	109
--	------------

4.4 Contratação temporária de profissionais da educação pública.....	113
---	------------

4.5 Financiamento da educação.....	118
---	------------

4.5.1. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1864: o caso do PARANAEDUCAÇÃO e a gestão privada de recursos públicos.....	123
---	------------

4.6 Escolha de dirigentes de estabelecimentos públicos de ensino mediante eleições diretas.....	134
--	------------

4.7 Poder de regulação estatal em relação aos estabelecimentos privados de ensino.....	139
---	------------

4.8 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão em relação à erradicação do analfabetismo no país e à implementação do ensino fundamental obrigatório e gratuito para todos.....	145
--	------------

4.9 Ação direta de inconstitucionalidade nº 1950: o caso da Meia-entrada.....	149
--	------------

4.10 Inconstitucionalidade em razão da inobservância dos requisitos formais de produção das normas: o conflito entre os Poderes Legislativo e Executivo na elaboração de normas para a educação.....	150
---	------------

4.11 Competências para legislar: o conflito entre a União e os Estados Membros na elaboração de normas para a educação.....	158
--	------------

4.12 Piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica.....	171
---	------------

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	184
----------------------------------	------------

REFERÊNCIAS.....	191
-------------------------	------------

APÊNDICE: organização das decisões judiciais proferidas pelo STF sobre o direito à educação de crianças e adolescentes (2003-2012).....	206
--	------------

INTRODUÇÃO

A atuação do Poder Judiciário brasileiro no campo das políticas públicas, especialmente no âmbito dos Tribunais Superiores, nunca foi tão debatida, nos diferentes espaços sociais, como nos últimos anos. Importantes decisões relacionadas a temáticas que envolvem questões usualmente analisadas e determinadas no âmbito dos poderes Executivo e Legislativo demonstram um novo papel assumido pelo Poder Judiciário. Exemplos dessa “judicialização da política”¹ são as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) que envolveram: o reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo (ADI 4277 e ADPF 132), a constitucionalidade das cotas raciais (RE 597285) e o reconhecimento da possibilidade da interrupção da gestação de feto anencefálico (ADPF 54). A educação, por sua vez, não está imune a esse processo.

Especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário passou a exercer um papel mais ativo e diferenciado com relação à educação, passando a julgar litígios e requerimentos que buscavam a regulação, concretização e efetividade deste direito. De acordo com Cury e Ferreira (2009, p. 33) “pode-se designar este fenômeno como a ‘judicialização da educação’, que significa a intervenção do Poder Judiciário nas questões educacionais em vista da proteção desse direito [...]”. Com efeito, a carta constitucional de 1988 garantiu especial atenção e destaque ao direito à educação, caracterizando-o como um direito fundamental de natureza social.

A afirmação dos direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988, dentre os quais o direito à educação, está inserida no contexto da afirmação do Estado Social e Democrático de Direito no país. A adoção desse modelo de Estado impõe não apenas o respeito aos direitos individuais (direito de propriedade, direito à liberdade religiosa, direito de ir e vir, etc.), mas a concretização dos direitos sociais por meio da elaboração e implementação de políticas públicas (DUARTE, 2007).

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, consagrou explicitamente a educação como o primeiro dos direitos sociais ou seja, como um dos direitos garantidos ao indivíduo de participação do bem estar social (SILVA, 2007). Especialmente no que se refere ao direito social da educação, não se trata apenas de um direito individual e sim do direito da comunidade ao bem comum da educação (DUARTE, 2007).

¹ Apesar da falta de consenso quanto ao alcance e significado do termo, entende-se que a judicialização da política relaciona-se com a maior presença do Poder Judiciário em questões políticas tradicionalmente analisadas pelos Poderes Legislativo e Executivo (VERBICARO, 2008).

Além dessa previsão, o constituinte estabeleceu diversas disposições visando à efetivação do direito à educação, tais como: estabelecimento da competência legislativa em matéria educacional (CF, arts. 22, XXIV e 24, IX); responsabilização do Estado e da família na sua efetivação; declaração dos princípios e objetivos sob os quais o direito à educação deve ser concretizado; organização do sistema educacional; repartição de competências administrativas; organização do financiamento educacional, bem como estabelecimento das garantias para sua concretização (CF, arts. 205 a 214) (RANIERI, 2000).

Especificamente quanto aos direitos sociais das crianças e dos adolescentes, incluindo-se o direito à educação, a Constituição Federal adotou a Doutrina da Proteção Integral ao dispor, em seu art. 227, que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, *com absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à *educação*, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988, grifos nossos).

A referida doutrina da proteção integral estabelece como prioritária “a garantia da universalização da vida humana na fase mais crítica de seu desenvolvimento, oferecendo ao infante-adolescente as condições de (a) sobrevivência (...), (b) desenvolvimento pessoal e social (...) e (c) integridade física, psíquica e moral (...)” (MARQUES, 2004, p. 19).

Não obstante a expressa previsão e regulamentação do direito à educação nos diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, há ainda muita polêmica quando se trata da sua exigibilidade pela via judicial, especialmente no que diz respeito à: a) compreensão de sua natureza jurídica: seriam normas impositivas (obrigações) ou meros “conselhos”, “objetivos”?; b) titularidade: seriam direitos individuais ou podem envolver a dimensão coletiva? e c) alcance de seu objeto: o direito à educação é o direito ao acesso a vagas na escola ou o direito à realização de políticas públicas? (DUARTE, 2007).

Além desse panorama específico que envolve o direito à educação, cabe salientar que os direitos sociais em geral encontram diversos obstáculos para sua concretização pela via judicial. Dentre outras objeções, citem-se: a discussão acerca do desrespeito ao princípio da separação dos Poderes; a alegada descon sideração ao regime democrático; a escassez de recursos públicos formulada sob a designação de “reserva do possível”; o impacto negativo das decisões judiciais concessivas de direitos sociais na organização e planejamento das políticas públicas e da própria Administração; a incapacidade técnica do Judiciário para

analisar e formular políticas públicas, objeto por excelência dos direitos sociais; a crítica acerca da desigualdade quanto ao acesso à justiça além da sempre aposta crítica com relação à eficácia dos direitos sociais, econômicos e sociais, ou seja, com relação ao argumento de que esses direitos seriam meros “programas” a serem executados pela Administração Pública discricionariamente (NETO, 2010).

Esses pontos de vista vêm sendo aos poucos superados, por diversos fatores, dentre os quais podemos destacar: as sucessivas crises (de legitimidade, de confiabilidade e de eficiência) que atingem o Legislativo e o Executivo, o protagonismo do Judiciário no campo das políticas públicas, o novo papel assumido pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública e a superação do positivismo no âmbito da metodologia jurídica. Esses e outros fatores fizeram com que a possibilidade de o Poder Judiciário condenar a Administração Pública a prover prestações sociais se afirmasse no contexto presente (NETO, 2010). É nesse sentido que Sarmento (2010, p. 554-555) afirma que:

Atualmente, pode-se dizer que o Poder Judiciário brasileiro “leva a sério” os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido definitivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna.

Apesar dos avanços apontados, ainda não é consensual a discussão acerca da possibilidade e dos limites de o Judiciário condenar o Poder Público a prover prestações materiais aos indivíduos ou à coletividade, especialmente quando envolve a implementação de políticas públicas e sua dimensão coletiva. Duarte (2003) assevera que, nesses casos, raramente o Poder Judiciário tem reconhecido que os demais Poderes agiram de forma omissa ou deficiente.

Importante lembrar que paralelamente ao movimento de afirmação dos direitos sociais e construção do Estado de Bem Estar Social, foram implementadas no país políticas que visavam à contenção do dispêndio de recursos públicos e implicavam em uma maior abstenção do Estado na concretização dos direitos sociais (OLIVEIRA; ARAUJO, 2005). Observa-se, assim, que a atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais não diz respeito apenas a uma questão de interpretação do direito, mas também de decisão política (NETO, 2010).

Diante dessas indagações e questionamentos existentes a respeito da concretização do direito à educação pela via judicial, propõe-se neste trabalho investigar e analisar a atuação

do Poder Judiciário, especificamente do Supremo Tribunal Federal, com relação às demandas judiciais no campo do direito à educação de crianças e adolescentes.

O interesse da pesquisadora pelo tema é antigo, tendo-se iniciado logo no início de sua graduação em Direito; momento em que exerceu um estágio na ONG Ação Educativa, entrando em contato com a temática do direito à educação bem como com diversas ações judiciais que tratavam do tema. Nos três últimos anos do curso de graduação, durante o estágio na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, pôde observar como a Administração Pública estadual atuava quando demandada judicialmente para efetivação de direitos sociais, dentre os quais a educação, e como o Poder Judiciário respondia a tais demandas. Finalmente, durante o desenvolvimento do Trabalho de Conclusão de Curso, a pesquisadora pôde observar o distanciamento entre o direito à educação declarado na Constituição Federal e demais legislações pertinentes e o direito à educação efetivado. Observou-se também a existência de diferentes interpretações e aplicações dadas ao mesmo ordenamento jurídico educacional pelos diferentes atores (juízes, promotores de justiça, litigantes individuais, etc.) o que a instigou a investigar como o Poder judiciário tem interpretado o direito à educação e quais os diferentes argumentos desenvolvidos e expostos pelas partes interessadas nas decisões judiciais.

Como já referido, especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, observa-se a construção de uma relação cada vez mais estreita entre o direito, a justiça e a educação. De fato, “novos questionamentos relacionados à educação são levados diariamente ao Poder Judiciário, que passou a ter uma relação mais direta, com uma visão mais social e técnica dos problemas afetos à educação” (CURY; FERREIRA, 2009, p. 35). Não obstante essa realidade, as pesquisas desenvolvidas no país sobre as decisões judiciais em matéria educacional ainda são incipientes e, em sua maioria, bem recentes (SILVEIRA, 2010).

Deve-se destacar que, embora novidade no Brasil, a análise da jurisprudência educacional nos Estados Unidos já é um tradicional objeto de pesquisa, tendo-se inicialmente fundamentado na análise de uma decisão da Suprema Corte de 1954, mais precisamente do caso *Brown versus Board of education of Topeka* em que ficou estabelecido pela Suprema Corte federal que, no campo da educação pública, a política da segregação racial é inconstitucional. A partir dessa decisão, a história da jurisprudência educacional norte americana é dividida, para fins acadêmicos, em três períodos, ou “ondas”: a) o primeiro período, representado pelos litígios propostos perante a Suprema Corte americana tendo como base questões relacionadas à igualdade; b) a segunda fase, representada pela existência de

litígios educacionais perante os Tribunais Estaduais e tendo como base legal as Constituições dos Estados; c) a terceira onda, também denominada período do “adequacy litigation”, em que há uma mudança do foco de análise judicial da igualdade para a “adequação” ou “eficiência” da aplicação dos fundos educacionais. Em comum, as três fases tem como base questões relacionadas ao financiamento educacional. (REBELL, 2002). Destaque-se, entre os autores norte-americanos que desenvolveram trabalhos acerca da jurisprudência educacional: David Fellman (1961), Arval Morris (1999) e, mais recentemente, Michael Rebell (2002) e Jeffrey Metzler (2003). Ainda, destaquem-se duas páginas na internet que colacionam as decisões judiciais educacionais nos âmbitos federal e estadual, bem como apresentam diversas pesquisas desenvolvidas sobre o tema: <http://www.educationjustice.org> e <http://www.schoolfunding.info>.

Dentre os trabalhos produzidos no Brasil relacionados ao presente objeto de pesquisa, destacam-se as seguintes produções acadêmicas²: a tese de doutorado em educação de Romualdo Luiz Portela de Oliveira (1995), intitulada “Educação e cidadania: O direito à educação na Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil”, em que o autor analisa o ordenamento jurídico do direito à educação introduzido pela Constituição Federal de 1988, bem como os mecanismos judiciais instituídos para sua efetivação; a Tese de Doutorado em Direito, intitulada “O direito público subjetivo ao ensino fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988”, de autoria de Clarice Seixas Duarte (2003), que a autora analisa se a figura jurídica do direito público subjetivo, prevista no art. 208, § 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988, para disciplinar o acesso ao ensino obrigatório e gratuito, presta-se à exigibilidade judicial de políticas públicas educacionais; a dissertação de Mestrado em Educação de Adriana Aparecida Dragone Silveira (2006), intitulada “Direito à educação e o Ministério Público: uma análise da atuação de duas Promotorias de Justiça da Infância e Juventude do interior paulista”, em que a pesquisadora investigou como o Ministério Público estava atuando judicial e extrajudicialmente para efetivar o direito à educação básica no interior paulista, recorrendo-se, para isso, à análise documental dos procedimentos extrajudiciais e das ações judiciais relacionadas ao objeto de pesquisa;; a dissertação de mestrado em Direito de Erik Saddi Arnesen (2010) intitulada “Educação e cidadania na Constituição Federal de 1988”, em que o pesquisador analisa as exigências da cidadania acerca do direito à educação, tendo como fundamento as definições estabelecidas na ordem jurídica constitucional e utilizando-se de decisões judiciais do Supremo Tribunal

² Para o levantamento das produções acadêmicas foi visitado o acervo digital “Banco de Teses CAPES”, disponível em: < <http://capesdw.capes.gov.br/capesdw/Teses.do>>.

Federal para complementar sua análise e a dissertação de Mestrado em Direito intitulada “O direito à educação básica no âmbito do MERCOSUL: proteção normativa nos planos constitucional, internacional e regional”, de Daniel Babinski (2010), em que o autor analisa a extensão da proteção normativa concedida ao direito à educação nos Estados-Partes do MERCOSUL.

Especificamente quanto à atuação do Poder Judiciário no campo do direito à educação, destaquem-se as seguintes pesquisas: a dissertação de mestrado de César Pereira da Silva Machado Júnior (1999) intitulada “A educação como direito social na realidade brasileira”, em que o autor investiga qual conceito de educação tem prevalecido nos tribunais; a dissertação de mestrado em Educação intitulada “A educação e o Poder Judiciário: A jurisprudência educacional do Supremo Tribunal Federal, na vigência da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”, de Edson Machado (2004), em que o autor investiga e analisa o conteúdo das decisões judiciais relacionadas às questões educacionais demandadas junto ao Supremo Tribunal Federal, a partir da vigência da Constituição Federal de 1988 até o ano de 2002; a dissertação de Mestrado em Direito, intitulada “A atuação do sistema de justiça na efetivação dos direitos fundamentais: Um estudo sobre o direito à educação básica, na Comarca de Florianópolis/ SC. No período de 2000 a 2005”, de Marina Soares Vital Borges (2007), em que a pesquisadora investiga se o Ministério Público e o Judiciário, representados pelos órgãos da Infância e da Juventude, têm atuado positivamente na efetivação do direito à educação básica; a dissertação em Direito de Carolina Martins Marinho (2009), intitulada “Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional”, em que a pesquisadora analisa decisões judiciais sobre o direito à educação com o objetivo de testar a pertinência da teoria da capacidade institucional; a dissertação de mestrado em Direito, intitulada “A exigibilidade judicial do direito fundamental à educação na Constituição de 1988”, de Isabela Bentes de Lima (2009), em que a autora, entre outros objetivos, analisa duas decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a temática do direito fundamental à educação; a tese de doutorado em educação de Adriana Aparecida Dragone Silveira (2010), intitulada “O direito à educação de crianças e adolescentes: análise da atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (1991-2008)”, em que a pesquisadora analisa como os desembargadores têm apreciado e julgado as demandas envolvendo os direitos de crianças e adolescentes à educação, no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP); a dissertação em Direito intitulada “A concretização responsável dos direitos fundamentais

sociais: constitucionalização das políticas públicas, reserva do possível e ponderação social na educação”, de Miguel Slhessarenko Junior (2010), em que o autor, utilizando-se também de precedentes do STF, analisa os aspectos relevantes que permitem um melhor controle judicial excepcional das políticas públicas de implementação dos direitos fundamentais sociais, com enfoque na educação; a dissertação de mestrado em Direito intitulada “A absoluta prioridade dos direitos da criança, do adolescente e do jovem: análise empírico-normativa da aplicação judicial da norma atribuída ao art. 227 da Constituição”, de Thiago de Oliveira Gonçalves (2011), em que o autor analisa a forma como vem sendo interpretada e aplicada judicialmente a norma referida (art. 227, CF) e a dissertação em direito “Legitimidade democrática do controle judicial do direito à educação”, de Alessandra Matos de Araújo (2011), em que a pesquisadora, utilizando-se da análise de conteúdo, analisa se a atuação Supremo Tribunal Federal foi legítima quando garantiu a efetividade do direito à educação.

Além das pesquisas relacionadas, observa-se também a publicação de alguns artigos que se relacionam à temática desenvolvida³, dentre eles: “A judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores”, de Alvaro Chrisprino e Raquel Santos Pereira Chrisprino (2008), que discute o fenômeno da atuação da Justiça no universo da escola e das relações escolares tendo como foco os deveres civis dos educadores instituídos pela legislação; o artigo de Nina Beatriz Stocco Ranieri (2009), intitulado “Os Estados e o direito à educação na Constituição de 1988: Comentários acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, em que a autora analisa a problemática relativa à atuação legislativa dos Estados federados por via da jurisprudência do STF; o artigo “O Poder Judiciário e o direito à educação”, de Eduardo Pannunzio (2009), em que o autor analisa os mecanismos judiciais existentes para concretização do direito à educação; o artigo de Carlos Roberto Jamil Cury e Luiz Antonio Miguel Ferreira (2009), em que os autores analisam as relações que se firmam entre o direito e à educação, com a conseqüente intervenção do Poder Judiciário, Ministério Público e Conselho Tutelar no cotidiano escolar, e os reflexos que apresenta esta relação e o artigo de Adriana Dragone Silveira (2012), intitulado “Atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo com relação ao direito de crianças e adolescentes à educação” que apresenta a síntese de sua pesquisa de doutorado anteriormente descrita.

Essa descrição dos trabalhos precedentes busca demonstrar a importância que a análise da jurisprudência educacional, especificamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal

³Os artigos foram pesquisados na biblioteca eletrônica “Scientific Electronic Library Online SciELO”(disponível em: <http://www.scielo.br/cgi-bin/wxis.exe/iah/>) e no acervo pessoal da pesquisadora.

(STF), tem conquistado nas produções acadêmicas bem como o ineditismo do objeto de pesquisa.

O Supremo Tribunal Federal se apresenta atualmente como um dos principais atores do fenômeno da judicialização da política, o que tem levado estudiosos de múltiplas áreas a analisar a atuação dessa Corte em questões jurídicas, políticas, sociais e econômicas. Esse novo papel assumido pela Suprema Corte brasileira relaciona-se às amplas atribuições imputadas pela Constituição Federal de 1988 ao STF. De fato, como destaca Vieira (2008) o STF teve seu papel político ampliado com a aprovação da Constituição Federal de 1988, passando a assumir os papéis de: Tribunal Constitucional, órgão de cúpula do Poder Judiciário e locus especializado e privilegiado para discussão e efetivação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o autor irá cunhar o termo “Supremocracia”, referindo-se ao papel singular que a Suprema Corte brasileira assumiu nas últimas décadas e que não encontra paralelo em nenhuma outra Corte democrática. Segundo Vieira (Ibid.) a “Supremocracia” refere-se a dois aspectos: a) à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do Poder Judiciário e b) à ampliação da autoridade do STF em detrimento da atuação dos Poderes Executivo e Legislativo.

Quanto ao primeiro aspecto observamos que, como órgão de cúpula do Poder Judiciário e como instância final da atuação jurisdicional do Estado, o Supremo Tribunal Federal assume uma especial autoridade em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e, embora suas decisões, em regra, não vinculem a atuação dos demais membros do Poder Judiciário, o seu papel de destaque garante uma relevante influência na atuação das instâncias inferiores do Poder jurisdicional do Estado. Ademais, nos especiais casos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Declaratória de Constitucionalidade e das Súmulas Vinculantes, observamos que a decisão tomada no âmbito do Supremo Tribunal Federal se torna imperativa para todos os demais órgãos do Poder Judiciário e, inclusive, vinculam os atos da Administração Pública (BRASIL, 1988).

Quanto ao segundo aspecto, constata-se que nas últimas décadas o STF assumiu posição central no sistema político brasileiro, atuando de forma crescente no campo das políticas públicas. Como destaca Vieira (2008, p. 445):

A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias.

Segundo o autor (Ibid.) a denominada “Supremocracia” brasileira é singular em comparação com outras Cortes Constitucionais em razão do grande número de matérias e direitos previstos na Constituição e, portanto, cuja guarda foi atribuída ao STF. Nesse contexto, a educação surge como um dos principais direitos a merecer a atuação da Corte, em razão da sua ampla garantia e detalhamento pelo texto constitucional. Foi nesse contexto que se adotou como recorte institucional da presente pesquisa a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Como pôde ser observado pela descrição dos trabalhos precedentes que analisaram temáticas afins ao presente objeto de pesquisa, existem diversos trabalhos que analisam a atuação judicial do Supremo Tribunal Federal em temáticas relacionadas ao direito à educação. Saliente-se, no entanto, que nenhuma pesquisa foi realizada com o objetivo de catalogar e analisar de forma sistematizada o conteúdo das decisões judiciais relacionadas ao direito à educação desde o ano de 2002, mais precisamente desde a pesquisa realizada por Edson Machado (2004).

Neste trabalho o autor investigou e analisou o conteúdo de 46 decisões judiciais relacionadas às questões educacionais demandadas junto ao Supremo Tribunal Federal, a partir da vigência da Constituição Federal de 1988 até o ano de 2002, considerando as atribuições do STF de controle constitucional das leis e atos governamentais e objetivando, a partir dos precedentes levantados, informar o edifício jurisprudencial relativo à educação. Dentre as questões analisada pelo autor, destaque-se: a constitucionalidade da realização de eleições diretas para o preenchimento do cargo de diretores de escolas estaduais, a inclusão da educação para o trânsito no currículo do Ensino Básico, a questão do ensino de Educação Artística no Estado de São Paulo, a malversação dos recursos do salário-educação, o calendário escolar, a matrícula da criança aos seis anos de idade no Ensino Fundamental e a questão da responsabilidade civil da escola pela integridade física do aluno. Além da descrição do conteúdo das decisões judiciais educacionais julgadas pelo Supremo Tribunal Federal no período referido, Machado (2004) as analisou tendo como foco o seu conteúdo político-jurídico e sua relação com a teoria da “Separação dos Poderes”.

Os demais trabalhos produzidos que tiveram como enfoque a atuação do Supremo Tribunal Federal em relação a demandas educacionais se referiram a aspectos específicos do direito à educação ou fizeram uso meramente ilustrativo ou exemplificativo de decisões esparsas e específicas da jurisprudência do Tribunal.

Analisar em conjunto todas as decisões judiciais relacionadas ao direito à educação proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no período citado é importante porque possibilita comparar a atuação – e a argumentação- do Tribunal em demandas judiciais de distintos conteúdos como, por exemplo, demandas relativas ao acesso à educação e demandas relativas à contratação de professores. Ademais, é possível realizar uma representação sobre quais demandas – e em que quantidade e de que maneira- tem sido analisadas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal.

O ineditismo da presente pesquisa, portanto, encontra-se em seus objetivos geral e específicos.

Objetivos

Tem-se como objetivo geral da presente pesquisa investigar e analisar o conteúdo das decisões judiciais relacionadas ao direito à educação de crianças e adolescentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal no período de 2003 a 2012 a partir das argumentações desenvolvidas pelos Ministros do STF. Referido objetivo subdivide-se em dois objetivos específicos:

- Catalogar e caracterizar as decisões judiciais educacionais relativas às crianças e adolescentes decididas no âmbito do STF no período de 2003 a 2012.
- Descrever e analisar o conteúdo das decisões judiciais emanadas pelo STF relativas às crianças e adolescentes que foram julgadas pela Corte no período de 2003 a 2012, destacando as diferentes interpretações- majoritárias e minoritárias- dos membros do STF.

Tais objetivos derivam do seguinte problema de pesquisa: *o que e como* o STF tem decidido acerca das demandas judiciais educacionais relativas às crianças e adolescentes no período de 2003 a 2012.

Metodologia e procedimento para coleta de dados

Para responder ao problema de pesquisa apresentado optou-se pela abordagem qualitativa. Esteban (2010, p. 127) conceitua esse tipo de pesquisa como:

[...] uma atividade sistemática, orientada à compreensão em profundidade de fenômenos educativos e sociais, à transformação de práticas e cenários socioeducativos, à tomada de decisões e também ao descobrimento e desenvolvimento de um corpo organizado de conhecimentos.

A escolha por essa abordagem se justifica pois a entendemos como a forma mais adequada de compreensão de um fenômeno social. Ademais, trata-se de pesquisa de caráter eminentemente transdisciplinar, envolvendo saberes da área da educação e do direito, permitindo analisar e interpretar o problema de pesquisa sob diversos olhares e enfoques sem, contudo, perder a unidade de conhecimento (ESTEBAN, 2010). Importante salientar que essa concepção não exclui o uso de dados quantitativos no desenvolvimento da pesquisa (RICHARDSON, 2007).

Para a consecução dos objetivos propostos, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa bibliográfica permitiu um amplo alcance de informações a partir da utilização de dados presentes em diversos tipos de publicações (livros, artigos científicos, revistas, periódicos, etc.) colaborando no desenvolvimento e definição do quadro conceitual e de análise que envolve o objeto de estudo pesquisado (GIL, 1994).

A pesquisa documental, por sua vez, foi realizada tendo como objeto as decisões judiciais relativas ao direito à educação de crianças e adolescentes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal a partir de 2003 até 2012. Para tratar dos documentos adotou-se a análise documental, entendida como aquela que “busca identificar informações factuais nos documentos a partir de questões ou hipóteses de interesse” (LÜDKE; ANDRE, 1986, p. 38).

O recorte material da pesquisa documental deteve-se na atuação do Poder Judiciário quanto às decisões judiciais relacionadas ao direito à educação das crianças e dos adolescentes, tendo como recorte legal especialmente a Constituição Federal. Nesse sentido, restaram excluídas decisões referentes ao Ensino Superior, aos direitos trabalhistas, a questões tributárias (especificamente relativas ao salário-educação e à imunidade tributária de instituições educacionais), a questões previdenciárias e a questões penais.

Como recorte institucional, o Supremo Tribunal federal foi o órgão decisor escolhido para ter suas decisões analisadas. Essa escolha se justifica: a) pela pertinência temática da Corte, tendo em vista que, diante da ampla garantia e detalhamento do direito à educação no texto Constitucional, o STF surge como um espaço privilegiado para análise de questões educacionais; b) pelas atribuições constitucionais do STF, que envolvem o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos federais, estaduais e distritais e a função de via recursal de última instância, decidindo de forma definitiva sobre questões inicialmente

questionadas em outros órgãos do Poder Judiciário; c) pela relevância decisória do STF, que atua como órgão de cúpula do Poder Judiciário influenciando a atuação das demais instâncias jurisdicionais e vinculando a atuação dos membros do Poder Judiciário e da Administração Pública através das Súmulas Vinculantes e das Ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade; d) por seu papel de destaque no processo de judicialização da política, como anteriormente já analisado.

Outro recorte necessário diz respeito ao tipo de decisão judicial a ser analisada. Na presente pesquisa serão analisados apenas os acórdãos⁴, por representarem a decisão final tomada coletivamente pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, restam excluídas as decisões monocráticas, espécie de decisão tomada por apenas um ministro e que analisa pedidos ou recursos processualmente ou materialmente improcedentes ou ainda que contrariem a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1973).

Também foram excluídas questões em que o conteúdo (mérito) das decisões não foi analisado tendo em vista que, para o objetivo da presente pesquisa, não é relevante o estudo de questões meramente processuais, embora se deva destacar que a decisão de não analisar determinada ação ou recurso por questões processuais compreende não apenas uma decisão jurídica, mas também política.

Finalmente, necessário que se realize o recorte temporal da análise. Para o desenvolvimento da pesquisa definiu-se como período de análise o período de 01/01/2003 a 31/12/2012. Essa escolha se justifica tendo em vista que, após um minucioso trabalho de revisão bibliográfica⁵ observou-se que não foi realizada nenhuma pesquisa que investigasse e analisasse de forma geral as decisões judiciais educacionais do STF desde a já citada dissertação de mestrado de Machado (2004).

A coleta de dados realizou-se no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF), especificamente na seção “Pesquisa de Jurisprudência”⁶. Importante destacar que, de acordo com informações da assessoria da Corte, são disponibilizados para pesquisa eletrônica todos os acórdãos julgados pelo Tribunal no período analisado.

Os descritores utilizados na pesquisa jurisprudencial tiveram como base o objeto de estudo da presente pesquisa, optando-se pelos termos mais abrangentes,

⁴ O acórdão é o texto da decisão proferida por um tribunal. Nesse sentido, diferencia-se da sentença, da decisão interlocutória e do despacho, que são decisões monocráticas, proferidas por apenas uma pessoa (órgão monocrático: juiz, desembargador, ministro singular etc.) (NERY JUNIOR, 2006).

⁵ Para o levantamento das produções acadêmicas foi visitado o acervo digital “Banco de Teses CAPES”, disponível em: < <http://capesdw.capes.gov.br/capesdw/Teses.do>>.

⁶ Dados disponíveis em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 10 jan. 2013.

possibilitando abarcar o maior número de decisões judiciais. Nesse sentido, utilizamos as seguintes palavras: Educação, ensino, escola, escolar, criança e adolescente e infância e juventude.

Da pesquisa realizada, com os referidos recortes e através dos referidos descritores, foram selecionadas 35 decisões. Após a seleção dos acórdãos, as decisões foram organizadas em um quadro (APÊNDICE) por meio dos seguintes tópicos:

- Número do processo.
- Natureza do Recurso ou da Ação
- Nome do Ministro relator.
- Data do julgamento.
- Identificação do(s) recorrente(s) ou autor(es).
- Identificação do(s) recorrido(s) ou requerido(s).
- Demanda citada no acórdão/tema.
- Resultado da ação ou do recurso.

Para possibilitar a consecução dos objetivos propostos para a presente pesquisa e garantir uma análise fundamentada dos dados documentais localizados, faz-se necessário compreender o significado e conteúdo que o direito à educação tem assumido na atualidade bem como conhecer e analisar as críticas existentes em relação à garantia judicial dos direitos educacionais das crianças e adolescentes. Ademais, é necessário que se compreenda e analise as características e atribuições da instituição em que referido direito será interpretado e aplicado. Nesse sentido, o trabalho foi dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo busca-se compreender o significado do direito fundamental à educação no atual contexto do Estado Social e Democrático de Direito, analisando-se a construção e estruturação desse modelo de Estado bem como a evolução histórica dos direitos fundamentais. Ainda nesse capítulo discorre-se sobre as principais críticas existentes com relação à interferência do Poder Judiciário no campo das políticas públicas educacionais.

No segundo capítulo analisa-se o conteúdo do direito fundamental à educação de crianças e adolescentes tendo como foco legal de análise a Constituição Federal de 1988 e apresenta-se o sentido da doutrina da proteção integral dos direitos das crianças e adolescentes.

No terceiro capítulo são apresentadas as principais características organizacionais e as competências jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal, discorrendo-se ainda sobre os

principais tipos de ações e recursos julgados pela Corte em demandas educacionais relativas às crianças e adolescentes.

No quarto capítulo são expostas e analisadas as decisões do STF relativas ao direito à educação de crianças e adolescentes, no período de 2003 a 2012. Nesse momento são apresentados os conteúdos das decisões judiciais coletadas, com destaque para a argumentação desenvolvida pelos Ministros e o resultado das ações e recursos selecionados. Ainda, fundamentando-se na produção bibliográfica existente sobre as temáticas expostas nas decisões judiciais, apresentam-se considerações sobre as principais questões educacionais analisadas nos acórdãos coletados.

CAPÍTULO I: O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A Constituição Federal de 1988, promulgada no processo de redemocratização do país, garantiu especial atenção aos direitos fundamentais sociais, dentre os quais o direito à educação. Diz o art. 6º: “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, grifos nossos).

A afirmação dos direitos sociais na atual carta constitucional brasileira está inserida no contexto da afirmação do Estado Social e Democrático de Direito no país. É a própria Constituição que estabelece, explicitamente em seu artigo 1º, que o Brasil constitui-se como um Estado Democrático de Direito, fundamentado na cidadania, na dignidade da pessoa humana e no pluralismo político. Ademais, embora o referido artigo não o diga expressamente, fica claro o caráter social deste Estado Democrático de Direito ao se analisar mais detidamente a carta constitucional brasileira. De fato, no art. 3º, o texto constitucional estabelece como objetivos fundamentais do país: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminação de qualquer tipo. Estabelece ainda, como já referido, diversos direitos sociais e garante amplos direitos trabalhistas nos artigos 7º a 11 da CF (BRASIL, 1988).

É por isso que, para compreendermos o significado do direito fundamental à educação, é necessário que analisemos primeiramente o tipo de Estado que o alberga. Destaque-se que a referida análise poderia ser realizada a partir de distintas abordagens: filosófica, sociológica, política, jurídica, entre outras. Tendo em vista o objeto da presente pesquisa, no entanto, analisaremos o tipo de Estado a partir do sentido e da estrutura dada pela Constituição Federal de 1988.

1.1 O Estado Social e Democrático de Direito e a afirmação dos direitos fundamentais

Como já referido, há uma relação muito próxima entre os direitos fundamentais e o Estado Social e Democrático de Direito (SARLET, 2010). Este tipo de Estado congrega fundamentos do Estado de Direito, do Estado Democrático e do Estado Social, sendo pertinente verificar-se, ainda que brevemente, como ocorreu o desenvolvimento e estruturação

de cada um deles para, ao final, compreendermos o sentido desta forma de Estado consagrada em nosso texto constitucional.

O Estado de Direito surge no contexto das Constituições liberais burguesas, sendo caracterizado, basicamente, por três predicados: a submissão do poder estatal à lei, que passa a ser considerada emanção do poder popular; a divisão dos poderes estatais, que passam a contar com garantias de independência e imparcialidade, especialmente em relação ao Poder Judiciário e a consagração dos direitos e garantias individuais, considerados aqui como os direitos fundamentais civis e políticos da primeira geração (SILVA, 2007).

De fato, é com a consagração formal dos direitos humanos nas Constituições liberais burguesas do século XVIII, que podemos falar do surgimento dos direitos fundamentais e é com a inscrição em lei desses mesmos direitos pelo Estado que se pode falar na existência de uma Constituição e de um Estado de Direito (SARLET, 2010).

Foi nesse contexto de limitação jurídica - mediada essencialmente pelos direitos fundamentais- do poder estatal, inclusive dos Poderes Legislativo e Judiciário, que observamos o surgimento do Estado de Direito (SARLET, 2010). É esse o sentido do artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que afirma que: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. A Declaração dos Direitos da Virgínia de 1776, também aprovada no mesmo contexto de limitação do poder do Estado, estabelece em seu preâmbulo que os direitos ali expressos são de titularidade do povo, devendo ser considerados como o fundamento e a base do governo. Com essa declaração, fica claro o caráter basilar dos direitos fundamentais, como alicerce que sustenta o Estado de Direito.

Resta clara, então, a relação entre direitos fundamentais e o Estado de Direito. Alexy (1999) justifica essa relação sustentando que os direitos do homem conduzem, por três fundamentos para a necessidade do Estado e do direito: por causa da necessidade de sua concretização, se for necessário, também com coação; da necessidade de não só se discutir sobre questões de interpretação e ponderação mas também de decidi-las e por causa da necessidade de organizar o cumprimento de direitos do homem. (ALEXY, 1999, p. 62)

Bonavides (2007) destaca que no primeiro momento do Estado de Direito, conceituado pelo autor como um típico Estado liberal-burguês, a burguesia, em conflito com o Estado Absolutista, pugna pelos direitos de liberdade do indivíduo, fazendo crer-se no plano teórico que o interesse de uma classe (liberdade burguesa) representava uma bandeira de luta de todo

o corpo social. O autor nos alerta, no entanto, que ao passar de classe dominada para classe dominante:

[...] a burguesia não se interessa mais em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal o sustenta, uma vez que no plano da aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe. (BONAVIDES, 2007, p. 42).

Embora com os mesmos fundamentos referidos por Silva (2007), o Estado de Direito assumiu tantos contornos quanto são possíveis os sentidos para as expressões Estado e Direito, podendo-se falar em um Estado de Direito Feudal, um Estado de Direito Burguês, um Estado de Direito Nacional, entre tantas outras formas e conceituações (SCHMIT, 1928 apud SILVA, 2007).

Nesse sentido, Bobbio (1988) distingue três categorias de Estado de Direito: em sentido fraco, em sentido fraquíssimo e em seu sentido forte. Em seu primeiro sentido, o Estado de Direito refere-se a um tipo de Estado governado pelas leis, garantindo-se a limitação do poder estatal. O Estado de Direito fraquíssimo, por sua vez, pode ser confundido com o Estado legal, cuja mera existência de um ordenamento jurídico que albergue o Estado é considerada suficiente para caracterizar o Estado de Direito. Por fim, o Estado de Direito em sentido forte, típico do liberalismo, tem íntima relação com a proteção aos direitos fundamentais:

[...] Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio “invioláveis” [...] (BOBBIO, 1988, p. 18).

As deformações advindas do conceito liberal de Estado de Direito, muitas vezes reconhecido somente como um Estado Legal, detentor de uma ordem jurídica constitucional mas descompromissado com as realidades política, social e econômica, aliado às reivindicações sociais que propugnavam por um tipo de Estado que se posicionasse perante as injustiças sociais, levou à transmutação do Estado de Direito formal para um Estado de Direito material ou Estado Social, que congregasse o capitalismo como forma de produção com a garantia dos direitos sociais (SILVA, 2007).

Importante destacar que Estado Social não se confunde com Estado Socialista. Como referido por Silva (Ibid.), no Estado Social não se busca a superação da economia de mercado,

podendo-se caracterizar seu fundamento como “uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal” (BONAVIDES, 2007, p. 184). Nesse sentido, deve-se ter sempre em vista que o Estado Social “conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia” (Ibid.).

Discutindo sobre os efeitos deletérios da consagração dos direitos de liberdade burguês cunhados pelo Estado Liberal de Direito sem a correspondente consagração e efetivação dos direitos de bem estar social, Bonavides (Ibid., p. 59) destaca:

Aquele liberdade conduzia, com efeito, a graves e irreprimíveis situações de arbítrio. Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana exploração do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar.

Esse período de contestação do Estado Liberal e de construção do Estado Social foi marcado por intensos embates entre a classe trabalhadora e os detentores do poder político e econômico, resultando na transformação do próprio papel do Estado. Essa transformação, no entanto, não se deu apenas no plano político, resultando na transformação do próprio Direito que deixa de se preocupar apenas com a garantia das liberdades civis e políticas e passa a assumir um caráter prestacional de salvaguarda dos direitos sociais.

Para Duarte (2007, p. 694), que congrega os elementos de Estado de Direito e Estado Social, o principal eixo orientador desse tipo de Estado é a “elaboração e implementação de políticas públicas – objeto, por excelência, dos direitos sociais”.

Destacando o caráter ativo do Estado Social, Bonavides (2007, p. 200), sustenta que:

O Estado Social, por sua própria natureza, é um Estado intervencionista, que requer sempre a presença militante do poder político nas esferas sociais, onde cresceu a dependência do indivíduo, pela impossibilidade que esse se acha, perante fatores alheio à sua vontade, de prover certas necessidades existenciais mínimas.

Nesse ponto também, saliente-se que a conceituação de Estado Social comporta tantas significações quanto abriga a palavra Social. E é nesse sentido que observamos que a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Inglaterra de Churchill e o Brasil, desde a Revolução de 1930, são considerados Estados Sociais de Direito, cada qual, no entanto, com uma configuração. É possível observar por essa assertiva que o Estado de Direito e mesmo o Estado Social de Direito não estão relacionados necessariamente com o Estado Democrático.

De fato, o Estado Democrático se qualifica pela participação popular na construção da coisa pública, não apenas por meio de suas instituições representativas, mas através também “da garantia geral dos direitos fundamentais da pessoa humana” (SILVA, 2007, p. 117).

Dallari (2006) entende que a estruturação do Estado Democrático está relacionada ao cumprimento dos seguintes pressupostos: a) eliminação da rigidez formal do conceito de democracia, tendo em vista que embora a ideia de democracia seja universal, sua estruturação e caracterização são históricas e flexíveis, variando de acordo com a sociedade em que está alicerçada; b) supremacia da vontade do povo; referindo-se à prevalência dos interesses do povo e dos governados sobre os interesses dos indivíduos e dos governantes; c) preservação da liberdade; especialmente a liberdade social entendida como aquela que se forma através da relação do indivíduo com o grupo e d) preservação da igualdade, compreendida como igualdade material ou igualdade de possibilidades, o que exige do Estado não apenas o dever de não discriminação como também um comportamento ativo na materialização da isonomia.

Debatendo sobre o conceito contemporâneo de Estado e sua íntima relação com a Democracia e com uma ordem constitucional que a garanta, Canotilho (2003, p. 92) sustenta que “qualquer que seja a justificação do Estado- e existem vários conceitos e várias justificações- o Estado só se concebe hoje como Estado Constitucional”. E, continua o autor, “o Estado constitucional, para ser um Estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático”. (Ibid., p. 93).

Feita essa breve digressão, interessa para este trabalho compreender o sentido do Estado Democrático de Direito de caráter social tendo em vista que foi esse o tipo de Estado estabelecido de forma evidente pela Constituição Federal.

Nesse sentido, o Estado Social e Democrático de Direito, que vai além da soma do Estado de Direito, do Estado Social e do Estado Democrático, aponta para um Estado que fundado na legitimidade de uma Constituição emanada da soberania popular; na submissão dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário ao texto constitucional; na democracia participativa; no pluralismo de ideias, culturas e etnias; na divisão dos poderes estatais e na garantia de sua independência; garanta a consagração e efetivação dos direitos fundamentais individuais, sociais e coletivos, rumo à construção de uma democracia social (SILVA, 2007). Sarlet (2004, p. 248), destacando a relação entre Estado Democrático de Direito Social e os direitos e garantias fundamentais, estabelece que:

[...] os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarradável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerente à noção de uma democracia e um Estado de Direito

de conteúdo não meramente formal, mas sim, guiado pelo valor da justiça material.

No mesmo sentido, Bonavides (2007, p. 204) sustenta que o Estado Social Democrático “distingue-se, em suma, do Estado Social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade”.

Essa prévia análise da estruturação do Estado Social e Democrático de Direito é importante uma vez que a adoção desse modelo de Estado pelo texto constitucional impõe ao Poder Público brasileiro não apenas o respeito aos direitos individuais (direito de propriedade, direito à liberdade religiosa, direito de ir e vir, etc.), mas a concretização dos direitos sociais por meio da elaboração e implementação de políticas públicas (DUARTE, 2007). E, como já afirmado, dentre os direitos sociais, encontra-se a educação.

1.2 A educação como direito fundamental social

Além de configurar-se explicitamente como um direito social, a educação foi elevada à categoria de direito fundamental do homem através da declaração contida no artigo 205 da Constituição Federal (SILVA, 2007) que estabelece a educação como direito de todos e dever do Estado (BRASIL, 1988).

Apesar de essa afirmativa ser basicamente inconteste no atual sistema normativo brasileiro e mundial (CAGGIANO, 2009), importa compreender qual o seu significado, o que requer discutir-se acerca do conceito de direito fundamental.

1.2.1 Discutindo o conceito de direito fundamental

A atual amplitude e universalidade dos direitos fundamentais, bem como a falta de unidade terminológica quanto ao próprio uso da expressão “direitos fundamentais”, tornam difícil a conceituação precisa dessa categoria de direito. Essa discussão é especialmente importante atualmente tendo em vista que o significado e sentido atribuído ao termo “direitos fundamentais” terá profundas consequência na compreensão do seu alcance, exigibilidade e eficácia.

Como referido, não há unanimidade conceitual quanto ao sentido da expressão “direitos fundamentais”, tanto entre os estudiosos do tema, quanto dentro da ordem jurídica, sendo possível encontrar expressões como “direito naturais”, “direitos humanos”, “direitos

individuais”, “direitos do homem”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades fundamentais” e “liberdades públicas” entre outras, comumente tomadas como sinônimas. Importante que as diferenciemos para chegar ao conceito contemporâneo de direitos fundamentais

Os direitos naturais, construção teórica do jusnaturalismo, referem-se àqueles direitos atribuídos ao Homem pelo simples fato de sua existência, caracterizando-se como direitos inerentes à natureza humana. São também denominados de “direitos do homem” e, diferentemente dos direitos humanos ou fundamentais, são direitos não reconhecidos por lei nacional ou internacional (SARLET, 2010).

Já, os direitos individuais, cujo ápice se concretiza nas declarações de direito liberais burguesas do século XVIII, têm como nota característica justamente a “individualidade” e o caráter não social ou coletivo desses direitos (SILVA, 2007). Como veremos mais detidamente adiante, relacionam-se aos direitos fundamentais de primeira geração (direito à vida; à liberdade; à igualdade perante a lei; à propriedade) e, embora a utilização dessa terminologia encontre-se em declínio entre os estudiosos da temática, a Constituição Federal garantiu um relevante destaque a essa espécie de direito ao declarar em seu art. 60, § 4º, inciso IV, que os direitos e garantias individuais não poderão ser objeto de alteração constitucional, ou seja, não poderão ser suprimidos ou diminuídos por meio de emendas constitucionais (BRASIL, 1988).

O direito público subjetivo, por sua vez, refere-se a um termo técnico jurídico construído no contexto do Estado liberal burguês e da afirmação dos direitos individuais e:

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). (DUARTE, 2004, p. 113).

A construção deste conceito, que permitiu ao indivíduo pleitear judicialmente perante o Estado direitos consagrados nos documentos legais, foi fruto de um processo de limitação do poder estatal, estando fortemente relacionada com a garantia dos direitos civis e políticos do homem o que ensejava, por parte do Estado, um dever de não fazer, de omissão, de não desrespeito aos direitos individuais, de não intervenção na esfera de liberdade do homem. (DUARTE, 2004). Com a afirmação do Estado Social, no entanto, a configuração tradicional do conceito de direito público subjetivo se transformou, passando a englobar também a

possibilidade de se exigir do Estado um comportamento ativo, interventor, de concretização dos direitos sociais:

Em outras palavras, o controle da atuação do Estado não mais está adstrito à exigibilidade de uma conduta negativa e ao respeito aos parâmetros legalmente estabelecidos (não invadir a esfera de liberdade do indivíduo, senão expressamente autorizado em lei), mas deve estar voltado ao cumprimento dos objetivos e programas de ação governamentais constitucionalmente delineados (como os direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, dentre outros previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988). O importante é notar que, nestes casos, o que se busca não é mais uma abstenção, mas a realização de direitos por meio da implementação de sistemas públicos. (DUARTE, 2004, p. 114).

Critica-se, atualmente, a própria utilização do instituto jurídico do direito público subjetivo no Estado Social e Democrático de Direito, em decorrência do seu caráter nitidamente individualista e originário do Estado liberal burguês. Esse é o entendimento de Luño (1979, p. 25) que afirma que:

[...] a figura do direito público subjetivo é uma categoria histórica adaptada ao funcionamento de determinado tipo de Estado, o liberal, e a umas condições materiais que foram superadas pelo desenvolvimento econômico-social de nosso tempo.

Duarte (2004) defende a construção de um novo sentido ao conceito de direito subjetivo público, entendendo se tratar não apenas do direito a “uma prestação individualizada, mas sim a realização de políticas públicas, sendo que sua titularidade se estende aos grupos vulneráveis” (DUARTE, 2004, p. 115). Silva (2007), por sua vez, estende as características do direito público subjetivo, ou seja, a possibilidade de sua exigibilidade judicial perante o Estado, a todos os direitos fundamentais, afirmando que:

Cumpre [...] advertir, para recusar razão a uma corrente reacionária que nega valor jurídico eficaz aos enunciados dos direitos fundamentais, neles vendo apenas valor moral, que a eles se aplica a expressão *direitos subjetivos*, sem importar o qualificativo de privado ou público, quando ela é considerada *situação jurídica subjetiva de vantagem* dotada de eficácia jurídica, porque devidamente garantida como capaz de ser efetivada em favor de seu titular. (SILVA, 2007, p. 177, grifos no original).

Esse ponto é especialmente importante para este trabalho tendo em vista que a Constituição Federal estabeleceu em seu art. 208, § 1º que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” (BRASIL, 1988). Saliente-se que, embora à primeira vista essa consagração expressa tenha sido um avanço do constituinte; na prática, a limitação

da sua abrangência ao ensino obrigatório e gratuito, tem levado ao entendimento, por grande parte da doutrina e da jurisprudência, da não possibilidade de exigibilidade judicial de outros direitos educacionais.

Os termos “liberdades fundamentais” e “liberdades públicas” são comumente utilizados como sinônimos de direitos fundamentais. São, no entanto, conceitos limitados tendo em vista que os direitos fundamentais englobam não apenas os direitos de liberdade, mas uma ampla gama de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Feita essa breve análise dos conceitos correlatos, necessário delimitar o sentido do termo “direitos fundamentais”. Para Silva (2007, p. 178), a expressão direitos fundamentais:

[...] é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem, no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.

Sarlet (2010, p.29), por sua vez, entende que os direitos fundamentais referem-se aos direitos e garantias estabelecidos nas normas constitucionais e “cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito”.

Como observado, compreende-se atualmente os direitos fundamentais como aqueles direitos do homem consagrados pelo Estado nacional em suas cartas constitucionais e que tem como nova distintiva sua fundamentalidade, ou seja, a sua indispensabilidade para o ser humano.

É interessante observar que a própria Constituição Federal de 1988 utiliza-se dos termos “direitos humanos”; “direitos e garantias fundamentais”; “direitos e liberdades constitucionais” e “direitos e garantias individuais” sem precisão conceitual ou homogeneidade, o que mereceu diversas críticas da doutrina (SARLET, 2010).

Apesar da diversidade de termos usados, Sarlet (2010) e Silva (2007) entendem que a carta constitucional vigente, inspirada na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976, adotou a expressão “Direitos Fundamentais” como a expressão de cunho genérico que abarca todas as categorias de direitos fundamentais, dentre as quais: os direitos de liberdade e igualdade; os direitos de cunho prestacional e as garantias institucionais.

A opção constitucional pela utilização prioritária e genérica do termo “direitos fundamentais” ao invés do emprego de expressões como “liberdades fundamentais”, “direitos

civis”, “direitos individuais”; “direitos públicos subjetivos”, entre outros termos que estiveram presentes nos textos constitucionais brasileiros precedentes, encontra respaldo na moderna teoria constitucional. Atualmente, ao menos do ponto de vista da concretização dos direitos fundamentais, critica-se a divisão dessa categoria de direitos em outras categorias específicas, como é comumente realizado. Entende-se que no atual estágio de desenvolvimentos dos direitos fundamentais, é necessário que se compreendam e se efetivem os direitos fundamentais como um todo (PIOVESAN; VIEIRA, 2006). Esse posicionamento é importante uma vez que a divisão dos direitos fundamentais em “direitos econômicos, sociais e culturais” de um lado e “direitos civis e políticos” de outro tem sido um dos principais argumentos para a não efetivação dos direitos sociais, dentre os quais o direito à educação. Ademais, é a primeira vez que um texto constitucional brasileiro introduziu os direitos sociais no capítulo concernente aos direitos fundamentais.

De fato, embora essa espécie de direitos já estivesse garantida desde a Constituição de 1934, sua locação estava no capítulo da ordem econômica e social, o que limitava sua concretização como direito fundamental do homem por parte do Estado. Por essas razões, compreender que a própria carta constitucional brasileira, principal documento normativo do país, considerou que os direitos sociais, assim como os direitos civis e políticos, fazem parte indistintamente da categoria dos direitos fundamentais, implica reconhecer que devem ser concretizados de forma conjunta e integrada pelo Poder Público.

Importante anotar que os direitos fundamentais são constituídos por características próprias, a saber: a) como todos os direitos, são históricos, pois se transformam no decorrer das transformações do Estado e da sociedade; b) são direitos inalienáveis, ou seja, não podem ser transferidos ou negociados em decorrência do seu caráter não patrimonial; c) são imprescritíveis, podendo ser exigidos perante o Estado independentemente da intercorrência do tempo e d) são direitos irrenunciáveis, não podendo seu titular abdicar da sua existência, embora possa não exercê-lo (SILVA, 2007). Alexy (1999) agrega ainda outros cinco elementos constitutivos do conceito de direitos fundamentais: a) são universais porque extensivos a todos os seres humanos independentemente de nacionalidade, raça, cor ou gênero (e não à apenas uma parcela ou grupo de indivíduos como tantas vezes já ocorreu no decorrer da História) e porque todos o devem respeitar e concretizar, inclusive o Estado; b) são morais porque, em que pese sua validade formal estabelecida pela lei, são direitos que podem também ser justificados moralmente perante cada indivíduo; c) são preferenciais porquanto sua concretização deverá constituir-se em prioridade do Estado; d) são fundamentais à

existência do homem e que, por isso, devem ser respeitados, protegidos e fomentados pelo direito; e) são abstratos porquanto sua concretização só se dará na sua aplicação a uma situação real, especialmente através da atividade jurisdicional do Estado.

Como referido por Silva (2007), os direitos fundamentais são direitos históricos. Nesse sentido, também Bobbio (2004, p. 25) compreende que:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Diante do caráter histórico dos direitos fundamentais, importante analisar a sua evolução no decorrer do tempo, o que faremos a seguir.

1.2.2 Evolução histórica dos direitos fundamentais

A afirmação histórica dos direitos fundamentais nas ordens jurídicas constitucionais não ocorreu de forma simultânea ou homogênea, sendo possível vislumbrar uma dimensão evolutiva destes direitos. Diante desse contexto, construiu-se entre os estudiosos uma classificação dos direitos fundamentais segundo “gerações” ou “dimensões”.

O primeiro autor a debater a afirmação dos direitos em uma perspectiva histórica foi Marshall (1967) que, em sua clássica conferência “Classe social e cidadania”- posteriormente transformada em texto-, analisa o desenvolvimento e a afirmação do conceito de cidadania na sociedade inglesa, compreendendo-a como o conjunto dos direitos civis, políticos e sociais. Acrescenta que referidas categorias de direitos não surgiram de forma simultânea na história, cada qual nascendo e sendo afirmada em determinado período. Com efeito, o autor destaca a afirmação dos direitos civis no século XVIII, a ampliação e predominância dos direitos políticos no século XIX e o desenvolvimento dos direitos sociais no século XX. Embora importante, ao se analisar a classificação histórica dos direitos estabelecida por Marshall, deve-se atentar que o autor teve como foco a análise da realidade da Inglaterra, sendo descabido tentar aplicar a sua teoria à realidade nacional. Outra questão a ser analisada sobre a classificação estabelecida por Marshall diz respeito à omissão em analisar os fatores históricos e explicativos que levaram à afirmação de cada categoria de direitos, dando a falsa impressão de que tais direitos foram fruto de um processo natural e desproblematizado. Como destaca Coimbra (1987, p. 83) acerca dos direitos sociais e políticos: “[...] para Marshall [...] o

estabelecimento de ambos termina por ser visto como um processo evolutivo, fundamentalmente linear e incremental”.

Em um sentido similar de crítica à divisão histórica dos direitos fundamentais, diversos autores, dentre eles Sarlet (2010) e Weis (2006), criticam a utilização do termo “gerações”, por entenderem que esse conceito não expressa a cumulatividade e a complementaridade existente entre as diversas categorias históricas de direitos fundamentais, dando a falsa impressão de que haveria alternância e substituição de uma geração pela seguinte. Ademais, sustenta-se que no atual estágio de desenvolvimento dos direitos fundamentais, é necessário que estes sejam compreendidos como uma “unidade interdependente e indivisível (...) pois há verdadeira interação e mesmo fusão dos direitos humanos já consagrados com os trazidos recentemente” (WEIS, 2006, p. 43). Por essa razão, muitos autores têm adotado a nomenclatura “dimensões de direitos fundamentais”.

Bobbio (2004, p. 62), em entendimento contrário à unidade dos direitos humanos fundamentais, compreende as diferentes categorias de direitos humanos, especialmente as duas primeiras, como heterogêneas, ou seja, como um conjunto de “direitos entre si incompatíveis, ou seja, direitos cuja proteção não pode ser concedida sem que seja restringida ou suspensa a proteção de outros”.

Embora a referida classificação histórica de direitos em “dimensões” ou “gerações” seja mais comumente atribuída aos direitos humanos, pode igualmente ser aplicada aos direitos fundamentais, objeto do presente estudo (SARLET, 2010). Apesar do dissídio terminológico entre a utilização dos termos “gerações” ou “dimensões” ou mesmo acerca da própria divisão dos direitos fundamentais em categorias históricas, há certo consenso entre os autores de que, com o reconhecimento dos direitos humanos pelas primeiras Constituições, inicia-se um processo histórico de evolução dos direitos fundamentais através de diferentes dimensões, estando intimamente relacionado ao processo de evolução do próprio Estado (SARLET, 2010), como destacado no primeiro tópico.

Os direitos fundamentais de primeira geração, surgidos no âmbito da Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776 e da Declaração Francesa de 1789, são caracterizados como direitos de defesa do indivíduo perante o Estado; são direitos de não intervenção do Estado e de limitação de seu poder. São, por essa razão, chamados de direitos “negativos”, exigindo do Estado uma atitude omissiva, um “não fazer”.

Os direitos fundamentais de primeira geração referem-se aos denominados direitos civis e políticos consagrados na doutrina de Marshall e atualmente consolidados em todas as

Constituições nacionais, dentre os quais se destacam: os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, à liberdade de expressão e à participação política.

Para Marshall (1967) os direitos civis referem-se especificamente aos direitos à liberdade individual, dentre os quais a liberdade de locomoção, a liberdade de imprensa, a liberdade religiosa, o direito à propriedade e o direito à justiça. Acerca dos direitos civis, Marshall (1967, p. 69) destaca que o seu nascimento foi pressuposto do desenvolvimento e manutenção da economia de mercado: “os direitos civis não estavam em conflito com as desigualdades da sociedade capitalista; eram, ao contrário, necessários para a manutenção daquela determinada forma de desigualdades.”

Os direitos políticos, por sua vez, referem-se ao direito de participar do exercício do poder político, seja como membro de uma instituição política, seja como eleitor dos membros que comporão referida instituição (Ibid.).

Com o desenvolvimento do processo de industrialização na Europa e o agravamento dos problemas sociais e econômicos, passa-se a observar que a mera abstenção do Estado em relação ao indivíduo e a limitação de seu Poder não eram suficientes para gerir a nova configuração social que se delineava. Com efeito, ainda no século XIX, observa-se a expansão dos movimentos reivindicatórios, que passam a exigir do Estado um comportamento mais ativo na concretização do bem-estar social. E por exigirem do Estado direitos a prestações sociais (e não mais uma omissão), os direitos de segunda dimensão são denominados de direitos positivos, direitos prestacionais ou ainda de direitos sociais, econômicos e culturais.

Para Marshall (1967) os direitos sociais, advindos das reivindicações sociais promovidas graças ao desenvolvimento e incorporação dos direitos civis e políticos, referem-se ao direito à um padrão mínimo de qualidade de vida que permita ao indivíduo participar do bem estar social e econômico. Silva (2007, p. 289), ao destacar a relação dos direitos de segunda geração com os direitos de primeira, esclarece que os direitos sociais são:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Embora esses direitos já estivessem presentes nas Constituições Francesas de 1793, na brasileira de 1824 e na Alemã de 1849, foi especialmente no século XX, nas cartas constitucionais do segundo pós guerra, que essa segunda dimensão de direitos fundamentais

se expandiu por diversas Constituições e documentos internacionais. Houve, contudo, uma importante evolução na natureza jurídica dessa categoria de direitos fundamentais no decorrer da história.

Em suas primeiras declarações, dentre as quais a carta constitucional brasileira imperial, os direitos de segunda dimensão, embora expressamente garantidos, tiveram sua eficácia negada ou contestada, não sendo considerados verdadeiros direitos mas meras declarações constitucionais sem caráter vinculativo, justamente por exigirem do Estado prestações materiais e, conseqüentemente, dispêndio de recursos públicos.

O direito à instrução primária gratuita a todos os cidadãos, por exemplo, fora estabelecido de forma expressa já pela primeira Constituição do Brasil independente, de 1824, em seu artigo 179, inciso 32, sem que houvesse, no entanto, sua concretização pelo Poder Público (OLIVEIRA, 2002).

Como destaca Horta (2007, p. 39), as Constituições brasileiras de 1824 e 1891, em decorrência de seu aspecto liberal, não se preocuparam em garantir a efetivação dos direitos estabelecidos, limitando-se a declará-los:

[...] são legítimas peças do Estado Liberal de Direito, muito mais detidas, em geral, e igualmente na temática analisada, à mera formalização do Direito, pouco - ou nada - afetas à eficácia social da norma (ou, antes disso, à possibilidade de sua concretização).

Em um segundo momento, do qual as Constituições brasileiras anteriores à carta constitucional de 1988 fazem parte, os direitos de segunda geração passaram por uma fase que, embora considerasse tais disposições como verdadeiros direitos a serem concretizados pelo Estado, não estabelecia instrumentos para garantir tal efetivação (BONAVIDES, 2009).

A Constituição brasileira de 1934, por exemplo, dedicou pela primeira vez na história constitucional do país um capítulo inteiro à temática educacional, estabelecendo, também de forma inédita, o direito à educação a todos os residentes no país, a cargo dos Poderes Públicos e da família, nos termos do seu artigo 149. Apesar da previsão expressa do direito à educação no referido documento, não foram previstas garantias que possibilitassem a exigibilidade do direito educacional em face do Estado.

Também nesse sentido, a Emenda Constitucional nº 1/69, que veio a alterar a Constituição outorgada de 1967, estabeleceu pela primeira vez, em seu art. 176, a educação como direito de todos e dever do Estado. No, entanto, da mesma forma como estatuído na

Constituição de 1934, a mera declaração do direito à educação, sem instrumentos que possibilitassem sua exigibilidade, não foi capaz de garantir a sua concretização.

Atualmente, aos direitos fundamentais sociais já é garantida juridicidade e exequibilidade havendo, inclusive, previsão constitucional de instrumentos processuais para garantir sua concretização “de tal forma que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os de primeira” (BONAVIDES, 2009, p. 565). No entanto, a resistência ainda existente por parte do Estado e dos três Poderes que o compõe, faz com que essa segunda dimensão de direitos ainda viva uma crise, dessa vez de “observância e execução” (BONAVIDES, 2009, p. 564) aos ditames já estabelecidos na Carta Constitucional.

Exemplos dos direitos de segunda dimensão, como bem estabelece o já citado art. 6º da Constituição Federal são: o direito à educação, o direito à saúde, direito ao trabalho, direito à assistência social. Além desses direitos, os direitos de greve, de sindicalização bem como os direitos às férias remuneradas e salário mínimo também se locam nessa dimensão de direitos, demonstrando que, embora a nota distintiva dessa fase evolutiva seja o caráter prestacional das ações estatais, ela também comporta um aspecto negativo, referente às liberdades sociais.

Atualmente, a caracterização dos direitos econômicos, sociais e culturais como “direitos positivos”, bem como a caracterização dos direitos civis e políticos como “direitos negativos” tem merecido diversas críticas tendo em vista que se considera que ambas as categorias de direitos comportam uma dimensão prestacional e uma dimensão omissiva. Nesse sentido:

Não há um traço ou característica comum capaz de definir tanto os direitos civis e políticos como os DESC, como se tais direitos formassem catálogos perfeitamente consistentes de direitos. O esforço para reduzir direitos civis e políticos a “direitos negativos” – ou seja, direitos que requerem abstenção Estatal- e os DESC a “direitos positivos” –ou seja, direitos que requerem ação Estatal- é claramente errado. *Todo direito, independentemente de sua classificação como direito civil, político, econômico, social ou cultural – requer tato abstenção quanto ação Estatal, e não há praticamente direito algum que não demande recursos para ser implementado e protegido.* (COURTIS, 2010, p. 490, grifo nosso).

Também denominados de direitos de solidariedade e fraternidade, os direitos fundamentais de terceira geração têm como marco distintivo o fato de transferirem sua titularidade, que até então permaneceu na esfera do indivíduo, para a coletividade e mesmo para o próprio Estado ou Nação. Assim, não se trata mais de um direito do indivíduo à determinada ação ou omissão do Estado, mas de um direito de natureza difusa, que abarca todo gênero humano. São exemplos dessa dimensão de direitos: o direito à paz, à

autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento do meio ambiente, o direito ao patrimônio histórico e cultural e o direito à comunicação (SARLET, 2010).

A afirmação desta dimensão de direitos fundamentais está inserida no contexto do segundo pós guerra e segunda descolonização, em que se vislumbra um mundo extremamente desigual, cujos recursos naturais e históricos são consumidos de forma exploratória e não sustentável e cuja beligerância coloca em risco a própria existência da Sociedade. Nesse sentido:

A consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em fase de precário desenvolvimento deu lugar em seguida a que se buscasse uma outra dimensão dos direitos fundamentais, até então desconhecida. (BONAVIDES, 2009, p. 569)

Muitos destes direitos de terceira geração ainda não foram consagrados nas Constituições dos Estados, estando garantidos, no entanto, no plano internacional. De forma pioneira, a carta constitucional brasileira garante não somente muitos dos direitos dessa dimensão como também instrumentos jurídicos específicos para garantir sua efetivação como a ação popular, a ação civil pública, a ação coletiva e o mandado de segurança coletivo.

Saliente-se ainda que, atualmente, vislumbra-se o caráter coletivo e difuso não somente dos direitos de solidariedade e fraternidade como também das demais dimensões dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos econômicos, sociais e culturais que, embora possam ser demandados de forma individual perante o Poder Judiciário, devem ser prioritariamente exigidos judicialmente através de ações de índole coletiva (NETO, 2010). Essa mudança de tratamento conferida aos direitos fundamentais de segunda dimensão está relacionada à própria mudança da forma de Estado: se no Estado Liberal os direitos sociais são direitos de cunho individualista, no Estado Social de Direito sua concretização só se dará por meio da realização de políticas públicas (DUARTE, 2004).

Em que pese um certo consenso sobre a estruturação e caracterização das três primeiras dimensões de direitos fundamentais, há um intenso debate acadêmico sobre a existência de novas dimensões desses mesmos direitos.

Bobbio (2004), entre outros autores, sustenta que os direitos de quarta geração são aqueles advindos do desenvolvimento científico e tecnológico da humanidade, especialmente os relacionados à manipulação do patrimônio genético do indivíduo. Os direitos dessa dimensão, então, são os estabelecidos para proteger essa parcela da existência do Homem, até então negligenciada.

Sarlet (2010, p. 51), por sua vez, defende que “na essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade)”, sendo desnecessária a criação de mais uma dimensão de direitos fundamentais além das três já desenvolvidas.

Por fim, Bobbio nos lembra de que “poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar (...) o que prova que não existem direitos fundamentais por natureza”; os direitos serão sempre históricos (BOBBIO, 2004, p. 38).

1.2.3 Os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 garantiu espaço privilegiado aos direitos e garantias fundamentais, estabelecendo, inclusive, um Título próprio para tratar da temática. De forma inédita na história constitucional brasileira, posicionou os capítulos dedicados aos direitos e garantias fundamentais logo no início do texto constitucional e, além da previsão de diversos novos direitos, estabeleceu instrumentos que possibilitam a sua concretização e proteção (PIOVESAN; VIEIRA, 2006). Com efeito, “deve ser ressaltada a relevância dos direitos fundamentais como um todo na ordem jurídica vigente, reconhecidos como valores supremos da ordem constitucional, fonte legitimadora e razão de ser do próprio sistema jurídico” (DUARTE, 2007, p. 695).

A importância atribuída aos direitos fundamentais na atual carta constitucional brasileira está relacionada ao próprio contexto de promulgação do texto constitucional de 1988. Com efeito, a atual Constituição Federal 1988 “representa o coroamento do processo de transição do regime autoritário em direção à democracia” (SARMENTO, 2010, p. 28), após um longo período de restrição e supressão dos direitos civis, políticos, econômicos e sociais.

De fato, “após vinte e um anos de regime autoritário, objetivou a Constituição resgatar o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana” (PIOVESAN; VIEIRA, 2006, n.p.). Dessa forma, o Poder Constituinte brasileiro e os movimentos sociais e políticos que o compuseram estabeleceram um amplo rol de direitos e garantias fundamentais no texto da Constituição Federal de 1988.

Importante aqui fazer uma breve distinção entre os conceitos de “direitos” e “garantias” porquanto o estabelecimento das garantias e não apenas dos direitos foi uma das

principais inovações do atual texto constitucional quanto aos direitos fundamentais. Conforme esclarece Silva (2007, p. 189), que estabelece uma distinção entre garantias constitucionais e direitos fundamentais:

As garantias constitucionais são normas constitucionais que conferem, aos titulares de direitos fundamentais, meios, técnicas, instrumentos ou procedimentos para impor o respeito e a exigibilidade de seus direitos. Nesse sentido, essas garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito principal. Estão a serviço dos direitos fundamentais, que, ao contrário, são um fim em si, na medida em que constituem um conjunto de faculdades e prerrogativas que asseguram vantagens e benefícios diretos e imediatos a seu titular.

Observa-se assim que enquanto os direitos fundamentais declaram a existência de determinado valor (liberdade, educação, saúde, etc.), as garantias são os instrumentos que asseguram o respeito e a concretização do direito declarado, podendo constituir-se tanto em instrumentos judiciais quanto institucionais.

Dentre as garantias constitucionais previstas para proteção e efetivação dos direitos fundamentais, destaca-se o estabelecimento de diversos instrumentos judiciais, tais como o mandado de injunção, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo e de meios institucionais, tais como a criação da Defensoria Pública, a estruturação e especialização do Poder Judiciário e especialmente a ampliação das atribuições e competência do Ministério Público que, como estabelecido no art. 127 da Constituição Federal de 1988, foi incumbido da “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” (BRASIL, 1988).

Dentre as principais inovações estabelecidas pelo Constituinte de 1988 acerca dos direitos fundamentais está aquela contida no art. 5º, § 1º, que estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988). Apesar da falta de consenso sobre o sentido e alcance dessa declaração, tomemos o entendimento de Piovesan (2006, p. 35-26) que afirma:

Esse princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Tal princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Outra importante inovação promovida pela atual Constituição Federal de 1988 quanto aos direitos fundamentais foi o destaque e a inclusão dos direitos sociais entre aqueles denominados de direitos fundamentais. De fato, “a acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais” (SARLET, 2010, p. 66). Essa afirmação é importante porque com a inclusão dos direitos sociais dentre os direitos fundamentais, impossibilita-se ao Estado omitir-se na sua concretização sob a alegação de que tais direitos se configuram como meros conselhos ou objetivos constitucionais, sem força prescritiva. Na atual configuração constitucional, os direitos sociais caracterizam-se como verdadeiros direitos (DUARTE, 2007).

Além do reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, outra inovação da ordem constitucional de 1988 foi o destaque e a extensão dada ao tema. De fato, o texto constitucional garantiu um amplo rol de direitos sociais, dotados, de forma inédita na história constitucional brasileira, de alta concretude e substantividade (BONAVIDES, 2006). Com efeito, além da previsão dos direitos sociais em seu art. 6º, o texto constitucional estabeleceu “uma ordem social com um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade” (PIOVESAN; VIEIRA, 2006, n.p.), dentre os quais os relacionados ao direito à educação.

Saliente-se, no entanto, que a declaração dos direitos sociais na Lei Maior brasileira, embora louvável e de suma importância, não foi suficiente para garantir a sua efetivação e, por conseguinte, para a concretização de uma sociedade mais livre, justa e solidária, como preconiza nossa carta constitucional. Como aponta Canotilho (2004), o desafio atual no que tange aos direitos sociais está em “levarmos a sério” a sua declaração constitucional.

Ademais, deve-se atentar que quando se trata de direitos sociais, cujo principal objeto são as políticas públicas a cargo do Poder Executivo, a afirmação em lei não será suficiente para sua concretização, tendo em vista que “o Direito tem limites que lhe são próprios, e que por isso não deve ter a pretensão de normatizar o inalcançável. Esse otimismo juridicizante se alimenta na crença de que é possível salvar o mundo com papel e tinta” (BARROSO, 2010, p. 221).

Por outro lado, deve-se ter em vista que a Constituição, assim como as demais normas, está sempre em uma relação de tensão com a realidade, decorrente de seu caráter histórico (BARROSO, 2010). É nesse sentido que Oliveira e Araújo (2005) destacam que a concretização dos direitos sociais previstos amplamente na carta constitucional de 1988 foi

frustrada pelas políticas neoliberais que sucederam sua promulgação e que preconizavam, justamente, a diminuição do papel do Estado na efetivação dos direitos prestacionais e a diminuição do gasto público.

Ainda quanto a essa questão e, especificamente no tocante ao direito à educação, Campos (2010, p. 09), destaca:

Como sempre acontece na história das políticas sociais em economias capitalistas, as contradições entre o projeto de educação que se refletiu no texto original da Constituição (marcado principalmente pela atuação de setores mais progressistas da sociedade durante o período da transição democrática) e os projetos que passaram a ser gestados em outros setores sociais por novos protagonistas na área das políticas públicas (como organizações empresariais, profissionais de áreas mais identificadas com os interesses econômicos e diversas organizações da sociedade civil) deram corpo a propostas diversas para a organização da educação no País, que ganharam visibilidade na mídia e na opinião pública, deslocando metas e objetivos previstos na definição constitucional original. Muitas das leis e das emendas aprovadas na Constituição Federal desde os anos 1990 são fruto desse processo e dos embates e acordos ocorridos nesse percurso.

Ainda sobre o tratamento dado aos direitos fundamentais pela Constituição Federal, destaque-se a disposição contida no art. 60, § 4º, inciso IV, que estabelece que os direitos e garantias individuais não serão objeto de proposta de emenda constitucional tendente à aboli-los (BRASIL, 1988). Essa norma trata das denominadas “cláusulas pétreas”, ou “limites materiais constitucionais” que, por representarem os principais valores e decisões políticas da ordem jurídica constitucional e do Estado que alberga, não podem ser modificados de forma a suprimi-los. Como sustenta Duarte (2007, p. 696), “Isso significa que o legislador constituinte reservou um conjunto de matérias cuja relevância impede a sua supressão pelo legislador ordinário, criando limites materiais à reforma constitucional”.

Como anteriormente afirmado, as Constituições não são imutáveis, carregando um importante aspecto histórico e, portanto, a possibilidade de sua modificação. As alterações constitucionais podem ocorrer dentro da própria ordem constitucional vigente, sem ruptura, através das denominadas emendas constitucionais ou através da ruptura com a ordem jurídica anterior em decorrência da criação ou emancipação de um Estado; da reestruturação de um Estado após um período de guerra; da transição política de um Estado ou da ascensão de um movimento revolucionário (BARROSO, 2010). Nesses casos, não há limites para as mudanças constitucionais já que se trata de uma mudança não apenas legal, mas de concepção de Estado e sociedade. No primeiro caso, quando a mudança constitucional ocorre sem ruptura, a própria ordem jurídica estabelece os procedimentos para a sua alteração e, como no caso da Constituição brasileira, seus limites. Esses limites objetivam proteger o núcleo

essencial do Estado ancorado pela ordem constitucional e preservar a sua identidade. Barroso (2010, p. 163), explicitando o caráter democrático da existência das cláusulas pétreas, afirma:

As cláusulas pétreas ou de intangibilidade são a expressão mais radical de autovinculação ou pré-compromisso, por via da qual a soberania popular limita o seu poder no futuro para proteger a democracia contra o efeito destrutivo das paixões, dos interesses e das tentações. Funcionam, assim, como a reserva moral mínima de um sistema constitucional.

Embora a existência e relevância das cláusulas pétreas no ordenamento constitucional brasileiro sejam consensuais, a polêmica surge quanto ao alcance da expressão utilizada pelo constituinte: “direitos e garantias individuais”. Como analisou-se anteriormente, essa expressão e o termo “direitos e garantias fundamentais” não são necessariamente sinônimas, surgindo o seguinte questionamento: todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, estão protegidos das reformas constitucionais que pretendam suprimi-los ou erodi-los ou apenas os direitos e garantias individuais?

Há aqueles que, através da interpretação literal do referido artigo, sustentam o entendimento de que a norma constitucional se referiu apenas aos direitos e garantias civis e políticos, excluindo-se os direitos sociais e os direitos difusos e coletivos. É esse o entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes (1997, p. 86) que afirma que “parece inquestionável, assim, que os direitos e garantias individuais a que se refere o art. 60, §4º, IV da Constituição são, fundamentalmente aqueles analiticamente contidos no art. 5º.”

Há ainda aqueles autores, com os quais concordamos, que realizam uma interpretação extensiva do art. 60, §4º, IV da Constituição, sustentando que nele se incluem todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais. É esse o posicionamento de Duarte (2007, p. 696):

No nosso entendimento, o artigo 60, § 4º, IV, apesar de conferir caráter de cláusula pétrea apenas aos “direitos e garantias individuais”, em detrimento dos demais direitos fundamentais, deve ser interpretado de forma mais ampla, devendo abarcar os direitos sociais previstos em nossa Constituição.

Por fim, importante destacar que, além dos direitos expressamente declarados pela Constituição Federal, o Brasil é signatário de diversos documentos internacionais que tem como objeto os direitos humanos, especialmente os direitos humanos de segunda geração. Destaca-se, entre eles, o Pacto Internacional de Proteção aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966 e ratificado pelo Brasil em 1992.

Além da importância inerente aos compromissos firmados internacionalmente com a assinatura desses documentos, o Constituinte de 1988 quis garantir maior concretude aos direitos humanos constantes de Tratados e Convenções Internacionais ratificados pelo Brasil. Afinal, como sustenta Alexy (1999, p. 57) “como mera declaração, um catálogo de direitos do homem permanece sem efeito. Os direitos do homem devem ser transformados em direito positivo para que seu cumprimento esteja garantido”. E foi nesse sentido que a nossa Constituição Federal, em seu artigo 5º, §3º estabeleceu que:

Art. 5º.

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (BRASIL, 1988).

Quer isso dizer que a Constituição Federal criou um mecanismo pelo qual os direitos humanos constantes dos documentos internacionais assinados pelo Brasil possam adquirir a mesma força normativa que a Constituição Federal garante aos direitos fundamentais nela expressos; podendo até mesmo modificar o texto constitucional se com ele for incompatível ou mais benéfico ao ser humano. Mesmo os tratados e convenções internacionais que não passarem por esse procedimento legislativo específico previsto no §3º do art. 5º, integrarão o ordenamento jurídico brasileiro, mas sem a mesma força dos direitos fundamentais (DUARTE, 2007).

Essa posição, no entanto, não é pacífica, havendo autores como Piovesan e Vieira (2006), por exemplo, que sustentam que os direitos humanos e os direitos fundamentais são equivalentes independentemente do rito de aprovação previsto no artigo 5º da Constituição Federal tendo em vista que, em relação ao seu conteúdo material, ambas as categorias de direito são análogas.

Nesse ponto, não haveria diferença entre os direitos humanos (plano internacional) e os direitos fundamentais (plano constitucional), podendo o cidadão recorrer tanto à Constituição Federal quanto aos Tratados Internacionais para pleitear os direitos ali expressos. Recentes decisões dos Tribunais Superiores⁷ sobre a temática apontam para essa mesma direção, ao garantir aos direitos humanos hierarquia de normas verdadeiramente constitucionais e, portanto, fundamentais.

⁷ Cf. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Ordinário em Habeas Corpus 18.799, DJ 08.06.2006, Min. José Delgado e Superior Tribunal Federal, *Recurso Extraordinário 466.343-1*, DJ 22/11/2006, Min. Cesar Peluzo.

Importante destacar que o ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, as suas normas, não são dotadas de mesma força e importância, encontrando-se em uma pirâmide hierárquica encabeçada pela Constituição Federal. De fato, a Constituição Federal “é a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado e só nisso se notará sua superioridade” (SILVA, 2007, p. 45).

Essa é a razão pela qual todas as demais normas do sistema jurídico brasileiro (leis federais, leis estaduais, leis municipais, leis complementares, constituições estaduais, decretos, portarias, medidas provisórias, entre outras) devem estar de acordo com a carta constitucional, não podendo contrariá-la ou suprimir direitos ali estabelecidos.

Tudo o que foi até aqui trabalhado, é essencial para que, agora, possamos compreender o significado e sentido da educação como direito fundamental na atual ordem constitucional brasileira e no vigente Estado Social e Democrático de Direito por ela albergado.

1.2.4 A educação como direito fundamental social

A inclusão do direito à educação no elenco dos direitos fundamentais é uma afirmação incontestável no atual sistema jurídico brasileiro. Isso porque a Constituição Federal de 1988 a incluiu expressamente em seu capítulo II, denominado “Dos direitos sociais” que, por sua vez, está contido no Título II, nomeado de “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” bem como a declarou como direito de todos e dever do Estado em seu art. 205, detalhando seu conteúdo em seus artigos subsequentes. Além dessa previsão de caráter formal, o direito à educação “é direito fundamental porque (...) consubstancia-se em prerrogativa própria à qualidade humana, em razão da exigência da dignidade” (CAGGIANO, 2009, p. 22).

A primeira consequência dessa caracterização da educação como direito fundamental é o tratamento jurídico diferenciado que a ela deverá ser dispensado, nos moldes analisados no tópico anterior, a saber: a sua aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º da CF) e a impossibilidade da sua supressão da ordem constitucional (art. 60, §4º, inciso IV).

Ademais, a inserção do direito à educação dentre os direitos fundamentais, impõe ao Estado um comportamento ativo “seja i) criando condições normativas adequadas ao exercício desse direito (legislação), seja ii) na criação de condições reais, com estruturas, instituições e recursos humanos” (TAVARES, 2010, p. 781).

De fato, a compreensão do direito à educação como um direito fundamental tem como uma de suas principais consequências a possibilidade de o cidadão exigir do Estado a sua concretização. E a inovação trazida pela Constituição Federal é a de possibilitar ao indivíduo ou coletividade exercer esse Direito através da via jurisdicional, ou seja, por meio do Poder Judiciário (LIMA, 2003).

Silva (2007), corroborando esse entendimento, sustenta que a declaração da educação como direito fundamental social no art. 6º da Constituição Federal, aliada à declaração da educação como direito de todos e dever do Estado no art. 205 do mesmo documento, criou uma situação jurídica subjetiva, em que o Estado tem a obrigação inescusável de prestar o serviço público essencial da educação a todos os cidadãos, podendo, inclusive, ser demandado judicialmente para efetivar seu dever.

Observa-se, ademais, que a educação, para além de um direito fundamental, caracteriza-se como um direito fundamental de natureza social. Duarte (2007, p. 697) destacando o referido caráter social do direito fundamental à educação, salienta que esse direito tem “uma dimensão que ultrapassa, e muito, a consideração de interesses meramente individuais”.

Observa-se que caracterizar o direito à educação como um direito de natureza social no atual Estado Social Democrático de Direito vai muito além de considerá-lo como um típico direito de segunda geração ou dimensão cunhado no Estado Liberal. Trata-se, na realidade, de um direito que carrega irrecusavelmente uma faceta coletiva, especialmente “porque na educação está em jogo o Bem Comum” (MONTEIRO, 2003, p. 768). Como sustenta Duarte (2004, p. 115):

O importante é perceber que a implantação de um sistema público adequado de educação interessa não apenas aos beneficiários diretos do serviço (alunos), mas à coletividade, já que a educação escolar constitui um meio de inserir as novas gerações no patrimônio cultural acumulado pela humanidade, dando-lhe continuidade.

A dimensão supraindividual do direito à educação também é destacada por Caggiano (2009, p. 23) que, salientando o caráter social da própria educação, sustenta que atualmente:

[...] vislumbra-se o direito à educação com conteúdo multifacetado, envolvendo não apenas o direito à instrução como um processo de desenvolvimento individual, mas, também o direito a uma política educacional, ou seja, a um conjunto de intervenções juridicamente organizadas e executadas em termos de um processo de formação da sociedade, visando oferecer aos integrantes da comunidade social instrumentos para alcançar os seus fins.

Ademais, trata-se de um direito universalmente reconhecido, atribuído a todos os Homens, independentemente de origem, sexo, idade ou qualquer outro critério discriminatório e sem limitação espacial ou temporal. A própria Constituição Federal, em seu art. 205 é explícita em afirmar que “A educação é direito de todos”, deixando clara a natureza coletiva do direito à educação.

Pode-se ainda vislumbrar a preferência constitucional pelo ensino público (SILVA, 2007) o que é coerente com a caracterização do direito à educação como um direito fundamental de caráter social, afinal:

Obrigatória, gratuita e universal, a educação só poderia ser ministrada pelo Estado. Impossível deixá-la confiada a particulares, pois êstes sòmente podiam oferecê-la aos que tivessem posses (ou a "protegidos") e daí operar antes para perpetuar as desigualdades sociais, que para removê-las. A escola pública, comum a todos, não seria, assim, o instrumento de benevolência de uma classe dominante, tomada de generosidade ou de mêdo, mas um direito do povo, sobretudo das classes trabalhadoras, para que, na ordem capitalista, o trabalho (não se trata, com efeito, de nenhuma doutrina socialista, mas do melhor capitalismo) não se conservasse servil, submetido e degradado, mas, igual ao capital na consciência de suas reivindicações e dos seus direitos. (TEIXEIRA, 1956, n.p.)

Além da dimensão coletiva dos titulares ativos (os credores) do direito à educação, a dimensão coletiva do referido direito fundamental encontra-se também do outro lado: em seu polo passivo (devedor). De fato, “direito à educação obriga os pais, os Estados, a Comunidade Internacional e os próprios educandos” (MONTEIRO, 2003, p. 770) ou, nos termos do art. 205 da CF, é dever do Estado e da família devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade (BRASIL, 1988), cada qual na sua esfera de responsabilidade e competência.

A afirmação do direito à educação como um direito fundamental de natureza social no atual contexto do Estado Social e Democrático de Direito tem uma consequência prática importantíssima pois, através dela, possibilita-se que, embora o direito à educação possa ser exigido judicialmente de forma individual, poderá também ser demandado por meio de ações judiciais coletivas e mesmo difusas (de titularidade de toda a sociedade) (DUARTE, 2007).

O caráter coletivo do direito fundamental da educação possibilita, nos moldes do Estado Social Democrático de Direito, a participação dos cidadãos na própria formulação e implementação das políticas públicas através das ações impetradas perante o Poder Judiciário:

De fato, quando se trata de interesses coletivos ou difusos, é possível afirmar que a ação transformou-se em um canal de participação social na gestão da coisa pública, ou seja, em um instrumento de participação política, o que constitui uma forma de concretizar a democracia participativa consagrada em nosso sistema jurídico (DUARTE, 2004, p. 116).

Caracterizar a educação como um direito de matiz social implica em reconhecer que sua concretização ocorrerá por meio da realização de políticas públicas. Como afirma Duarte (Ibid., p. 710) isso significa que “a satisfação do direito não se esgota na realização do seu aspecto meramente individual (...), mas abrange a realização de prestações positivas de natureza diversa por parte do poder público, num processo que se sucede no tempo”.

Embora não exista unanimidade quanto ao sentido e conteúdo da expressão “políticas públicas” adota-se para o desenvolvimento do presente estudo a concepção de Bucci (2006, p. 39), que sustenta que:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados

De acordo com a autora, as políticas públicas podem ter múltiplos fundamentos jurídicos, podendo expressar-se em normas constitucionais, legislações infraconstitucionais, decretos e portarias e mesmo em algumas espécies de contratos. Ademais, embora possam incluir a execução de programas ou planos, as políticas públicas com eles não se confundem tendo em vista que “a política (pública) é mais ampla que o plano e define-se como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados” (Ibid., p. 259).

Importante destacar que o direito fundamental da educação não se refere apenas ao direito fundamental do cidadão a estar matriculado em um estabelecimento de ensino. Como destaca Tavares (2010, p. 781) “o dever estatal quanto ao direito fundamental à educação está longe de se esgotar no mero oferecimento de acesso”.

Com efeito, a Constituição Federal em nenhum momento limitou a abrangência do direito fundamental à educação ao seu acesso, como é comumente entendido por estudiosos da temática e por juízes e Tribunais. Sabe-se que o mero acesso à vaga em uma instituição de

ensino não é suficiente para garantir em plenitude a dignidade do ser humano bem como o desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, nos moldes expostos no art. 205 do texto constitucional; sendo essencial que se garanta, entre outros aspectos, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; a valorização dos profissionais da educação escolar e a garantia de padrão de qualidade (art. 206, incisos I, V e VII da CF), que devem ser compreendidos como integrantes da própria ideia de fundamentalidade do direito à educação. Essa é a posição sustentada por Silva (2007), que compreende que o direito fundamental à educação:

[...] significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que aparelhar-se para fornecer a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (art. 206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, hão de ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização. (SILVA, 2007, p. 313).

Por fim, importante destacar que o direito fundamental à educação não aparece somente em sua dimensão social, apresentando também sua faceta de direito individual ou de liberdade pública (CAGGIANO, 2009). Embora o direito à educação exija para sua efetivação, em regra, um comportamento ativo do Estado, em alguns casos ele vai demandar exatamente o contrário: a sua omissão e o seu respeito. É o caso, por exemplo, da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, inc. II, da CF); a liberdade dos pais e/ou responsáveis em escolher o estabelecimento de ensino em que seu filho será educado (art. 229, CF); a liberdade da iniciativa privada em manter seus estabelecimentos de ensino, desde que cumpridas as exigências impostas pela Lei (art. 209, CF) e a facultatividade do ensino religioso nos estabelecimentos públicos de ensino (art. 210, § 1º, CF). Todos esses exemplos demonstram que “é possível falar numa dimensão não prestacional do direito à educação, consistente no direito de escolha, livre, sem interferência do Estado, quanto à orientação educacional, conteúdos materiais e opções ideológicas”. (TAVARES, 2010, p. 777).

Antes de analisar-se no próximo capítulo o conteúdo do direito fundamental à educação na Constituição Federal de 1988, importante que se apresentem as principais críticas apostas em relação à exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais, especialmente do direito à educação.

1.3 Críticas à exigibilidade judicial do direito fundamental à educação

Os direitos fundamentais sociais ou direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), dentre os quais o direito à educação, já integram a grande maioria dos ordenamentos jurídicos estatais há quase um século, assumindo especial relevância nas últimas décadas. Apesar da ampla positivação nas principais legislações nacionais e internacionais, a concretização e efetivação de referida categoria de direitos têm sido sistematicamente negadas. Como destaca Bobbio (2004, p. 43) “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

Uma das principais e mais importantes inovações jurídicas- e políticas- no campo da proteção e concretização dos direitos fundamentais é a possibilidade da sua exigibilidade através do Poder Judiciário ou de sua justiciabilidade, ou seja:

[...] a possibilidade de pessoas que se considerem vítimas de violações a esses direitos ajuizarem demandas perante uma autoridade imparcial e requererem remédios legais ou reparação adequados em face de uma violação ou ameaça de violação a esses direitos. (COURTIS, 2010, p. 487).

Destaque-se, no entanto, que, enquanto a justiciabilidade dos direitos fundamentais civis e políticos já é uma questão pacífica desde a sua afirmação nos primeiros documentos liberais burgueses no século XVIII, a exigibilidade judicial dos direitos sociais ainda é fruto de intensos debates e polêmicas, tanto acadêmicas quanto jurisprudenciais que, na prática, tem postergado os objetivos constitucionais de igualdade e justiça social.

Apesar das críticas existentes, é possível observar uma mudança na atuação do Poder Judiciário brasileiro, que tem assumido a via judicial como um dos caminhos para a garantia dos direitos fundamentais sociais (RANIERI, 2013). Cury e Ferreira (2009, p. 33) destacam a aprovação da Constituição Federal de 1988 como um dos principais fatores que garantiram na atualidade a justiciabilidade do direito à educação:

Dessa forma, a partir de 1988, o Poder Judiciário passou a ter funções mais significativas na efetivação desse direito. Inaugurou-se no Poder Judiciário uma nova relação com a educação, que se materializou por meio de ações judiciais visando a sua garantia e efetividade [...] até mesmo para cumprirem-se as funções constitucionais do Ministério Público e outras instituições legitimadas.

Apesar da importância da legislação, especialmente da Constituição Federal de 1988, na efetivação dos direitos sociais, dentre os quais o direito à educação, deve-se ter sempre em

vista que a mera inclusão de um direito em determinado ordenamento jurídico não é suficiente para a sua concretização na realidade fática, razão pela qual importa analisar as principais críticas existentes à exigibilidade judicial dos direitos sociais, em especial, do direito à educação e da atuação do Poder Judiciário no campo das políticas públicas, apontando também caminhos para sua superação.

1.3.1 A teoria da separação dos poderes e a interferência do Poder Judiciário no campo das políticas públicas

A efetivação ou concretização dos direitos fundamentais sociais pela via judicial ainda é alvo de inúmeras críticas e muita resistência por parte dos estudiosos da temática e dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, inclusive em relação a um direito intensamente declarado e detalhado pela Constituição federal e demais legislações pertinentes como é o caso direito à educação.

Uma das principais críticas existentes em relação à exigibilidade judicial dos direitos sociais refere-se à própria legitimidade do Poder Judiciário em analisar e julgar requerimentos e litígios que envolvam a sua concretização, tendo em vista que seu objeto é prioritariamente a formulação de políticas públicas que, tradicionalmente, sempre pertenceram ao campo de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo (PANNUNZIO, 2009). Essa crítica fundamenta-se, principalmente, na teoria da separação dos Poderes.

A teoria da separação de poderes foi e é um dos fundamentos do Estado Liberal, estando consagrada no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, nos seguintes termos: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Semelhante declaração é encontrada no artigo 5º da Declaração de Direitos da Virgínia de 1766, nos seguintes termos: “O poder legislativo e o poder executivo do Estado devem ser distintos e separados da autoridade judiciária”.

A concepção clássica da proposição da separação dos Poderes tem sua origem nos séculos XVII e XVIII, surgindo como um contraponto teórico e político ao Estado Absolutista que então imperava em grande parte dos países europeus. Tal concepção, elaborada no contexto de ascensão da burguesia ao poder, tinha como fundamento a limitação do poder

estatal e a garantia da liberdade individual. Como destaca Bonavides (2007), referida liberdade era aproveitada, em grande parte, apenas pela classe burguesa:

Em verdade, o que ela representava era uma liberdade de cunho político, que se compadecia harmoniosamente com os seus interesses de classe social preponderante e com a ordem de relações econômicas que sustentava, como força vanguardista da Revolução industrial incipiente. (Ibid., p. 67)

Bonavides (Ibid., p. 70) sustenta que foi a teoria separatista, aliada a outros elementos de índole política, econômica e social, que permitiu a ascensão da classe burguesa ao poder, limitando o poder do soberano absolutista sem entregá-lo ao povo.

Dentre os filósofos que fundamentaram a teoria da separação dos poderes, foi Montesquieu quem elaborou a concepção empregada na estruturação do Estado Liberal e nas principais Constituições que embasaram esse modelo político (Ibid.).

Na obra “O Espírito das Leis”, de 1748, Montesquieu desenvolve a tese da necessidade de divisão dos poderes do Estado em três funções, de forma a evitar o abuso de poder e a supressão da liberdade política. Como destaca o filósofo: “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes” (MONTESQUIEU, 2000, p. 168). Referidos Poderes, segundo o autor, podem ser divididos sob o critério funcional da seguinte forma: a) o Poder Legislativo, referente à criação, modificação e revogação das leis; b) o Poder Executivo do Estado, referente às questões de paz e de guerra, relações internacionais e segurança e c) o Poder Judiciário “das que dependem do direito civil” ou, simplesmente, o Poder de julgar, referente à competência de punir os crimes e julgar contendas que ocorram entre os particulares (Ibid.).

De acordo com a teoria separatista desenvolvida por Montesquieu, não haveria espaço para interpretação ou criação na atividade desenvolvida pelos julgadores, que são concebidos pelo filósofo como “a boca que pronuncia as palavras da lei” (Ibid., p. 175). De fato, sendo as leis consideradas pelo autor claras e imparciais, caberia ao Poder de julgar a mera aplicação técnica do dispositivo a situações concretas, especialmente situações que envolvessem o binômio desrespeito à lei-punição.

Deve-se ter em vista que o contexto em que Montesquieu desenvolveu sua tese é o de ascensão e desenvolvimento de um modelo de liberalismo em que a consagração e concretização dos direitos sociais ainda não integravam as preocupações do Estado. Nesse sentido, Dallari (2006, p. 219), destacando o modelo liberal de Estado concebido na teoria de Montesquieu, sustenta:

Assim, as leis, elaboradas pelo legislativo, deveriam ser cumpridas pelos indivíduos, e só haveria interferência do executivo para punir quem não as cumprisse. Como é óbvio, dando atribuições tão restritas ao Estado, Montesquieu não estaria preocupado em assegurar-lhe eficiência, parecendo-lhe mais importante a separação tripartida dos poderes para garantia da liberdade individual.

Outro importante ponto da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, e que o diferencia dos filósofos anteriores que também discutiram a necessidade de divisão das funções estatais, especialmente de Locke, diz respeito à tese de que, embora separados, os poderes do Estado exercem influência entre si, de forma a controlar cada uma das funções estatais e coibir e punir eventuais abusos de seus membros. Nesse sentido, Montesquieu (2000) sustenta que ao Poder Executivo do Estado é permitido interferir no Legislativo através do veto do governante (monarca); ao Poder Legislativo é facultado analisar se o Poder Executivo está respeitando e cumprindo as leis emanadas por ele e, caso contrário, abre-se a possibilidade de o Poder Legislativo punir os administradores e ministros e, no caso de contendas que envolvam nobres e membros dos Poderes Executivo e Legislativo, o poder de julgar será excepcionalmente atribuído a julgadores da mesma categoria social dos acusados. Interessante destacar que, na teoria de Montesquieu, não é atribuída competência ao Poder Judiciário para se imiscuir nas funções dos demais poderes o que, como inicialmente referido, tem sido um dos fundamentos da negativa da exigibilidade judicial dos direitos sociais. De fato, o autor (Ibid., p. 172) sustenta que “Dos três poderes de que falamos, é o Poder de Julgar, de certo modo, nulo”.

Aos poucos, a referida teoria da separação dos poderes foi sendo consagrada nas diversas cartas constitucionais como garantia do Estado de Direito. No Brasil, desde a Constituição republicana de 1891, o princípio separatista é albergado pelo nosso Estado. De fato, a atual Constituição Federal refere-se explicitamente ao princípio da separação de poderes em dois momentos: em seu art. 2º estabelece que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” e, em seu artigo 60, § 4º, inciso III, estabelece uma limitação material à reforma da Constituição, dispondo que a separação dos Poderes não poderá ser objeto de emenda tendente a abolir referida matéria (BRASIL, 1988).

Ao analisar o princípio da separação dos poderes na atualidade não se pode pretendê-los nos moldes estabelecidos por Montesquieu para o Estado Liberal tendo em vista que a atual forma de Estado albergada pela Constituição Federal é o Estado Democrático e Social de Direito. Se, inicialmente, a teoria da separação dos poderes surgiu como um instrumento

teórico e político de limitação do poder estatal e de respeito aos direitos individuais, o Estado Social exige, ao contrário, um comportamento ativo do Estado na concretização dos direitos sociais. Nesse sentido, é necessário superar a visão montesquiana de separação dos poderes para adaptá-la ao modelo de um Estado que congrega não apenas o respeito às liberdades individuais mas também a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Sobre a necessidade de suplantarmos o conceito clássico da separação dos poderes no país, Afonso da Silva (2010, p. 589), destaca:

No Brasil, como em muitos outros países da América Latina, essa teoria é muitas vezes encarada de forma estanque e rígida. No modelo liberal clássico, no qual os juízes podiam ser considerados como simples boca da lei, seria impossível imaginar que o Judiciário pudesse intervir na realização de políticas públicas e, em alguns casos, até mesmo corrigi-las e defini-las. Mas o que é compreendido como a “teoria da separação de poderes” é, no entanto, uma simples visão enviesada das ideias de Montesquieu aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade que é infinitamente mais complexa do que aquela que Montesquieu tinha como paradigma.

Diante da inadequação da concepção clássica da teoria da separação de poderes aplicada à configuração contemporânea do Estado, diversas críticas foram sendo desenvolvidas pelos estudiosos com vistas a construir um novo entendimento acerca da estruturação das funções estatais.

A primeira crítica quanto à teoria clássica da separação dos poderes reside na sua própria terminologia. Como destacado por Dallari (2006), embora compartilhado por diferentes órgãos, o poder estatal é uno e indivisível, sendo cabível substituir-se o termo “separação dos poderes” pela terminologia “distribuição de funções”. No mesmo sentido, Bonavides (2007) destaca a existência, entre muitos autores modernos, da superação do uso de termos antiquados como “separação” e “divisão” e da adoção de termos mais adequados como “distinção”, “colaboração” e “coordenação” bem como a substituição da terminologia “poder” pelo termo “função”. Para o autor, a importância e fundamentação dessa mudança terminológica no campo da teoria das funções do Estado residem na própria superação do modelo de Estado Liberal e na consagração do modelo de Estado Social de Direito Democrático:

Essas emendas à doutrina são fundamentais e esclarecem que os poderes caminham para uma integração compatível com a larguíssima esfera da ação estatal, a qual, progressivamente se estende com o acréscimo de novas responsabilidades sociais e econômicas, que perdem sua configuração jurídica meramente tutelar e formalista para se converterem em elementos materiais consubstanciais do conceito de Estado. (Ibid., p. 73).

Uma segunda crítica refere-se ao fato de que, embora consagrado nas principais Constituições dos últimos três séculos, o princípio da separação dos poderes nunca foi, na prática, implementado. Como sustenta Dallari (2006, p. 221):

A análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração. Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os demais, guardando-se apenas a aparência de separação.

No mesmo sentido, Palumbo (1989, p. 54), criticando a concepção clássica da teoria da separação dos poderes aplicada à análise da formulação e implementação de políticas, explica que:

Essa doutrina legal que diz que o governo consiste dos poderes legislativos, executivo e judiciário, e que cada um desses poderes faz parte de uma agência diferente (Congresso, presidência e Suprema Corte). Por esses poderes serem derivados da Constituição de forma independente, eles devem continuar separados. As Agências administrativas não podem fazer leis, cortes não devem fazer políticas e corpos legislativos não devem introjetar política no interior da competência administrativa. Mas essa dicotomia político-administrativa, como é agora chamada, é reconhecida como incorreta. Enquanto que a doutrina da separação dos poderes existe na constituição, na realidade existe uma mescla dos poderes na operação quotidiana do governo. (Ibid.).

Outra importante crítica à concepção clássica da teoria de Montesquieu sustenta que, embora a separação de poderes tenha sido concebida como um instrumento de garantia da liberdade individual e de limitação do arbítrio do Estado, sua implementação não foi capaz de cumprir com os objetivos democráticos propostos, contribuindo para a estruturação de uma sociedade extremamente desigual, marcada pela injustiça e cuja garantia de liberdade esteve assegurada apenas a uma pequena parcela da sociedade. De fato, como destaca Bonavides (2007, p. 73), apesar da consagração da separação dos poderes nas principais Constituições liberais terem representado indiscutivelmente avanços na superação do Absolutismo e na garantia da liberdade e personalidade do homem, “ela foi indiscutivelmente perigosa para a defesa da mesma personalidade do homem”.

Por fim, uma crítica mais recente e a mais importante para a compreensão do novo papel assumido pelo Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, reside no fato de que, como já referido, a concepção clássica da separação de poderes foi concebida no contexto de um modelo de Estado Liberal, em que o comportamento exigido dos entes estatais era o de respeito às liberdades e direitos individuais e onde o Poder Judiciário se limitaria a

declarar a lei elaborada pelo Poder Legislativo de forma imparcial e formalista. No atual modelo de Estado Social e na atual estruturação da sociedade, muito distinta da sociedade inglesa sob a qual Montesquieu desenvolveu sua tese, exige-se uma ampliação do papel do Estado e da compreensão de que as diferentes funções exercidas por ele demandam atuação compartilhada entre seus diversos órgãos, e não dividida. Nesse sentido, Garcia (2008, p. 58), destacando o caráter polarizador da Constituição Federal, destaca a necessidade de se adequar o princípio da separação dos poderes às demais normas consagradas no texto constitucional:

Cabe à ordem constitucional, a partir dos diferentes influxos ideológicos que, explícita ou implicitamente, nela se materializaram, atuar como elemento polarizador do princípio da separação dos poderes.

A contemplação de um extenso rol de direitos econômicos, sociais e culturais ou mesmo a exigência de preservação da dignidade da pessoa humana, o que pressupõe o fornecimento de um rol mínimo de prestações, indica uma opção ideológica que deve ser prestigiada na interpretação dessas normas constitucionais, tendo influência direta em princípios reitores do sistema, como o da separação dos poderes.

A noção de que ao Poder Legislativo caberia apenas criar as leis, ao Poder Executivo executá-las e ao Poder Judiciário aplicá-las, sem espaço para interpretações e recriações, já está superada pelo próprio texto legal da Constituição Federal que atribui funções típicas de um poder a outro e permite o controle recíproco entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. De fato, como assevera Neto (2010, p. 520):

[...] o modelo de separação de poderes adotado no Brasil não é o de atribuição estanque das funções legislativa, executiva e jurisdicional a diferentes ramos do Estado. Conformar-se como “sistema de freios e contrapesos”: envolve complexa trama de implicações e de limitações recíprocas e prevê a possibilidade de um poder exercer competências que tipicamente caberiam a outro.

Especificamente quanto à atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais e na consequente formulação e implementação de políticas públicas, áreas que, tradicionalmente, pertencem ao campo de ação dos Poderes Executivo e Legislativo, deve-se observar que, com a superação do Estado Liberal no horizonte constitucional brasileiro, as funções do referido órgão judiciário passaram a compreender a garantia de respeito e efetividade dos direitos fundamentais de diferentes matizes o que significa, na prática, interferências nas ações inicialmente elaboradas e geridas nos demais Poderes do Estado, tendo sempre como limite a Constituição Federal. Nesse sentido, Garcia (2008, p. 64-65), destaca:

Com o evoluir do Estado Social de Direito, o Poder Judiciário passa por modificações que em muito o distanciam do modelo teórico inicialmente idealizado para a separação dos poderes: zela pela adstrição das funções executiva e legislativa à lei e ao Direito, inclusive com o salvaguarda da supremacia da Constituição em alguns sistemas; é potencializada sua função institucional de apreciar as lesões ou ameaças de lesão aos direitos das pessoas, adotando as providências pertinentes ao caso; e assegura a proteção dos direitos fundamentais, que ultrapassam a vertente essencialmente abstencionista, característica das liberdades individuais, e alcançam os direitos econômicos, sociais e culturais, que pressupõem um atuar positivo por parte do Estado.

Nesse contexto, observa-se atualmente o processo de transferência de questões políticas, tradicionalmente decididas no campo parlamentar e executivo, para o Poder Judiciário, o que vem sendo denominado de “judicialização da política” (BARBOZA; KOZICKI, 2012). Embora não exista unanimidade quando ao sentido do termo, havendo inclusive autores, como Maciel e Koerner (2002), que sustentam a inadequação do seu uso na realidade brasileira diante da falta de consenso quanto ao significado da expressão no país, pode-se entender o fenômeno da judicialização como “a maior inserção quantitativa e qualitativa do Poder Judiciário na arena política - ampliação da importância e da efetiva participação do Poder Judiciário na vida social, política e econômica” (VERBICARO, 2008, p. 391)⁸.

A crescente influência do Poder Judiciário no campo das políticas públicas, inclusive no país e especialmente nos últimos anos, é exemplificada por Taylor (2004) que, destacando e criticando a pouca atenção dada pelos cientistas políticos a esse novo ator do processo de tomada de decisões no campo da política, destaca que:

No decorrer da última década, o Judiciário Federal revelou-se um importante ator político: tribunais federais repetidamente interromperam imensos leilões de privatização; a realização de uma delicada reforma no sistema de previdência social foi subvertida; e o Judiciário anulou ou mudou a legislação referente à reforma agrária, às reformas tributárias e a outras políticas públicas significativas. O Judiciário continua exercendo uma influência importante hoje. Durante o governo de Luiz Inácio Lula da Silva, tribunais também participaram da formulação de políticas governamentais de várias maneiras. Entre as mais recentes ilustrações: em 2005, o Judiciário federal aprovou uma grande aquisição empresarial pela Nestlé, revertendo decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, que havia rejeitado a operação; o STF interrompeu as investigações de corrupção dentro do Congresso durante 2006; juízes federais têm forçado governos estaduais a honrarem precatórios cujos valores são estimados em até US\$ 20 bilhões por ano; o STF negou, retroativamente, um aumento do Programa de Integração Social – PIS/Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – Cofins em uma decisão cujo custo, em tese, poderia chegar a quase

⁸ Sobre a judicialização da política e a expansão do Poder Judiciário no país, conferir Silveira (2010, p. 59-85).

11% do total de tributos federais arrecadados; e assim por diante. (Ibid., p. 247)

No campo da política educacional, Cury e Ferreira (2009) destacam que a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 é possível observar a consolidação de uma relação mais direta entre a educação e a Justiça, que passa a ser diariamente provocada para atuar na análise e formulação de políticas públicas educacionais. Segundo os autores, “pode-se designar este fenômeno como a ‘judicialização da educação’, que significa a intervenção do Poder Judiciário nas questões educacionais em vista da proteção desse direito [...]”. (Ibid., p. 33)

Por todo o exposto, é possível concluir que a alegação de desrespeito ao princípio da separação dos poderes como óbice à concretização dos direitos sociais pela via judicial não se sustenta tendo em vista que, diante do modelo de Estado atualmente albergado pela Constituição Federal e diante dos dispositivos expressos nesse mesmo documento, não há mais espaço para uma divisão estanque das funções estatais e sim para uma atitude colaborativa dos diferentes órgãos no objetivo comum de concretização dos direitos fundamentais civis, políticos e sociais. Por fim, cabe o alerta de Neto (2010) que destaca que, embora o princípio da separação de poderes não possa, sozinho, representar a impossibilidade da justiciabilidade dos direitos sociais, é preciso se atentar para o grau de interferência do Judiciário no campo das políticas públicas que, muitas vezes, tem se caracterizado pelo excesso e ingerência indevida. De fato, Cury e Ferreira (2009, p. 44) apontam como umas das consequências da judicialização da educação um exagero na instauração de procedimentos judiciais, suscitando, em algumas situações, “uma indevida invasão do sistema legal no educacional”.

Apesar disso, Neto (Ibid.) entende que “essa crítica, contudo, só ganha consistência quando opera com outros elementos que não simplesmente o princípio da separação de poderes” (Ibid., p. 521).

1.3.2 A crítica financeira: a “reserva do possível”

Uma das mais importantes- e mais alegadas pela Administração Pública- críticas apostas em relação à exigibilidade judicial dos direitos sociais e quanto à interferência do Poder Judiciário no campo das políticas públicas aduz que a atuação judicial na concretização dos direitos sociais detém-se diante da escassez de recursos públicos.

Sob a designação de “reserva do possível”, a crítica financeira alega que a concretização dos direitos sociais, em razão de seus altos custos, está adstrita à disponibilidade dos recursos públicos. Nesse sentido, costuma-se negar a exigibilidade judicial dos direitos sociais, econômicos e culturais em razão da escassez orçamentária.

A expressão “reserva do possível”, embora intensamente utilizada pela Administração e pela jurisprudência, não é um conceito uniforme na doutrina. Historicamente, essa expressão difundiu-se através de uma decisão da Corte Constitucional da Alemanha de 1972 que versava sobre a validade da limitação do número de vagas em universidades públicas tendo em vista que o número de candidatos superava o número de vagas. Nessa ocasião, a Corte entendeu que, embora não estivesse consagrado no texto constitucional um direito fundamental à educação, o direito de liberdade de escolha profissional exigia o direito de acesso ao ensino universitário. A mesma Corte entendeu, no entanto, que este direito estaria limitado à reserva do possível, “no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo razoavelmente exigir da sociedade.” (SARMENTO, 2010, p. 569).

Desde então, o conceito se expandiu e assumiu diversas nuances doutrinárias. Atualmente, como destaca Sarmento (Ibid.), a ideia da reserva do possível pode ser desdobrada em dois componentes: um fático e um jurídico. O primeiro componente refere-se à efetiva disponibilidade de recursos financeiros para concretização dos direitos sociais. Já o componente jurídico refere-se à previsão e autorização orçamentária para que o Estado despenda determinado recurso na garantia de decisões judiciais que o condenem a prestações sociais.

Acerca da disponibilidade de recursos econômicos, Neto (2010) entende que, diante do caráter de fundamentalidade de um direito social demandado, é ônus do Estado provar que, de fato, há impossibilidade financeira de concretizar referida decisão, não bastando a mera alegação de “escassez de recursos públicos”. No mesmo sentido, Sarmento (2010) afirma que a reserva do possível é matéria de defesa, ou seja, deve ser alegada e provada pela Administração que, apresentando todos os dados e informações pertinentes ao juízo, deverá provar a indisponibilidade econômica de concretização do direito fundamental exigido. Ambos os autores concordam que a análise da disponibilidade de recursos públicos realizada pelo Poder Judiciário não poderá ter como base apenas a decisão demandada até porque, sob o prisma individual, seria impossível ao Estado provar que não pode custear uma demanda judicial única. Na verdade, a análise da reserva do possível, segundo os autores, deverá ter como base a possibilidade de universalização da medida.

Há autores ainda, como Andreas J. Krell (2002), Piovesan e Vieira (2006) que defendem que a cláusula da reserva do possível não seria aplicável a países pobres, como o Brasil, pois resultaria no esvaziamento completo dos direitos fundamentais sociais tendo em vista que, nestes países, nem as mínimas condições sociais estão implementadas. Ademais, diferentemente do constitucionalismo alemão, os direitos sociais no Brasil, dentre os quais o direito à educação, são explicitamente positivados no texto constitucional, não havendo espaço para discricionariedade do Estado na efetivação dos direitos constitucionais sociais.

Ainda sobre a pertinência da aplicação do princípio da reserva do possível no país, Freire Júnior (2004, p. 57) discorrendo sobre o direito à saúde, questiona:

Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder.

Especificamente quanto aos direitos das crianças e adolescentes, dentre eles o direito à educação, pertinente lembrar a posição sustentada por Liberati (1991) que, interpretando a expressão “absoluta prioridade” contida no artigo 227 do texto constitucional, advoga que:

[...]na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante. (LIBERATI, 1991, p. 21).

Pelos posicionamentos anteriormente expostos, é possível afirmar que a alegação da escassez de recursos públicos quando arguida em demandas que versem sobre direitos sociais altamente garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do direito à saúde, do direito à educação e dos direitos das crianças e dos adolescentes, deve vir acompanhada da comprovação da Administração Pública de que os recursos públicos existentes não foram comprometidos com outros direitos menos fundamentais que os citados. Nesse sentido, não basta a alegação – e mesmo a comprovação- de que não há recursos financeiros, é necessário ainda que se comprove que os recursos existentes foram aplicados como imposto pela ordem constitucional.

Na jurisdição constitucional brasileira o conceito da “reserva do possível” foi inicialmente aventado na decisão monocrática do Ministro Celso de Mello que extinguiu, por perda do objeto, a ADPF nº 45, na qual se questionava o veto presidencial a dispositivo da Lei

de Diretrizes Orçamentárias do ano de 2004 que visava à assegurar recursos mínimos para a área da saúde em cumprimento à EC nº 29/2000. Nas palavras do ministro:

[...] os condicionamentos impostos pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração- de implementação sempre onerosa- traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) razoabilidade de pretensão individual-social deduzida em face do Poder Público e, de outro (2) existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

[...] a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível- não pode ser invocado, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido essencial de fundamentalidade. (Ação de descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, DJU de 04/05/2004).

Desde então, esse posicionamento vem sendo amplamente adotado por grande parte da Corte Constitucional quanto à temática da reserva do possível, ou seja: admite-se a sua pertinência e aplicabilidade à realidade brasileira compreendendo-a, no entanto, como uma matéria de defesa, a ser comprovada pelo Estado quando alegada. Saliente-se, contudo, que a relação entre a efetividade dos direitos sociais e as questões financeiras ainda não se encontra pacificada no Supremo Tribunal Federal nem apresenta tendência à uniformização pelos ministros (WANG, 2008)⁹.

A falta de coerência e a simplicidade e mesmo superficialidade das decisões judiciais do STF no que diz respeito à temática da reserva do possível são destacadas por Wang (Ibid, p. 565) que, comparando as diferentes argumentações aduzidas pela Corte em demandas judiciais envolvendo o direito à saúde, o direito à educação e a intervenção federal pelo não pagamento de precatórios, conclui:

Muito interessante notar como reserva do possível, escassez de recursos e custos dos direitos - questões normalmente ligadas ao debate a respeito da justiciabilidade dos direitos sociais -, são tratados de forma tão simplificada pelo STF, ou mesmo ignorados, quando este julga casos envolvendo direito à educação e saúde em controle difuso de constitucionalidade, mas recebem uma enorme importância em casos de intervenção federal por não pagamento de precatórios.

⁹ Especificamente sobre a aplicação do conceito nas demandas judiciais educacionais do STF, discorreremos no capítulo 4.

De fato, a questão da reserva do possível fática, embora não possa servir como escusa para a não efetividade dos direitos sociais, deve ser levada a sério pelo Poder Judiciário quando analisar demandas judiciais que requeiram prestações sociais por parte do Estado. Isso porque não se está diante de uma crítica principiológica ou filosófica, como a crítica anteriormente analisada, mas de uma questão de exequibilidade da decisão judicial. Como destaca Neto (2010, p. 526), “o problema não é de legitimação (...) o problema é de executoriedade”.

Analisados os principais aspectos que cercam a temática da reserva do possível fática, importante discorrer sobre a reserva do possível sob seu aspecto jurídico. Como anteriormente já aduzido, a reserva do possível jurídica refere-se à possibilidade legal da Administração Pública em despender recursos públicos sem prévia determinação orçamentária (SARMENTO, 2010).

A discussão acerca da possibilidade de o Poder Judiciário exigir gastos para efetivação dos direitos sociais sem previsão orçamentária é complexa. De um lado afirma-se que é papel do legislador, por ter sido democraticamente eleito para tanto e diante da sua melhor capacidade de visualizar o conjunto das necessidades sociais, o poder e o dever de elaborar o orçamento. De outro lado argumenta-se que, tendo em vista que os direitos sociais são considerados fundamentais pela atual ordem constitucional, inviável permitir que o legislador possa frustrar sua efetivação ao não prever orçamento para tal (SARMENTO, 2010).

Diante de ambos os argumentos, entende-se que é, de fato, preferível que o destino dos recursos públicos seja decidido pelas instâncias majoritárias, em razão das já referidas características do Poder Legislativo. No entanto, é fato também que o texto constitucional define direitos fundamentais cuja realização não é facultativa ao Poder Público, dentre os quais o direito à educação e, nesses casos, a atuação do Poder Judiciário é não apenas legítima como uma imposição constitucional (MENDONÇA, 2010, p. 232). Nesse sentido, Sarmento (2010, p. 573-574) sustenta:

Cumprido, portanto, reconhecer que se, por um lado, o legislador dispõe de uma ampla margem de decisão nesta matéria, que não deve ser excessivamente tolhida pela jurisdição, por outro, as suas escolhas orçamentárias não se fazem em um “campo livre” de Constituição, uma vez que é possível inferir da Lei Maior certas prioridades que não podem ser ignoradas pelo legislador, estando sujeitas em alguma medida ao crivo do Poder Judiciário.

Por fim, importante lembrar que não apenas os direitos sociais demandam custos e, portanto, estão sujeitos à cláusula da reserva do possível; os direitos individuais também

demandam dispêndio de recursos públicos. De fato, direitos como o acesso à justiça, o direito à propriedade, o direito à liberdade e o direito de votar e ser votado demandam a estruturação e manutenção de instituições que consomem uma significativa parcela dos recursos públicos (COURTIS, 2010). O custo anual de manutenção do Congresso Nacional, por exemplo, é de mais de R\$ 6 bilhões, segundo dados de 2007 da ONG Transparência Brasil¹⁰.

Apesar de concordarmos com a afirmação de que tanto os direitos individuais quanto os direitos sociais demandam gastos públicos, deve-se reconhecer também que, em geral, os direitos sociais demandam mais dinheiro que os direitos civis e políticos. Isso porque, assim como os denominados direitos de primeira geração, os direitos de segunda geração se aproveitam e também dependem das instituições legislativas, judiciais e administrativas (AFONSO DA SILVA, 2010). A questão, no entanto, é que a negativa da exigibilidade judicial dos direitos sociais não pode se dar exclusivamente pelo argumento do custo dos direitos, mesmo que esses custos sejam bem mais altos que os custos dos direitos individuais. Como destaca Neto, “não é a exigência de gastos governamentais que, por si só, pode impedir a atuação judiciária na esfera social. O grande desafio não é discutir se os direitos sociais são ou não exigíveis, mas estabelecer parâmetros adequados de concretização.” (Ibid, 2010, p. 527)

¹⁰ Dados disponíveis em: <http://www.transparencia.org.br/docs/parlamentos.pdf>. Acesso em 20 maio 2013.

CAPÍTULO II: O CONTEÚDO DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A atual ordem jurídica brasileira, especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, estabelece um extenso rol de direitos educacionais voltados para as crianças e adolescentes. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 atribuiu à educação um destaque relevante, caracterizado pelo extenso arcabouço normativo dado ao tema. Essa preocupação constitucional foi acompanhada pela atividade legislativa posterior, em especial com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96), da Lei do FUNDEF (Lei 9.424/96) posteriormente substituída pela Lei do FUNDEB (Lei 11.494/07), do primeiro Plano Nacional de Educação (Lei 10.172/01) e, em nível internacional, do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ratificado pelo Brasil em 1991). Nesse capítulo, iremos analisar as principais previsões estabelecidas acerca do direito à educação nos referidos documentos, tendo como parâmetro o estabelecido na Constituição Federal, tanto pela sua posição normativa superior quanto pela natureza da instituição cujas decisões judiciais são o nosso objeto de estudo: o Supremo Tribunal Federal, a quem compete a guarda da Constituição (art. 102, CF). Ademais, trataremos especificamente dos dispositivos referentes ao direito à educação de crianças e adolescentes, tendo em vista o objeto da presente pesquisa.

Conforme já referido, a Constituição Federal consagra o direito à educação como um direito social em seu art. 6º e passa a detalhá-lo na Seção I, “Da educação” que, por sua vez, está contida no Capítulo III “Da educação, da cultura e do desporto”, especialmente a partir do art. 205.

Logo nesse artigo, a carta constitucional estabelece que:

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. (BRASIL, 1988)

Importante destacar que tanto a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, em seu art. 2º, quanto o Estatuto da Criança e do adolescente, em seu art. 53, contém previsões análogas, demonstrando a preocupação do legislador em garantir a juridicidade do direito à educação.

A ampla concretização da declaração da educação como direito de todos e dever do Estado, embora clara e explicitamente estabelecida no texto constitucional, encontra grande resistência por parte do Estado e de uma parcela significativa dos estudiosos do tema. Argumenta-se que, através dessa declaração estatuída no artigo 205, o constituinte não garantiu aos cidadãos e à sociedade um direito imediatamente exigível perante o Estado, tratando-se, na realidade, de norma de caráter programático, ou seja, de dispositivo que estabelece fins a serem perseguidos pelo Estado de forma discricionária, não se garantindo ao indivíduo ou coletividade a possibilidade de se exigir prestações positivas por parte do ente estatal. Esse é o posicionamento de Sarlet (2010, p. 333), que sustenta:

[...] o art. 205, ao dispor que “A educação é direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”, está, na verdade, revelando uma feição notadamente programática e impositiva, não possibilitando, por si só, o reconhecimento de um direito subjetivo, já que – norma de eficácia limitada- apenas estabelece fins genéricos a serem alcançados e diretrizes a serem respeitadas pelo Estado e pela comunidade na realização do direito à educação, quais sejam, “o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Outros autores sustentam que a norma do art. 205, ao estabelecer de forma clara e inequívoca os titulares ativos (todos) e passivos (Estado e família), bem como o dever que os liga juridicamente (educação), garantiu a todos os cidadãos a possibilidade de exigirem do Estado, inclusive pela via judicial, a concretização do direito à educação, seja de forma individual, seja através da implementação de políticas públicas. Esse é o entendimento de Liberati (2004, p. 213), que sustenta:

[...] é dever do Estado garantir o oferecimento da educação a todos, como quis o legislador constituinte; e não simplesmente restringir o direito somente ao acesso ao ensino. Pensar de outra forma seria colocar à margem a maioria dos titulares do direito à educação e, por conseguinte, impedir a realização da plena cidadania (...)

Silva (2007, p. 312), no mesmo sentido, vislumbra nesse artigo uma verdadeira situação jurídica subjetiva do cidadão em face do Estado. Para esse autor, “vale dizer: todos tem o direito à educação e o Estado tem o dever de prestá-la, assim como a família”.

Além de estabelecer a educação como dever do Estado e da família e direito de todos, o artigo 205 previu os objetivos com os quais a educação deverá ser promovida, a saber: o pleno desenvolvimento da pessoa; o preparo da pessoa para o exercício da cidadania e a qualificação da pessoa para o trabalho. Ao destacar referidos fins para a educação, que

conjugam valores antropológico-culturais, políticos e profissionais (SILVA, 2007), o constituinte estabeleceu um conteúdo, ainda que mínimo, ao direito à educação. Nesse sentido, Tavares (2010, p. 775) sustenta que:

Esses objetivos expressam o sentido que a Constituição concedeu ao direito fundamental à educação. Tem-se, a partir daqui, de compreender um conteúdo da própria educação, como direito fundamental. Não se trata mais de qualquer direito à educação, mas daqueles cujas balizas foram construídas constitucionalmente.

Uma das principais razões colocadas por aqueles autores que se posicionam de forma contrária à exigibilidade da declaração contida no art. 205, encontra-se na própria Constituição Federal, mais precisamente em seu art. 208, § 1º, que estabelece, de forma inédita e única na ordem constitucional brasileira, que “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” (BRASIL, 1988). Os direitos públicos subjetivos:

[...] investem os seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma. Não cumprido espontaneamente o dever jurídico, o titular do direito lesado tem reconhecido constitucionalmente o direito de exigir do Estado que intervenha para assegurar o cumprimento da norma, com a entrega da prestação. (BARROSO, 2010, p. 233).

A principal consequência de se reconhecer que determinado direito é direito público subjetivo reside na possibilidade de tal direito ser exigido através da via judicial, ou seja, por meio de ação impetrada perante o Poder Judiciário. Nesse contexto, sustenta-se que, ao garantir o regime jurídico do direito público subjetivo apenas ao acesso ao ensino obrigatório e gratuito, a Constituição Federal estabeleceu determinadas prioridades a serem seguidas na concretização dos direitos educacionais, restringindo a exigibilidade judicial a apenas uma etapa específica da educação (ensino obrigatório e gratuito) e não a todas as pessoas, como previsto no art. 205.

É nesse sentido que alguns autores criticam a redação do art. 208, § 1º, justamente por aparentar a criação de regimes jurídicos diferenciados dentro da ordem constitucional da educação, permitindo-se a interpretação de que o recurso ao Poder Judiciário poderá ocorrer apenas nos casos envolvendo o acesso ao ensino obrigatório e gratuito. Nesse sentido, Liberati (2010, p. 210) aponta que:

Na verdade, o constituinte de 1988 “pensou grande e decidiu pouco”. O status de direito público subjetivo exigível do Estado não deveria se

circunscrever somente ao acesso ao ensino obrigatório e gratuito, mas a todo sistema.

A grande maioria dos autores, no entanto, aponta a declaração do art. 208, § 1º, como um grande avanço do constituinte exatamente por não deixar ao Estado, seja na sua função Executiva, seja em sua função jurisdicional, margem a interpretações que neguem a eficácia do direito à educação, ainda que restrita ao acesso ao ensino obrigatório e gratuito. Duarte (2004, p. 117), destacando o avanço do constituinte em estabelecer o regime jurídico de direito público subjetivo ao ensino obrigatório e gratuito em um país que, embora se configure como um Estado Social e Democrático de Direito, nega a exigibilidade judicial dos direitos sociais prestacionais afirma:

[...] acredita-se que a enunciação do ensino fundamental como direito público subjetivo traz consequências importantes e que não devem ser subestimadas. Na cultura jurídica brasileira, fortemente moldada por valores inerentes ao Estado Liberal de Direito, a utilização de uma categoria consagrada como a do direito público subjetivo para a proteção de um direito social contribui para a superação de certos preconceitos, notadamente aquele relativo ao reconhecimento da exigibilidade coativa e imediata perante o Judiciário desta categoria de direitos.

No mesmo sentido, Barroso (1993, p. 102-103) sustenta que:

[...] é bem de ver, no entanto, que o constituinte preferiu não sujeitar-se a riscos de interpretação em matéria à qual dedicou especial atenção: o ensino fundamental. Desse modo, interpretando a si mesmo, fez incluir no § 1º do art. 208 a declaração de que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.

O próprio autor, no entanto, destaca que a garantia do acesso ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo não exclui a categorização de outros direitos constitucionais como pertencentes à categoria de direitos públicos subjetivos e, portanto, como direitos plenamente exigíveis judicialmente (BARROSO, 1993). Em outras palavras: não é a previsão expressa da Constituição federal que irá definir se determinado direito será considerado direito público subjetivo e, conseqüentemente, se poderá ser exigido pela via judicial e sim a análise e interpretação da norma que alberga o referido direito. O que o constituinte objetivou no caso da declaração do art. 208, § 1º foi estabelecer uma declaração inequívoca de que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo, o que não quer dizer que os demais direitos, inclusive os direitos sociais, não o sejam:

A função de se prever de forma expressa na Constituição que um determinado direito é público subjetivo é afastar, definitivamente, interpretações minimalistas de que direitos sociais não podem ser acionáveis

em juízo, nem gerar pretensões individuais. Trata-se de uma figura que vem reforçar o regime já existente, além de constituir uma baliza para a melhor compreensão dos direitos sociais, sob o prisma do seu potencial de efetividade. (DUARTE, 2004, p. 116).

Há ainda outra importante questão a ser analisada sobre o artigo 208, § 1º, da Constituição Federal, dessa vez sobre o seu alcance. O direito público subjetivo refere-se à um conceito técnico jurídico construído no contexto do Estado Liberal e que, portanto, carrega um caráter extremamente individualista (SILVA, 2007) em que pese estarmos tratando, no caso, de um direito de natureza social. É nesse sentido que se encontra entre os autores que analisam a referida norma o entendimento de que o constituinte garantiu apenas ao indivíduo (e não à coletividade ou à sociedade) a pretensão de exigir do Estado, inclusive judicialmente, o direito ao acesso do ensino obrigatório e gratuito (e nada além disso).

Quanto ao primeiro aspecto, ou seja, quanto ao objeto e titularidade individual do direito público subjetivo, Duarte (2004) propõe que, no contexto de um Estado Social de Direito, como é o caso do Estado brasileiro, a figura clássica do direito público subjetivo deverá se transformar para abarcar não apenas a proteção individual do direito à educação como também o direito social à realização de políticas públicas voltadas à concretização do direito à educação de forma coletiva:

O reconhecimento expresso do direito ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo autoriza a possibilidade de, constatada a ocorrência de uma lesão, o mesmo ser exigido contra o Poder Público de imediato e individualmente. Quanto a este aspecto, parece não haver muita polêmica. Ocorre que, como estamos diante de um direito social, o seu objeto não é, simplesmente, uma prestação individualizada, mas sim a realização de políticas públicas, sendo que sua titularidade se estende aos grupos vulneráveis. (DUARTE, 2004, p. 115).

No mesmo sentido Paula (1995), destacando que o objeto do direito à educação é a realização de políticas públicas e não apenas a satisfação de pretensões individuais, sustenta que:

[...] juridicamente podemos conceber a educação como um direito público subjetivo. Deve ser materializado através da política social básica, porquanto indiscutivelmente relacionado à cidadania e à dignidade da pessoa humana, dois fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º), bem como é pertinente aos objetivos primordiais e permanentes do Estado Brasileiro (CF, art. 3º), notadamente o referente à erradicação da marginalidade. (PAULA, 1995, n.p.).

Essa posição jurídica parece ter sido a adotada pelo legislador infraconstitucional que, ao dar nova redação ao artigo 5º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, estabeleceu que:

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. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013) (BRASIL, 1996).

Com a expressa previsão da titularidade coletiva em ações judiciais relacionadas à educação básica obrigatória, o legislador optou por um novo sentido ao direito público subjetivo, compatível com o Estado Social e Democrático de Direito albergado pela Constituição Federal, como proposto por Duarte (2004, p. 116):

[...] no contexto de um Estado Social de Direito a figura do direito público subjetivo, quando aplicada a um direito social, deve ser interpretada de forma ampliada em relação ao momento de seu surgimento, sob a égide do Estado Liberal, a fim de assegurar a exigibilidade coletiva e não apenas individual, do bem jurídico protegido. O seu objeto também deve ser alargado, para incluir as políticas públicas.

Quanto ao segundo aspecto, relativo à restrição da possibilidade da exigibilidade pela via judicial do direito à educação apenas ao acesso, cabe observar que a previsão do art. 208, § 1º, da Constituição Federal deve ser analisada de forma integrada aos demais dispositivos relacionados à educação constantes da ordem constitucional e demais legislações. De fato, como veremos mais detidamente no decorrer desse tópico, o constituinte estabeleceu diversas normas, objetivos e princípios que devem ser seguidos pelo Estado na concretização do direito à educação. Nesse sentido, Tavares (2010, p. 781) destaca que “o dever estatal quanto ao direito fundamental à educação está longe de se esgotar no mero oferecimento de acesso”. No mesmo sentido, Cury e Ferreira (2010, p. 136), observam que:

[...] a questão do dever da Administração não se limita ao ensino obrigatório e o direito público subjetivo é ampliado por força de lei. Com efeito. A partir do momento em que a legislação fixou alguns outros deveres ao Estado em relação à educação, devem os mesmos ser devidamente atendidos sob pena de legitimar uso de ação judicial.

A análise dos dispositivos relacionados à educação não leva à outra conclusão, afinal tanto o legislador constituinte quanto o legislador infraconstitucional se preocuparam em estabelecer diversos dispositivos normativos que estabelecessem parâmetros e conteúdos a serem perseguidos na concretização do direito à educação. Esses dispositivos constituem-se

em imperativos legais e não em poesia jurídica (ARNESEN, 2009). Afirmar que tais dispositivos não tem eficácia e não integram o próprio sentido do direito à educação é negar o próprio fundamento do Estado Social e Democrático de Direito albergado pela Constituição Federal. Nesse sentido:

O intérprete percebe com facilidade que o interesse juridicamente protegido não é aquele de ter todo o grupo social em idade escolar fisicamente dentro do estabelecimento de ensino. Não se menospreza a universalização do acesso à rede de ensino. Contudo, este somente pode ser entendido como o primeiro momento do Estado (e, em algum grau da família) de efetivar o direito à educação. (ARNESEN, 2009, p. 159).

Como analisamos até aqui, o art. 208, § 1º, da Constituição Federal, estabelece que o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. Não se explicou até agora, no entanto, em que consiste a expressão “ensino obrigatório e gratuito”. É o próprio artigo 208 da CF, em seu inciso I que estabelece:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009); [...] (BRASIL, 1988).

Com essa afirmação, em conjunto com a declaração do artigo 205, o constituinte brasileiro garantiu um direito e estabeleceu uma dupla obrigatoriedade (OLIVEIRA, 2002). De fato, a obrigatoriedade do ensino básico a que se refere o inciso analisado desdobra-se em duas facetas indissociáveis: a responsabilidade dos genitores ou responsáveis que devem, obrigatoriamente, matricular e garantir a frequência das crianças e adolescentes sob sua responsabilidade podendo, inclusive, sofrer sanções punitivas caso não se desincumbam de seu dever (Lei nº 8069/90 e Código Penal de 1940); e a responsabilidade do Estado que deve oferecer obrigatoriamente o serviço essencial e básico da educação (LIBERATI, 2004).

A gratuidade, por sua vez, aparece no texto constitucional brasileiro sob duas facetas: como princípio balizador de toda a atuação estatal no campo educacional (art. 206, IV) e como direito subjetivo (que pode ser exigido do Poder Público), no tocante à educação básica para crianças e adolescentes dos quatro aos dezessete anos de idade e para aqueles que não tiveram acesso à educação na idade própria (LIBERATI, 2004). Esclarecendo o sentido do direito à gratuidade explicitada no texto constitucional, Horta afirma que:

[...] isto significa que é dever inafastável do Estado propiciar vagas em escolas públicas para todos os alunos, tanto os que estejam em idade escolar quanto os já em defasagem, ou assegurar mecanismos de gratuidade também junto às empresas privadas. (HORTA, 2007, p. 147).

Chrispino (2005) alerta que a gratuidade do ensino vai além da simples oferta da vaga sem cobrança de taxas de matrícula, envolvendo também a não cobrança de taxas de merenda, de uniforme escolar e de material didático que, se não fornecidos gratuitamente pelo Estado, não podem ser exigidos do aluno.

Importante ainda destacar a antiga redação do inciso I do art. 208, tendo em vista que diante do limite temporal do presente objeto de estudo, é sobre ela que as decisões judiciais selecionadas irão versar. Nesse sentido, o dispositivo alterado tinha a seguinte redação, dada pela Emenda Constitucional nº 14/96:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria.
[...] (BRASIL, 1988)

Observa-se que a Emenda constitucional nº 59/2009 ampliou a faixa de escolarização obrigatória e gratuita bem como alterou o seu critério, deixando de se vincular a uma etapa específica de ensino (ensino fundamental) e passando a adotar o critério etário (crianças e adolescentes dos 04 aos 17 anos de idade). Embora a ampliação do acesso ao ensino represente uma demanda importantíssima, Campos (2010) alerta para o fato de que a referida EC nº 59/09 não foi seriamente debatida em seu processo de elaboração e aprovação, seja por parte do Congresso Nacional, seja por parte da sociedade e dos estudiosos da área. A mesma autora ainda destaca que a desvinculação da escolarização obrigatória e gratuita à uma determinada etapa de ensino específica e a adoção do critério etário em um país, como o Brasil, em que os índices de distorção idade-série são altos, poderá implicar em muitos jovens que, ao completarem 17 anos, ainda não tenham concluído o Ensino Médio e mesmo o Ensino Fundamental. Por fim, utilizando-se da experiência observada com a ampliação do ensino fundamental para nove anos, a autora destaca que:

No Brasil, um dos efeitos que o conjunto dessas medidas parece causar é a tendência de crianças cada vez mais jovens serem empurradas para as etapas seguintes da educação, sem que as escolas e as práticas educativas sejam antes adaptadas para as especificidades de sua faixa etária.
[...]

A verdade é que crianças cada vez menores estão sendo matriculadas nos primeiros nos do ensino fundamental, inclusive pelo fato de os gestores

públicos sofrerem crescente pressão por parte da Justiça nesse sentido. (CAMPOS, 2010, p. 11).

Deve-se destacar que, por força do art. 6º da Emenda Constitucional nº 59/2009, “o disposto no inciso I do art. 208 da Constituição Federal deverá ser implementado progressivamente, até 2016, nos termos do Plano Nacional de Educação, com apoio técnico e financeiro da União” (BRASIL, 2009). No entanto, em 04 de abril de 2013 foi publicada a lei nº 12.796 que altera diversos dispositivos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, dentre eles o art. 4º que passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, organizada da seguinte forma: (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

a) pré-escola; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)

b) ensino fundamental; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)

c) ensino médio; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013). (BRASIL, 1996).

Como a referida lei não fez nenhuma ressalva quanto à data da sua implementação, como o fez a EC nº 59/09, estabelecendo, pelo contrário, em seu art. 3º que “Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação” (BRASIL, 2013), fica a dúvida a respeito de quando passa a vigorar a obrigatoriedade e gratuidade da educação básica dos 04 aos 17 anos de idade. Se interpretarmos a referida lei como uma antecipação dos efeitos da EC nº 59/09, temos que os pais e responsáveis deverão, a partir do dia em que foi publicada a lei, matricular obrigatoriamente seus filhos de 04 anos de idade na pré-escola e mantê-los pelo menos até os 17 anos de idade e, de outro lado, que o Estado deverá oferecer a todas as crianças e adolescentes da referida faixa etária o acesso gratuito aos estabelecimentos de ensino, podendo, inclusive, ser demandado judicialmente para tanto. Nesse sentido:

O poder público deve oferecer escola para todos – educação básica obrigatória e gratuita dos 04 aos 17 anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria. Caso não ofereça ou ofereça de forma irregular, a lei assegura que qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público possa acionar o poder público para exigi-lo. (CURY; FERREIRA, 2010, p. 135).

Se, pelo contrário, entendermos que a Lei nº 12.796/13 apenas objetivou reforçar a prescrição constitucional mas que, por ser hierarquicamente inferior à essa, não alterou a data

de sua implementação, temos que a possibilidade da sua exigibilidade, tanto em relação aos pais, quanto ao Estado, fica postergada para 2016.

Continuando a análise do artigo 208 da Constituição Federal, que detalha o dever do Estado com o direito à educação, observa-se que além da previsão da educação básica dos 04 aos 17 anos de idade como direito público subjetivo, o constituinte ainda previu que:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

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

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

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, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

[...]

§ 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 frequência à escola. (BRASIL, 1988)

Quanto à progressiva ampliação da universalização do Ensino Médio gratuito, Silva (2007, p. 842), conjugando a norma contida nos incisos I (com a antiga redação) e II do art. 208 com a norma estabelecida no art. 206, IV, que garante o princípio da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, sustenta que:

O princípio do art. 206, IV, significa que, onde o ensino oficial, em qualquer nível, já é gratuito, não poderá ser pago. Onde é pago, se for fundamental, deverá passar imediatamente a ser oferecido gratuitamente, e se for médio, a entidade pública mantenedora deverá tomar providência no sentido de que, progressivamente, se transforme em gratuito.

Liberati (2004, p. 228), por sua vez, destacando o caráter de fundamentalidade de todo o direito à educação, inclusive do Ensino Médio, entende ser possível a exigibilidade do acesso ao Ensino Médio de forma gratuita a todos aqueles que o requererem: “ou seja, havendo demanda na procura do serviço público e essencial do ensino médio, é dever do Estado assegurá-lo”.

Com a alteração promovida com a EC nº 59/2009, no entanto, podemos dizer que a oferta do Ensino Médio tornou-se necessariamente gratuita e que o inciso II do artigo 208 tornou-se obsoleto. Isso porque o constituinte estabeleceu que a educação básica, da qual o Ensino Médio faz parte, para crianças e adolescentes dos 04 aos 17 anos de idade é gratuita e obrigatória e que a sua gratuidade é assegurada àqueles que se encontrem fora da referida faixa etária. Assim, para aqueles adolescentes de até 17 anos que completem o ensino fundamental, o acesso ao ensino médio será obrigatório (tanto a sua matrícula por parte dos pais e responsáveis quanto seu oferecimento pelo Poder Público) e gratuito. Para aqueles maiores de 17 anos e que objetivarem cursar o Ensino Médio (não há mais obrigação por parte do educando, de seus pais ou responsáveis em matriculá-lo na escola), o Estado deverá fornecer a vaga de forma gratuita. E essa realmente parece ter sido a intenção do legislador tendo em vista que a lei nº 12.796/13 revogou o inciso II do art. 4º que estabelecia a “extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio”, garantindo, por outro lado, em seu inciso I do art. 4º, a obrigatoriedade e gratuidade da educação básica, que expressamente é organizada em pré-escola, ensino fundamental e ensino médio; bem como garantiu, no inciso IV do mesmo artigo, o acesso público e gratuito aos ensinos fundamental e médio para todos os que não os concluíram na idade própria (BRASIL, 1996).

O inciso III do art. 208, por sua vez, com redação idêntica ao art. 54 do ECA, estabelece o dever do Estado na garantia do direito à educação também aos portadores de necessidades especiais, preferencialmente, na rede regular de ensino, devendo o Poder Público socorrer-se às entidades privadas apenas excepcionalmente, o que é, na prática, o oposto do que ocorre atualmente na concretização da educação especial (OLIVEIRA, 2002).

Com relação a essa temática, a nova redação do inciso III do art. 4º da LDB, substituiu o termo “educandos com necessidades especiais” por uma expressão mais ampla, “educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação”, garantindo ainda a transversalidade do atendimento educacional especializado a todos os níveis, etapas e modalidades de ensino bem como explicitando a sua gratuidade, independentemente da faixa etária do educando (BRASIL, 1996).

Quanto à educação infantil a carta constitucional, em consonância com a ampliação do ensino fundamental para nove anos, estabeleceu o dever do Estado no atendimento em creche e pré-escola às crianças de até 5 anos de idade. Destaca-se que, nos termos do art. 30 da LDB, a educação infantil deverá ser oferecida em creches para crianças de até 3 anos de idade e em pré-escolas para crianças de 4 e 5 anos de idade (BRASIL, 1996).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação, por sua vez, em seu art. 4º, inciso II substituiu o termo constitucional “atendimento em creche e pré-escola” pela expressão “educação infantil às crianças de até 5 (cinco) anos de idade” o que demonstra, por si só, uma maior preocupação em superar o caráter assistencialista que tanto permeou essa etapa da educação. Ademais, a referida Lei garantiu a gratuidade também para essa etapa de ensino.

Analisando esses dispositivos à luz do inciso I do art. 208 com a redação da EC nº 59/09, observa-se que é dever do Estado ofertar obrigatoriamente e de forma gratuita a educação infantil, tanto nas creches para as crianças de até 3 anos, quanto na pré escola para crianças de 4 e 5 anos e é obrigação dos pais ou responsáveis matricularem seus filhos de 04 anos na pré-escola. Trata-se, na realidade, de verdadeiro direito público subjetivo oponível perante o Estado ou:

Em outras palavras: havendo demanda ou procura do serviço essencial da educação infantil (pelos pais ou responsáveis), nasce o dever do Estado em disponibilizar o referido serviço. O impedimento do acesso da criança à educação infantil em instituições públicas faz gerar a responsabilidade do administrador público, obrigado a proporcionar a concretização da educação infantil em sua área de competência. (LIBERATI, 2004, p. 237-238).

Da mesma forma como exposto em relação ao direito fundamental, o dever do Estado com relação à educação infantil não se esgota no mero oferecimento de vagas na escola, incluindo-se também:

[...] a exigência de qualidade e o respeito às necessidades da criança em cada fase do seu desenvolvimento: o direito à brincadeira, à atenção individual, ao aconchego e ao afeto, ao desenvolvimento da sociabilidade, assim como o direito à aprendizagem e ao conhecimento (CAMPOS, 2010, p. 13-14)

O inciso VI do artigo 208 da CF, que garante a oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando, refere-se a uma importante demanda do jovem e adulto inserido no mercado de trabalho (OLIVEIRA, 2002). Trata-se, novamente, de direito do indivíduo e da sociedade perante o Estado e não de mero conselho constitucional. Com efeito, “a oferta de ensino regular noturno é dever do Estado – obrigatória, portanto” e “além de obrigatório, o ensino regular noturno é gratuito e universal” (LIBERATI, 2004, p. 240).

Ainda objetivando a garantia do direito à educação do jovem e adolescente trabalhador, a LDB, em seu artigo 4º, inciso VII, é enfática em destacar que a tais alunos será disponibilizada educação regular com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades (BRASIL, 1996).

O último inciso do artigo 208, em consonância com a nova redação do inciso I do mesmo artigo, estabelece o dever do Estado na garantia de programas de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde para todos aqueles que se encontrem em qualquer etapa da educação básica, ampliando-se expressamente o campo de responsabilidade do Estado com referidos programas que, até a EC nº 59/09, referia-se apenas aos educando do ensino fundamental. A partir dessa declaração do constituinte, é preciso entender referidas garantias como integrantes do próprio sentido do direito à educação, sob pena de se provocar a exclusão econômica dos alunos que não possam arcar com tais insumos (OLIVEIRA, 2002).

Nesse sentido:

A garantia do acesso universalizante à escola pública passa, impreterivelmente, pela oferta, também obrigatória, dos programas suplementares de oferecimento de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

De nada adiantaria a garantia do acesso, da permanência e do sucesso na escola se o educando não encontrasse condições para frequentar as aulas e permanecer na escola, em condições indispensáveis para desenvolver o aprendizado. (LIBERATI, 2004, p. 242).

Finalmente, ainda no art. 208 da CF, resta analisar os seus parágrafos 2º e 3º. O parágrafo 2º do referido artigo, de forma inédita na ordem constitucional brasileira, permite a responsabilidade pessoal da autoridade responsável pela concretização do ensino obrigatório e gratuito (OLIVEIRA, 2002). O referido dispositivo constitucional é complementado pela previsão do art. 5º, § 4º, da LDB que estabelece que “Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade”. Trata-se, no caso, de responsabilidade política (XIMENES, 2012), distinta da responsabilidade do Estado em efetivar políticas públicas educacionais e distinta da responsabilidade penal comum (KONZEN, 2000). Independentemente da discussão acerca da eficácia do referido dispositivo, tendo em vista o não estabelecimento de sanções para a conduta da autoridade, Ximenes (2012, p. 367, grifos do autor) destaca a importância do dispositivo:

Tal dispositivo tem grande valor jurídico-político, pois expressa a densidade desse direito na Constituição e aponta a necessidade de uma proteção mais efetiva. Ao incorporar a ideia ampla de *oferta irregular*, ademais, a Constituição abre a possibilidade de se reconhecer como objeto de responsabilização a omissão na garantia do padrão de qualidade, além da não garantia de acesso.

O parágrafo 3º, por sua vez, destaca a responsabilidade do Estado em recensear os educandos no ensino fundamental bem como fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou

responsáveis, pela frequência à escola (BRASIL, 1988). Oliveira (2002) destaca a importância do referido dispositivo cujo cumprimento irá permitir o aprimoramento do sistema estatístico de educação, o qual, por sua vez, irá possibilitar uma avaliação mais precisa acerca da realidade educacional do país.

Diante da ampliação da escolarização obrigatória promovida pela Emenda Constitucional nº 59/09, deverá ocorrer também a ampliação do dever do Poder Público quanto às responsabilidades estatuídas no parágrafo 3º do artigo 208. Foi nesse sentido, que o art. 5º, § 1º, da LDB, com a redação dada pela Lei nº 12.796, estabeleceu o dever do Estado em recensear os alunos bem como em fazer-lhes a chamada pública e zelar pela sua frequência junto aos pais e responsáveis, referindo-se a todas as crianças e adolescentes em idade escolar bem como aos jovens e adultos que não tenham concluído a educação básica. O mesmo artigo ainda estabeleceu, explicitamente, a responsabilidade da União na realização dos referidos deveres. (BRASIL, 1996)

Também sobre os deveres do Estado na concretização do direito à educação, importante destacar dois dispositivos que, embora não estejam presentes na carta constitucional, encontram-se previstos na Lei de Diretrizes e Bases da Educação e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, a LDB, em seu art. 4º, inciso II, estabelece o direito do educando a partir dos 4 anos à vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima de sua residência (BRASIL, 1996). O ECA, de forma mais ampla, estende esse direito à toda criança e adolescente, incluindo-se, portanto, os alunos que frequentam a creche e o Ensino Médio (BRASIL, 1990).

Continuando a análise da ordem constitucional da educação, destaque-se o art. 206, que estabelece os princípios sobre os quais o ensino no país deverá ser ministrado:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)
- VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
- VII - garantia de padrão de qualidade.
- VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) (BRASIL, 1988)

Antes de analisarmos o conteúdo dos princípios educacionais estatuídos no art. 206, necessário fazer uma breve discussão a respeito do conceito e sentido de “princípios” na atual ordem constitucional brasileira.

Atualmente, é praticamente inconteste a afirmação de que tanto os princípios quanto as regras são espécies integrantes do gênero das normas jurídicas, dotados, portanto, de eficácia e caráter imperativo:

Neste sentido, portanto, fica acentuado, de imediato, o caráter normativo tanto das regras quanto dos princípios, superando-se a velha dicotomia que concebeu os princípios como enunciados sem a força normativa própria do Direito. Os princípios – tal como as regras – possuem força prescritiva e dirigem-se a vincular comportamentos. (TAVARES, 2006, p. 86).

Essa afirmação, embora aparentemente simples e desprovida de importância, “se converteu no coração das Constituições” (BONAVIDES, 2009, p. 280).

Os princípios foram, por muito tempo, considerados como cláusulas não normativas, o que, em última análise, teve como consequência a sua não concretização e aplicabilidade. Nesse sentido, Bonavides (2010) destaca que a história normativa dos princípios passou por três fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós positivista.

Em sua primeira fase, que perdurou de forma dominante até o século XIX, os princípios foram compreendidos como um ideal de justiça e referiam-se à existência de um direito natural que prescindisse da existência de um ordenamento jurídico estatal. Diante desse caráter abstrato e axiológico que lhe era imposto pelo pensamento jusnaturalista, os princípios tiveram a sua normatividade negada e sua exigibilidade considerada nula por vários séculos o que, até hoje, reflete na compreensão da ideia de princípio.

Na fase positivista, momento em que deixaram o plano ideal e foram integrados aos ordenamentos jurídicos estatais, os princípios são tomados como integrantes do Direito escrito, guardiões da segurança e supremacia da lei. Ainda nesse momento, no entanto, a normatividade dos princípios é considerada duvidosa, sendo-lhes atribuído valor programático, de mera intenção (e não direito) a ser concretizada pelo Estado e pela sociedade.

Já em sua atual fase, iniciada nas últimas décadas do século XX e cujo marco nacional é a Constituição Federal de 1988, os princípios passam a ser considerados como o próprio

fundamento das Constituições, sendo-lhes atribuído papel de destaque no ordenamento jurídico. Nesse momento pós-positivista os princípios são compreendidos como verdadeiros direitos capazes, portanto, de impor a consecução de uma obrigação legal e de serem exigidos perante seus responsáveis, inclusive judicialmente. Destaque-se que o caráter axiológico dos princípios não é perdido no transcorrer das três fases históricas, como destaca Barroso (2010, p. 319): “no ambiente pós positivista de reaproximação entre o Direito e a Ética, os princípios constitucionais se transformam na porta de entrada dos valores dentro do universo jurídico”.

Afirmada a normatividade dos princípios, os autores se preocuparam em estabelecer distinções entre essa categoria de normas e as demais espécies de normas integrantes do ordenamento jurídico, denominadas de regras.

Vários foram os estudiosos que se debruçaram sobre o tema, sendo muitas as distinções propostas entre as referidas categorias, havendo ainda grande dissenso quanto a esse ponto, que ainda se encontra em construção doutrinária.

Alguns dos critérios distintivos mais aceitos entre as categorias das regras e as dos princípios referem-se: ao conteúdo, estrutura normativa e modo de aplicação de ambas as normas. Com efeito, quanto ao primeiro critério, afirma-se que enquanto as regras descrevem condutas, os princípios representam valores a serem perseguidos. Já em relação à estrutura normativa, sustenta-se que as regras apresentam uma dimensão mais objetiva, com maior grau de nitidez enquanto os princípios, por seu caráter finalístico, tem maior teor de abstratividade, podendo ser concretizado mediante diferentes condutas. Por fim, quanto ao último critério, destaca-se que as regras aplicam-se à maneira tudo ou nada, devendo ser efetivadas exatamente como estabelecido pela norma enquanto os princípios serão aplicados de acordo com a realidade fática e jurídica do caso concreto, assumindo diferentes contornos e sentidos a depender das especificidades do contexto de sua aplicação (BARROSO, 2010).

Agregando essas distinções, Barroso (2010, p. 209) entende que as regras referem-se às “decisões políticas tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, que procederam às valorações e ponderações que consideram cabíveis, fazendo com que os juízos por eles formulados se materializassem em uma determinação objetiva de conduta”.

Nesse sentido, tem-se que as regras, por seu caráter objetivo, não deixam ao intérprete, seja o Poder Executivo, o Poder Judiciário ou mesmo a própria sociedade, espaço para subjetividade ou criatividade (Ibid.).

Os princípios, por sua vez, “dão identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando objetivos e caminhos” (Ibid., p. 210). Por essa razão, essa categoria de normas

permite ao intérprete uma atividade criativa e integrativa, garantindo sua adaptação às especificidades do caso concreto em que será aplicado. De fato, os princípios têm como uma das suas notas características a sua elasticidade, podendo ser concretizados de diferentes maneiras, a depender de quem a interpreta e dos valores do Estado e da sociedade em que será aplicado o princípio. Por exemplo, a compreensão do princípio da igualdade educacional em um Estado Liberal será irrecusavelmente distinta do significado deste em um Estado Social.

Dessa breve explanação, o importante é observar que, atualmente, não se pode mais negar a normatividade dos princípios, que devem ser entendidos como verdadeiros direitos a serem concretizados pelo Estado, conjuntamente com as demais regras estabelecidas no ordenamento jurídico, especialmente das normas constitucionais. De fato, “os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regímen, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência” (BONAVIDES, 2009, p. 289).

Nesse sentido, conjugando o conteúdo dos artigos 205 e 206, temos que o Estado, a família e a sociedade deverão garantir o direito à educação gratuita e de qualidade a todos os cidadãos com igualdade de condições; respeitando e garantindo a liberdade e o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, a gestão democrática de ensino e a valorização dos profissionais da educação (BRASIL, 1988); a valorização da experiência extra escolar e a vinculação entre a educação formal, o trabalho e as práticas sociais (BRASIL, 1996).

Passemos agora para a análise mais aprofundada de dois dos princípios mais importantes estabelecidos no art. 206: o princípio da isonomia educacional e o princípio do padrão de qualidade.

Quanto ao inciso I do referido artigo constitucional, repetido pelo inciso I do art. 3º da LDB e inciso I do art. 53 do ECA, trata-se de dispositivo que objetiva a eliminação e correção das desigualdades no acesso e permanência dos educandos à escola, independentemente do nível ou etapa de ensino. Especialmente quanto às crianças e adolescentes, o art. 5º do ECA determina que, na concretização de seus direitos fundamentais, dentre os quais o direito à educação, não serão aceitas nenhuma forma de discriminação cabendo, inclusive, punição aos responsáveis que atuarem de forma a discriminar os educandos ou se omitirem na materialização da igualdade (BRASIL, 1990).

O princípio analisado trata-se de típico direito fundamental que envolve uma dimensão de liberdade (negativa) e uma dimensão prestacional (positiva). De fato, a isonomia no acesso e permanência na escola é alcançada tanto pela abstenção de práticas de atos que discriminem

os educandos como, por exemplo, a exigência de uniforme escolar não oferecido de forma gratuita pela escola, quanto pela efetivação de políticas públicas de inclusão dos alunos, como por exemplo, os programas de reforço escolar, inclusão digital e distribuição de livros aos estudantes e mesmo, no caso do Ensino Superior, das políticas afirmativas de cotas.

É importante observar que o referido inciso deve ser compreendido como verdadeiro direito, a ser concretizado de forma conjunta com as regras estabelecidas no artigo 205 e 208 da Constituição Federal. De fato, o Estado só se desincumbirá do seu dever constitucional de garantir o direito à educação a todos, se cumprir os seus compromissos constitucionais com a educação, dentre os quais o compromisso com a igualdade. Destaque-se ainda que, não apenas o Estado é destinatário dessa norma, e sim toda a sociedade e comunidade escolar que deverá agir de forma a combater a desigualdade na e da escola.

O fundamento desse princípio isonômico educacional está na compreensão do caráter emancipador e nivelador da educação (ARAÚJO, 2011). Nesse sentido, o princípio analisado tem especial importância no Brasil em razão das graves desigualdades econômicas, sociais e regionais que ainda caracterizam o país, inclusive quanto à sua realidade educacional. E mais:

Além disso, o ideal emancipador e igualitário do direito à educação também foi mitigado pelas próprias relações que se estabeleceram na dinâmica interna da escola, já muitas vezes denunciadas como reprodutoras das desigualdades sociais e como inculcadoras dos valores e interesses das classes sociais que detêm o poder econômico e político. (ARAÚJO, 2011, p. 288).

De fato, apesar do avanço na expansão do acesso e na regularização do fluxo escolar, bem como do aumento de políticas públicas voltadas para a democratização do ensino, novas “estratégias” de exclusão foram criadas pela dinâmica interna da escola: os alunos percorrem todas as séries ou todos os ciclos do ensino fundamental sem se apropriar de um instrumental mínimo necessário (Ibid.), demonstrando a importância ainda patente de se concretizar o princípio da isonomia educacional.

O princípio do padrão de qualidade de ensino, estabelecido no inciso VII do art. 206 da Constituição Federal, tem merecido especial atenção dos estudiosos do tema em decorrência da recente expansão do acesso a diferentes níveis de ensino, especialmente do ensino fundamental. De fato:

[...] parece que o grande desafio do atual momento histórico, no que diz respeito ao direito à educação, é fazer com que ele seja, além de garantido e efetivado por meio de medidas de universalização do acesso e da permanência, uma experiência enriquecedora do ponto de vista humano, político e social, e que consubstancie, de fato, um projeto de emancipação e

inserção social. Portanto, que o direito à educação tenha como pressuposto um ensino básico de qualidade para todos e que não (re)produza mecanismos de diferenciação e de exclusão social. (OLIVEIRA; ARAUJO, 2011, p. 13).

Apesar da expressa previsão do referido princípio na Constituição Federal e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art. 3º, IX e 4º, IX), a sua concretização bem como sua exigibilidade através da via judicial tem sido negada, especialmente em razão da polissemia que caracteriza a conceituação do termo “qualidade de ensino” bem como em decorrência da dificuldade em se estabelecer um padrão objetivo capaz de amparar o intérprete na aplicação do princípio analisado. Afinal, como destacam Oliveira e Araujo (2005, p.17):

[...] como caracterizar um ensino com ou sem qualidade se não há parâmetros para o julgamento? No caso do acesso é mais simples, uma vez que a inexistência de vagas é facilmente constatada. [...] Poderia o ensino de má qualidade ou sem qualidade ser considerado oferta irregular? Em caso positivo, como caracterizar a precariedade do ensino ministrado? E ainda que fosse feito um esforço para caracterizar o ensino de má qualidade ou de nenhuma qualidade, a quem seria atribuída a responsabilidade? Às secretarias de educação? Ao ministro? Ao chefe do Executivo? Ao diretor do estabelecimento de ensino? Aos professores?

Dentre os autores que vem debatendo sobre a construção de um padrão de qualidade de ensino, Arnessen (2009, p. 153) destaca a necessidade de se traçar uma distinção entre a noção de qualidade de ensino para fins de políticas públicas e para fins de exigibilidade judicial:

Tem-se a consciência do extremamente amplo debate na psicologia e pedagogia em torno do que seja educação de qualidade. O Judiciário, entretanto, para além do direito, não é um órgão técnico. Seria possível, nesse sentido, fazer a distinção de educação de qualidade definida para fins de política pública e educação de qualidade para fins de proteção jurídica

Cury e Ferreira (2009), por sua vez, destacando a existência de diversos indicadores de aferição de qualidade de educação, propugnam pelo estabelecimento de padrões objetivos a serem utilizados em demandas judiciais voltadas para a concretização do princípio estabelecido no inciso VII do artigo 206 da Constituição Federal, de forma a garantir a uniformidade da atuação jurisdicional. Dentre os indicadores citados, encontra-se a utilização dos testes padronizados de larga escala e os parâmetros mínimos utilizados na construção do custo aluno qualidade.

Para os autores que defendem a utilização dessa última categoria de indicadores, a qualidade no contexto atual está relacionada à existência de insumos, dentre os quais infraestrutura e equipamentos adequados, qualificação e remuneração adequada aos trabalhadores

em educação e apoio ao aluno. Nesse sentido, Pinto (2008, p. 60) destaca que “qualidade, em um sistema de educação de massa, está associada à qualidade dos processos de ensino e de aprendizagem e que a qualidade desses processos, por sua vez, está associada à qualidade dos insumos (recursos físicos e pessoal) neles utilizados”.

Oliveira e Araujo (2005, p. 20), por sua vez, entendendo pela insuficiência do indicador supracitado propõem que:

[...] é preciso pensar de forma articulada num conjunto de indicadores que permita configurar uma escola e um ensino de qualidade numa perspectiva que abranja insumos, clima e cultura organizacional e avaliação. Ou seja, é preciso pensar numa política de melhoria da qualidade de ensino que articule insumos e processos.

Ainda sobre os princípios, interessante destacar que a Lei nº 12.796/13 introduziu o inciso XII ao artigo 3º da LDB, incluindo, dentre os princípios que deverão reger o ensino no país, a consideração com a diversidade étnico-racial.

Por fim, importante analisar a divisão de responsabilidade ou, utilizando a terminologia jurídica mais adequada de “competências” ou “atribuições” (XIMENES, 2012) entre os entes federativos quanto à efetivação do direito à educação. Isso porquê, como asseveram Cury e Ferreira (2009, p. 42):

Esta questão é de extrema importância, posto que, não somente em relação a qualidade da educação, mas todo e qualquer questionamento jurídico da educação no Poder Judiciário deve levar em consideração o ente responsável pelo ensino que se pretende questionar.

É a própria Constituição Federal, em seu art. 211, que estabelece:

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

§ 4º Na organização de seus sistemas de ensino, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios definirão formas de colaboração, de modo a

assegurar a universalização do ensino obrigatório. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (BRASIL, 1988).

O Brasil se constitui como uma República Federativa e estampa em sua atual Constituição uma organização do sistema educacional que, ao mesmo tempo em que expressa a preocupação em construir uma base educacional comum entre os entes federativos, reparte as competências legislativas e executivas sobre a matéria educacional entre a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, como se observa pela transcrição do artigo 211. De fato, a atual legislação educacional brasileira prevê a existência de uma pluralidade de sistemas educacionais, a saber: sistemas educacionais municipais, estaduais e federal (CURY, 2008).

O uso do termo sistema no campo educacional tem assumido múltiplos sentidos e características, assumindo especial relevância nos debates do novo Plano Nacional de Educação e na construção do Sistema Nacional de Educação no país, especialmente pela nova redação dada pela EC nº 59/2009 ao art. 214 da Constituição Federal:

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas [...] (BRASIL, 1988).

Sobre a temática, Saviani (2010, p. 341), esclarece o sentido da expressão “sistema” bem como do conceito de “Sistema nacional de Educação”:

Se o sistema pode ser definido como a unidade de vários elementos intencionalmente reunidos de modo a formar um conjunto coerente e operante, conclui-se que o Sistema Nacional de Educação é a unidade dos vários aspectos ou serviços educacionais mobilizados por determinado país, intencionalmente reunidos de modo a formar um conjunto coerente que opera eficazmente no processo de educação da população do referido país.

Feita essa breve consideração e ciente da discussão em torno da conceituação e implementação dos sistemas educacionais, importante para o objetivo do presente trabalho investigar quem são os responsáveis pela efetivação do direito à educação de crianças e adolescentes. Tendo em vista a redação do artigo 211, deve-se questionar se, em caso de demanda perante o Poder Judiciário para concretização do direito à educação, todos os entes federados poderão ser chamados ao cumprimento do dever constitucional ou apenas aqueles cuja competência prioritária foi atribuída pela Constituição.

Sari (2004, p. 87) entende que “os titulares dos respectivos Poderes Executivos serão os primeiros a serem responsabilizados (...) o que não exclui, entretanto, eventual responsabilização da União uma vez que lhe cabe a função redistributiva e supletiva em relação à demais instâncias”. Nesse sentido, uma ação judicial voltada para a efetivação da educação infantil terá como primeiro responsável o Município e, caso comprovada a sua impossibilidade fática de concretizar a sua atribuição, cabe a responsabilização da União. Quanto ao ensino fundamental, tanto o município quanto o Estado e o Distrito Federal poderão ser demandados judicialmente e, da mesma forma como no caso da educação infantil, a União também poderá ser responsabilizada de forma subsidiária. Quanto ao Ensino Médio, a responsabilidade será primeiramente dos Estados e Distrito Federal, responsabilizando-se a União caso os primeiros responsáveis não o possam fazer.

Digiácomo (2004), por sua vez, argumentando que tanto a Constituição Federal quanto a LDB e o ECA enfatizaram o caráter cooperativo na divisão de atribuições quanto à efetivação do direito à educação, sustenta a co-responsabilidade entre todos os entes federativos no cumprimento do dever constitucional com a educação:

A responsabilidade pelo oferecimento de uma educação de qualidade a todos os educandos, portanto, deve ser compartilhada entre a União, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios, que respondem em caráter subsidiário ou solidário pela obrigação respectiva (DIGIÁCOMO, 2004, p. 290).

Nesse contexto de cooperação estabelecido pela Constituição Federal e demais legislações pertinentes, eventuais alegações dos entes federados acerca de falta de recursos técnicos e financeiros próprios para efetivação do direito à educação, não poderão ser acatadas pelo Poder Judiciário para fundamentar decisões que deneguem a efetivação do direito à educação (DIGIÁCOMO, 2004). Trata-se, em primeiro, lugar, de um dever do Poder Público que deverá ser concretizado por ele com absoluta prioridade, independentemente do(s) ente(s) demandado judicialmente.

2.1 A absoluta prioridade na efetivação dos direitos das crianças e adolescentes: a doutrina da proteção integral

Através da afirmação histórica dos direitos da infância e da juventude, inclusive do direito à educação, passou-se a compreender as crianças e adolescentes como sujeitos de direito, dotados de um sistema próprio de garantias jurídicas e sociais. Esse sistema, na atual ordem normativa brasileira, é integrado por diversos instrumentos legais, dentre os quais se

destacam: a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e, no caso da educação, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

É a própria legislação nacional, no art. 4º do ECA, que traz a definição formal de criança e adolescente: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade [...]” (BRASIL, 1990). Saliente-se que, apesar da distinção legal entre crianças e adolescentes, ambos são titulares dos mesmos direitos fundamentais. Essa distinção etária entre crianças e adolescentes não é encontrada nos textos legais internacionais, que utilizam o termo “criança” para designar qualquer pessoa com idade de até 18 anos (SANTOS, 2006/2007).

Diante da afirmação jurídica dos direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil é possível afirmar que, ao menos do ponto de vista jurídico-formal, o Estado Social e Democrático de Direito brasileiro adotou a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente. A proteção integral:

[...] é a garantia da universalização da vida humana na fase mais crítica de seu desenvolvimento, oferecendo ao infante-adolescente as condições de (a) sobrevivência (vida, saúde e alimentação), (b) desenvolvimento pessoal e social (convivência familiar e comunitária, educação, esporte, cultura e lazer, proteção do trabalho e profissionalização) e (c) integridade física, psíquica e moral (exercício de sua liberdade, respeito e dignidade). (MARQUES, 2004, p. 25).

A doutrina da proteção integral surgiu como contraponto à doutrina da situação irregular, na qual as crianças e adolescentes eram considerados objetos de intervenção legal e sua relação com o direito estava pautada no controle social do Estado sobre aqueles menores de 18 (dezoito) anos que se encontrassem em “situação irregular”, ou seja, os considerados infratores ou negligenciados por seus familiares e sociedade (FROTA, 2002).

No âmbito internacional, a adoção da doutrina da proteção integral se inicia com a aprovação da Declaração Universal dos Direitos da Criança pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1959. A sua consolidação, no entanto, se dá apenas em 1989 com a aprovação da Convenção internacional dos Direitos da Criança pela Organização das Nações Unidas, adotada como lei pelo Brasil em 1990 (SANTOS, 2006/2007).

No cenário jurídico e político nacional, a doutrina da situação irregular vigorou até a promulgação da Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 227, expressa o sentido da doutrina da proteção integral ao afirmar que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, *com absoluta prioridade*, o direito à vida, à saúde, à

alimentação, à *educação*, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988, grifos nossos).

Embora não exista unanimidade na doutrina quanto ao alcance e significado da expressão “absoluta prioridade”, entendemos que o conceito implica na obrigação do Estado na criação e efetivação prioritária de políticas públicas que garantam amplamente os direitos sociais das crianças e adolescentes explicitados na Constituição Federal e demais legislações pertinentes. Nesse sentido:

Por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupações dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes[...]. Por absoluta prioridade, entende-se que, na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante. (LIBERATI, 1991, p. 21).

Independentemente das discussões teóricas acerca do alcance da expressão “absoluta prioridade”, o próprio legislador brasileiro garantiu concretude ao conceito com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), promulgado em 1990, consolidou a referida doutrina da proteção integral no ordenamento jurídico pátrio ao afirmar expressamente em seu art. 1º que “Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente” (BRASIL, 1990). A referida doutrina é detalhada no Estatuto que dispõe, entre outras declarações, que: (a) as crianças e adolescentes são sujeitos de direito, ou seja, são os titulares de todos os direitos civis, humanos e sociais garantidos a elas na Constituição Federal e nas leis; (b) as crianças e adolescentes são pessoas em condição especial de desenvolvimento e a família, a sociedade e o Estado devem adequar qualquer ação voltada à infância e à juventude a essa peculiar qualidade e (c) os direitos das crianças e adolescentes deverão ser garantidos com absoluta prioridade, o que inclui, pelo menos: a primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; a precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 1990). Essa declaração é especialmente importante pois, como se afirmou anteriormente, garante a aplicabilidade

imediate da expressão absoluta prioridade e consolida o entendimento de que a norma do art. 227 da Constituição Federal configura-se como norma de caráter vinculante e não mero conselho constitucional.

Note-se que o legislador constituinte e infraconstitucional compartilhou a obrigação pela garantia prioritária dos direitos das crianças e adolescentes entre Estado, família e sociedade; cada qual na sua esfera de responsabilidade:

Essa exigência também se aplica à família, à comunidade e à sociedade. Cada uma dessas entidades, no âmbito de suas respectivas atribuições e no uso de seus recursos, está legalmente obrigada a colocar entre seus objetivos preferenciais o cuidado das crianças e dos adolescentes. A prioridade aí prevista tem um objetivo prático, que é a concretização de direitos enumerados no próprio art. 42 do Estatuto, e que são os seguintes: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (DALLARI, 2008, p. 44).

A doutrina da proteção integral está intimamente relacionada com o princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente estabelecido como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro no art. 1º da Constituição Federal de 1988 (SANTOS, 2006/2007). De fato, é apenas com a ampla efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes que se garantirá efetivamente a dignidade da pessoa humana.

Além de garantir prioridade absoluta na concretização dos direitos das crianças e dos adolescentes, a doutrina da proteção integral implicou em uma mudança na forma com a qual o Poder Judiciário lida com as demandas da infância e da juventude. A partir da Constituição Federal, as crianças e adolescentes deixam de ser mero objeto de atuação do Poder Judiciário, tornando-se verdadeiramente sujeitos de direitos e os juízes e Tribunais, por sua vez, passam a assumir em suas decisões um caráter político de transformação social, através da garantia dos direitos sociais da infância e da juventude (MARQUES, 2004). Isso significa também que, em suas decisões judiciais, o Poder Judiciário deverá estar em constante diálogo com aquele que é o titular – e não mais o objeto- do direito demandado, ou seja: a criança e o adolescente.

Bazílio (2006) observa que essa mudança de papel do Poder Judiciário no trato com a infância e juventude foi acompanhada de uma tentativa de reduzir o poder de intervenção do Poder Judiciário nas questões relativas à criança e ao adolescente, especialmente nos casos em que estes se encontram em conflito com a lei. O que de fato se observa através da análise do ECA é que, paralelamente à garantia de instrumentos judiciais de efetivação dos direitos da infância e da juventude, o legislador instituiu a criação de outras instâncias de resolução de

conflitos, como o Conselho tutelar, e que, se houve uma desjudicialização nas questões relativas ao trato de crianças e adolescente considerados infratores, houve uma ampliação no poder dos juízes e Tribunais na concretização dos direitos sociais das crianças e adolescentes.

CAPÍTULO III: ASPECTOS ORGANIZACIONAIS E COMPETÊNCIAS JURISDICIONAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal constitui-se no órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, ou seja, na mais alta instância integrante dessa função estatal, como é possível observar pela figura abaixo que sintetiza a sua organização estrutural:

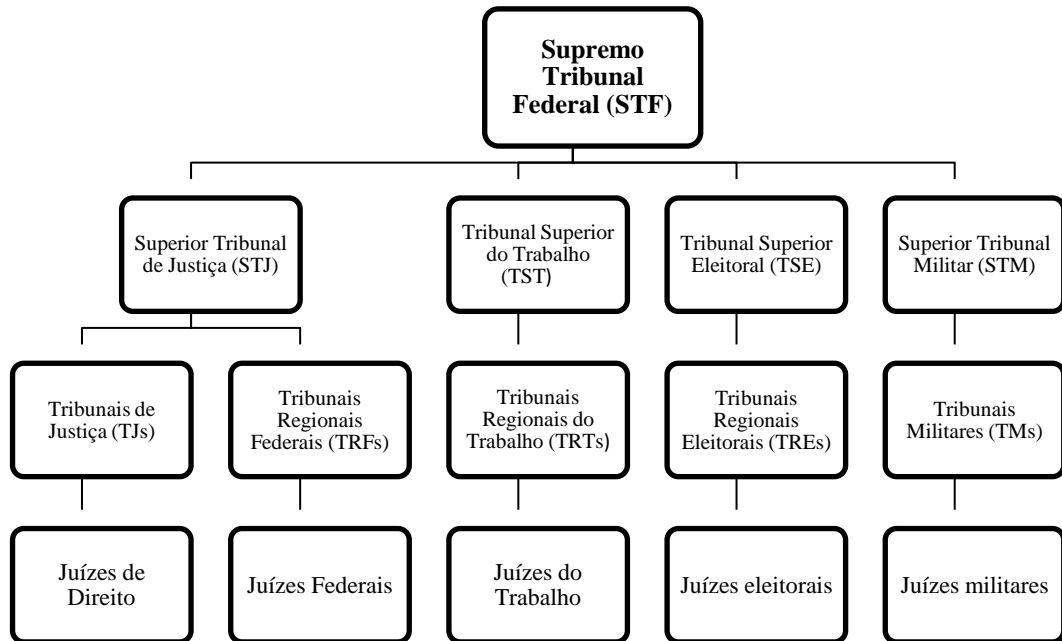


Figura 1: Organização do Poder Judiciário

O Supremo Tribunal Federal foi criado logo após a proclamação da República, mais precisamente através do Decreto nº 510 de 1890 e surgiu da necessidade de definição de uma nova instituição que contemplasse a função de última instância de resolução dos conflitos, tarefa que durante o Império era atribuída ao Imperador através do Poder Moderador (VIEIRA, 2002). Desde a sua criação, o STF foi conservado por todos os governos do país, sofrendo, no entanto, alterações a cada mudança constitucional e de modelo de Estado.

Ferreira e Fernandes (2013) dividem a história recente do STF em três momentos ou “Cortes”, tendo como referência três Ministros que atuaram no Tribunal durante os períodos históricos delimitados: a “Corte Victor Nunes Leal”, a “Corte Moreira Alves” e a “Corte Gilmar Mendes”. O primeiro momento refere-se ao período que precede a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a redemocratização do país, marcado por um intenso controle do Executivo sob os Ministros do STF e suas decisões. A denominada “Corte Moreira Alves”, por sua vez, corresponde ao período imediatamente posterior à promulgação da carta

constitucional democrática e pode ser descrita como a época da “jurisdição defensiva”, momento em que os Ministros do STF atuaram de forma cautelosa, pouco inovadora e com máximo respeito ao conceito tradicional da teoria da separação dos Poderes. Já em um terceiro momento histórico, correspondente à última década, observa-se uma atuação mais ativa e política da Corte e de seus membros, marcada pela maior presença do Poder Judiciário em áreas que tradicionalmente não ocupava e em temáticas sobre as quais até então não deliberava. Analisando esses três momentos históricos, Carvalho e Leitão (2013, p. 20) concluem:

O Supremo Tribunal Federal que emergiu após a Constituição de 1988 foi fruto de uma trajetória de centralização do poder iniciada no período militar (1964-1985), fortalecida sobremaneira com a redemocratização. Galgou, nesse sentido, a centralização e hierarquia dos tempos autoritários, acrescido dos poderes de *cheks and balances* da democracia nascente. Em outras palavras, o desenho institucional que potencializa ao máximo a possibilidade de intervenção judicial acoplado a um sistema político altamente fragmentado (caso do Brasil) implicou em uma Suprema Corte (o STF) poderosa e centralizadora do *policy-making* Judiciário, tornando-se, nesse aspecto, uma terceira câmara do processo decisório.

Com efeito, atualmente, o Supremo Tribunal Federal surge como um dos principais atores do processo de judicialização da política e, especificamente no caso dos direitos educacionais, da judicialização da educação. Como destaca Ribeiro (2012, p. 88), “pesquisas empíricas sobre essa Corte (...) revelaram que o STF, longe de ser um órgão judicial neutro, age como verdadeiro *policy maker* (...)”.

Esse novo papel assumido pela Suprema Corte brasileira relaciona-se, dentre outros aspectos, tanto com a sua composição quanto com as suas competências jurisdicionais. De fato, é importante observar que o aspecto institucional influencia de forma relevante o conteúdo das decisões judiciais. Como destaca Oliveira (2012, p. 92) “Os juízes não são agentes completamente livres, suas escolhas são orientadas e restringidas pela Constituição, por precedentes, por receio de sanções, sendo suas decisões tomadas dentro do contexto do grupo e da instituição ao qual pertencem”.

3.1 Composição

O Supremo Tribunal Federal é composto por 11 membros, denominados de “ministros”, e está estruturado em: a) duas turmas, compostas por cinco membros cada; b) o

Plenário ou Tribunal Pleno, formado pelos onze Ministros do STF e coordenado pelo Presidente do Tribunal e c) o Presidente do Tribunal, eleito pelos próprios membros do STF para cumprir um mandato de dois anos (BRASIL, 2012).

Cada um desses órgãos é responsável por atuar dentro das atribuições previstas no Regimento Interno do STF. Destaquem-se entre as funções do Plenário a de julgar as ações diretas de inconstitucionalidade genérica, as ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, as ações diretas de constitucionalidade e as arguições de descumprimento de preceito fundamental (Ibid.).

De forma distinta dos membros dos demais órgãos do Poder Judiciário, os componentes do Supremo Tribunal Federal são escolhidos através de livre nomeação pelo Presidente da República, após aprovação por maioria absoluta dos membros do Senado Federal. Enquanto a Constituição Federal exige para o ingresso na carreira de magistrado a aprovação em concurso público de provas e títulos, exigindo-se diploma de bacharel em Direito bem como, no mínimo, três anos de atividade jurídica, aos candidatos à ministro do Supremo Tribunal Federal não é exigido nem mesmo diploma de Ensino Superior. De fato, os únicos requisitos estabelecidos pela carta constitucional para escolha dos 11 ministros da Suprema Corte são: idade entre 35 a 65 anos; naturalidade brasileira; estar em gozo dos direitos políticos; notável saber jurídico e reputação ilibada (BRASIL, 1988).

Essa forma de escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal é relevante pois poderá influenciar no conteúdo das suas decisões judiciais. De fato, Maranhão (2003), assim como Olivo (2010), entendem que, por serem indicados pelo Presidente da República, os ministros do Supremo Tribunal Federal tendem a adotar posições de acordo com o governo que os escolheu. Já Oliveira (2012), embora concorde que exista uma relação entre governo e resultado das decisões, compreende que essa relação não é direta, relacionando-se a inúmeras outras variáveis.

Dentre as variáveis apontadas por Oliveira (2012) destaca-se a formação ou treinamento do magistrado bem como seu perfil ideológico que, de forma integrada ao aspecto institucional, apresentam-se como relevantes fatores de influência do resultado e conteúdo das decisões judiciais. Ademais, o voto do relator é apontado pela autora como um dos principais determinantes do resultado das decisões judiciais.

Na realidade, observam-se entre os pesquisadores a formação de quatro abordagens que buscam explicar o processo interno da decisão judicial no campo da jurisdição

constitucional: a abordagem legal, a atitudinal, a estratégica e a institucional (OLIVEIRA, 2012).

A abordagem legal propõe que os juízes atuam fundamentalmente através da aplicação racional dos dispositivos normativos, precedentes legais e estudos doutrinários, com pouco espaço para as suas preferências pessoais e políticas. A segunda abordagem, que rechaça a posição anterior, defende que os membros do Poder Judiciário determinam seus posicionamentos jurídicos com base em suas convicções ideológicas e posições políticas. Já a abordagem estratégica compreende que, embora relevante, as preferências políticas e ideológicas dos juízes estão constrangidas por forças e atores políticos, sociais e institucionais. Por fim, como uma síntese das abordagens anteriores, a abordagem institucional afirma que a atuação dos juízes, além dos aspectos políticos e ideológicos, sofre influência do próprio contexto institucional no qual esses atores estão envolvidos (OLIVEIRA, 2012).

Embora não se constitua como um dos objetivos da presente pesquisa, é importante observar que a atuação do Poder Judiciário, especialmente no campo da jurisdição constitucional, está pautada não apenas na interpretação estritamente jurídica, envolvendo as dimensões política, ideológica, social e institucional, Nesse sentido:

[...] as decisões dos juízes são uma função do que eles preferem fazer, moderadas pelo que eles pensam que deveriam fazer, mas constrangidas pelo o que percebem que é possível fazer. Os indivíduos tomam decisões, mas o fazem no contexto de restrições do grupo, institucionais e ambientais. (GIBSON, 1983, p. 32).

3.2 Competências Jurisdicionais

Para fins organizacionais, a atividade jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário é distribuída entre seus diversos órgãos tendo como critério tanto questões materiais quanto territoriais. É a denominada competência jurisdicional, estabelecida pela própria Constituição Federal. Nesse sentido, embora todo órgão e todo membro do Poder Judiciário esteja investido no poder jurisdicional do Estado, que é uno, a sua atuação é dividida e está limitada pelos ditames estabelecidos pelo texto constitucional, não podendo, por exemplo, um juiz estadual solucionar litígios da esfera federal por não corresponder às suas atribuições legais (THEODORO JÚNIOR, 2009).

As competências do STF estão estabelecidas nos artigos 102 e 103 da Constituição Federal e podem ser divididas do ponto de vista doutrinário em: competência originária e competência recursal.

3.2.1 Competência Originária

O Supremo Tribunal Federal pode ser acionado de forma direta, ou seja, antes que o litígio em causa tenha sido proposto ou apreciado por nenhum outro órgão do Poder Judiciário. Nessas situações a questão será analisada de forma originária e em única instância¹¹.

A principal função do Supremo Tribunal Federal na atual ordem jurídica brasileira é atuar como um Tribunal Constitucional, ou seja, como uma Corte especializada para lidar com questões constitucionais. Moraes (2007) destaca que a jurisdição constitucional tem quatro funções: garantir a regularidade do Estado democrático de Direito; garantir a supremacia dos direitos e garantias fundamentais; garantir o bom funcionamento dos poderes públicos e a separação dos Poderes e, por fim, exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Além dessas funções originárias, que são compartilhadas pelos diversos Tribunais Constitucionais existentes internacionalmente, ao STF ainda foram atribuídas outras funções, quais sejam: a) processar e julgar nas infrações penais comuns o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; b) processar e julgar nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade (infrações político-administrativas cometidas no desempenho de função pública), os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (com exceção dos casos de conexão de crimes com o Presidente da República), os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; c) processar e julgar o *habeas-corpus* (ação que visa proteger o direito de ir e vir) quando o direito violado referir-se a qualquer das pessoas referidas nas hipóteses anteriores; d) processar e julgar o mandado de segurança (medida impetrada para proteger direito líquido e certo violado ou ameaçado por ato ilegal de

¹¹ Instância refere-se ao grau de hierarquia do Poder Judiciário. A primeira instância, composta pelos juízes singulares, é onde usualmente se iniciam as ações; a segunda instância, formada pelos Tribunais, é onde são julgados os recursos resultantes do inconformismo de uma ou de ambas as partes com relação à decisão prolatada em primeira instância; a terceira instância é representada pelos Tribunais Superiores, que julgam os recursos dos tribunais de segunda instância (THEODORO JÚNIOR, 2009).

autoridade) e o *habeas-data* (medida que visa garantir o acesso de uma pessoa a informações sobre ela que integrem parte de arquivos ou bancos de dados de entidades governamentais ou públicas) contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; e) processar e julgar o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; f) processar e julgar as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta; g) processar e julgar a extradição solicitada por Estado estrangeiro; h) processar e julgar o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior ou quando o coator ou o coagido for autoridade ou funcionário cujos atos estejam sujeitos diretamente à jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ou se trate de crime sujeito à mesma jurisdição em uma única instância; i) processar e julgar a revisão criminal e a ação rescisória (ação que pede anulação de uma decisão judicial em que não cabe mais recurso) de seus julgados; j) processar e julgar a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões; l) processar e julgar a execução de sentença nas causas de sua competência originária, facultada a delegação de atribuições para a prática de atos processuais; m) processar e julgar a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados, e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados; n) processar e julgar os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal; o) processar e julgar o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; p) processar e julgar o mandado de injunção (medida que requer a regulamentação de uma norma da Constituição, quando os Poderes competentes não o fizerem), quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, das Mesas de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal; q) processar e julgar as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério; u) processar e julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental (medida que objetiva evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público) (BRASIL, 1988).

Como observado, as competências jurisdicionais do Supremo Tribunal Federal são amplas e abarcam diferentes matérias, o que tem merecido críticas por parte de alguns

estudiosos que, pautados no crescente número de casos sob responsabilidade da Corte, sustentam que o Supremo Tribunal Federal tem se tornado moroso e ineficiente, impossibilitado de exercer seu papel de guarda da Constituição de forma efetiva. Veríssimo (2008, p. 410), ao analisar as mudanças do STF perpetradas pela Constituição Federal de 1988 destaca que esse processo de ampliação de deveres da Corte:

[...] soterrou essa mesma corte debaixo de uma avalanche de processos, obrigando-a a conciliar esse seu papel político, de instância de revisão e segundo turno da política representativa, com um papel bem mais “rotineiro” de prestador de serviços forenses, de “terceira instância” na estrutura judiciária tradicional de solução de disputas individuais. E assim é que, um ano antes de ser promulgada a atual Carta Constitucional, em 1987, computavam-se nas estatísticas de julgamento do órgão 20.122 casos resolvidos em doze meses. Vinte anos depois, ou seja, em 2007, essas mesmas estatísticas registravam 159.522 casos para o mesmo período de tempo.

No mesmo sentido, Vieira (2008) vai destacar que o constituinte, a fim de proteger o documento produzido por ele contra eventuais ingerências do corpo político, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal funções que, em outros Estados democráticos, encontram-se divididas em pelo menos três tipos de órgãos, quais sejam: os tribunais constitucionais, os foros judiciais especializados e os tribunais de última instância. Nesse sentido:

A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador (VIEIRA, 2009, p. 445).

Diante da amplitude de atribuições referentes à competência jurisdicional originária do Supremo Tribunal Federal e tendo como base os dados obtidos na presente pesquisa, analisar-se-á neste subtópico apenas uma de suas atribuições, qual seja: processar e julgar as ações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

3.2.1.1 Ação direta de inconstitucionalidade genérica

A ação direta de inconstitucionalidade (Adin) é o meio através do qual se discute a compatibilidade de lei ou ato normativo federal, distrital ou estadual com a Constituição Federal. Trata-se de ação cujo objetivo principal é declarar a inconstitucionalidade de uma norma, ou seja, a sua incompatibilidade com o texto constitucional. Referida incompatibilidade pode se dar tanto no âmbito formal quanto material.

A inconstitucionalidade formal refere-se à inobservância da lei ou ato normativo ao processo legislativo exigido para sua elaboração e aprovação e envolve, especialmente, questões relativas ao poder de iniciativa legislativa. Já a inconstitucionalidade material refere-se à compatibilidade da norma em discussão com o conteúdo do texto constitucional (MORAES, 2007).

As Adins se inserem no contexto maior do controle de constitucionalidade, uma das principais inovações no campo da proteção e garantia dos direitos fundamentais civis, políticos e sociais. Como destaca Moraes (2007, p. 675):

O controle de constitucionalidade configura-se como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição que, além de configurarem limites ao Poder do Estado, são também uma parte de legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

O objetivo da ação direta de inconstitucionalidade é excluir do ordenamento jurídico a lei ou ato normativo a que se atribui a ofensa à Constituição Federal. Trata-se de medida que permite ao Poder Judiciário invalidar normas produzidas tanto no âmbito do Poder Legislativo quanto no âmbito do Poder Executivo e, por essa razão, constituem-se em um dos principais instrumentos da judicialização da política. Nesse sentido Vianna, Burgos e Salles (2008, p 43-44) destacam que:

Como escoadouro de conflitos entre sociedade e Estado, dos que nascem no próprio interior da administração pública e da federação, e instrumento de trabalhadores e empresários, elas [as Adins] fazem com que o país, sob a forma como se apresenta hoje, não seja mais governável sem elas. Aqui, além de ser instrumento da defesa de minorias, sua origem constitucional clássica, a Adin também é recurso institucional estratégico de governo, instituindo, na prática, o Supremo Tribunal Federal como um conselho de Estado do tipo prevalecente em países de configuração unitária.

Podem ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade: leis complementares; leis ordinárias, leis delegadas; medidas provisórias; decretos legislativos; resoluções; normas

constitucionais estaduais bem como todos os atos que tenham conteúdo normativo, ou seja, que estabeleçam um dever-ser.

Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade de acordo com o art. 103 da Constituição Federal o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Destaque-se que a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal e as confederações sindicais ou entidade de classe de âmbito nacional devem comprovar a sua relação de interesse e pertinência com o objeto da Ação direta de inconstitucionalidade que pretendem propor (BRASIL, 1988).

Um importante ator do processo de discussão e de construção da decisão judicial no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade é a figura do *amicus curiae* ou “amigo da Corte”, instituída pela lei nº 9.868/99. Em regra não é permitido aos não legitimados pelo artigo 103 da CF imiscuírem-se nas Adins, ainda que nelas existam interesses sociais que não estejam contemplados pelos proponentes estabelecidos no texto constitucional, como é comum ocorrer em demandas que se relacionam ao direito da educação. Nesses casos, a citada lei permite que o Ministro Relator admita a manifestação de outros órgãos, entidades ou pessoas, objetivando uma análise mais aprofundada e fundamentada da questão em debate. Trata-se de medida que visa dar legitimidade e efetividade à atuação do STF e que assume especial importância no contexto da judicialização da política que, ao aproximar à Corte de questões sobre as quais normalmente não tem amplo conhecimento, exige a atuação conjunta entre os membros do Poder Judiciário e os demais membros da sociedade. Nesse sentido Moraes (2007, p. 725) destaca que “torna-se importante a possibilidade do *amicus curiae*, permitindo-se ao Tribunal o conhecimento pleno das posições jurídicas e dos reflexos diretos e indiretos relacionados ao objeto da ação [...]”.

Além da figura do *amicus curiae* outra forma de democratizar o acesso ao STF e garantir a efetividade de suas decisões é a realização de audiências públicas. Como destaca Vieira (2008, p. 448):

[...] surgiram as audiências públicas, em casos de grande relevância, que trazem ao Tribunal especialistas, militantes e acadêmicos, que não se reportam ao Tribunal em termos necessariamente jurídicos, mas, sim,

técnico-políticos, agregando uma enorme quantidade de argumentos consequencialistas ao processo decisório do Tribunal. Os casos das células-tronco e dos anencéfalos são uma demonstração do potencial politizador deste mecanismo.

Em regra, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma tem efeito em relação a todos (*erga omnes*) e é retroativa (*ex tunc*), desfazendo qualquer ato anterior que tenha se fundamentado na norma declarada incompatível com o texto constitucional, independentemente de quem o tenha praticado (Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário ou demais membros da sociedade). Ademais, as decisões do Supremo Tribunal Federal no âmbito das ações diretas de inconstitucionalidade vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nos âmbitos federal, estadual e municipal (BRASIL, 1988).

Isso quer dizer, como esclarece Moraes (2007, p. 733) que “uma vez proferida a decisão pelo STF, haverá uma vinculação obrigatória em relação a todos os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, que deverão pautar o exercício de suas funções na interpretação constitucional dada pela Corte Suprema [...]”. Destaque-se que essa vinculação, segundo o entendimento do Supremo Tribunal Federal¹², não ocorre em relação ao Poder Legislativo que poderá editar norma que contrarie o conteúdo da decisão de inconstitucionalidade do STF. Nesse mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal¹³ entendeu que o efeito vinculante da decisão no âmbito da ação declaratório de inconstitucionalidade não alcança a própria Corte que poderá examinar novamente questão já decidida na esfera do controle de constitucionalidade.

Destaque-se que, excepcionalmente é possível ao STF modular os efeitos de sua decisão em sede da ação direta de inconstitucionalidade em razão da segurança jurídica ou de excepcional interesse social, optando por restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou ainda decidindo que referida decisão só valha a partir de um determinado momento fixado pela Corte (BRASIL, 1999).

3.2.1.2 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) é cabível nos casos em que o poder público se abstém de efetivar um dever atribuído a ele pela Constituição Federal

¹² Cf. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na *Reclamação* 2617, DJ 20/05/2005, Min. Cesar Peluso.

¹³ Cf. Supremo Tribunal Federal, Ação direta de inconstitucionalidade 1675, DJ 26/11/2003, Min. Carlos Velloso.

assumindo, portanto, especial importância no campo da efetividade dos direitos fundamentais sociais, dentre os quais a educação (MORAES, 2007). Trata-se de medida que visa coibir e corrigir a omissão estatal e, conseqüentemente, a falta de efetividade das normas constitucionais.

O objeto da ADO, de acordo com a lei nº 9.868/99, pode se referir tanto ao dever constitucional de legislar, cabível no caso das denominadas normas de eficácia limitada quanto ao dever da Administração de efetivar os deveres constitucionais atribuídos a ela (BRASIL, 1999).

Caso a omissão seja imputável a órgão da Administração Pública, as providências necessárias para garantia a efetividade da norma constitucional em debate deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Supremo Tribunal Federal. Caso a omissão seja imputável ao Poder Legislativo, o texto constitucional não estabelece prazo para adoção das medidas legislativas cabíveis (BRASIL, 1988).

3.2.2 Competência Recursal

Além da competência originária, o Supremo Tribunal Federal também exerce a função de via recursal através de duas espécies de recursos: ordinário e extraordinários. Nestes casos, o STF estará atuando em última instância, ou seja, as decisões tomadas em seu âmbito não poderão ser requestionadas perante outro órgão do Poder Judiciário, tornando-se definitivas (MORAES, 2007). Tendo em vista o objeto do trabalho bem como os dados obtidos na presente pesquisa, analisaremos de forma mais aprofundada apenas o recurso extraordinário e o agravo regimental.

3.2.2.1 Recurso extraordinário

O recurso extraordinário é cabível quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo da Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição e d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal (BRASIL, 1988).

3.2.2.2 Agravo Regimental no Recurso Extraordinário

O Agravo Regimental, também denominado agravo interno, é um espécie de recurso judicial previsto nos Regimentos Internos dos Tribunais com o objetivo de provocar a revisão de suas próprias decisões. Esse recurso é cabível quando decisão monocrática (de um único magistrado) negar um recurso interposto e tem como intuito levar a decisão denegatória ao conhecimento do órgão colegiado competente para que esse, de forma definitiva, se manifeste sobre o resultado do recurso (MORAES, 2007).

Especificamente quanto ao Agravo Regimental no Recurso Extraordinário, este será cabível de decisão monocrática do Presidente do Supremo Tribunal Federal, de Presidente de Turma ou do Relator, que negar pedido especificado em um recurso extraordinário, causando prejuízo à parte recorrente (STF, 2012).

3.3 O julgamento dos acórdãos

As sessões de julgamento das ações impetradas perante o STF obedecem a um procedimento previamente determinado no regimento interno da Corte. Inicialmente, o Ministro Relator do processo, sorteado de forma aleatória através de sistema informatizado, procede à leitura do relatório, em que descreve a controvérsia constitucional e apresenta os fatos em debate. Abre-se, então, oportunidade para as sustentações orais dos advogados e representantes do Ministério Público bem como para possíveis interessados habilitados pelo STF. Em seguida, os Ministros proferem seus votos de forma oral e pública, abrindo-se espaço para o debate entre os mesmos (BRASIL, 2012).

Caso algum dos membros do STF entenda, durante a sessão do julgamento, pela necessidade de se aprofundar sobre o tema em discussão, poderá requerer vista do processo. Trata-se de procedimento em que se suspende a sessão de julgamento para que o Ministro solicitante analise a controvérsia em debate no processo de forma a construir sua argumentação e posicionamento. Destaque-se que até 2003 não havia prazo para que os Ministros devolvessem os processos sob os quais haviam requerido vista. Após a promulgação da Resolução 279/03, no entanto, esse prazo foi estabelecido em 30 dias. (Ibid).

Finalizada a sessão de julgamento, é dever do Relator do processo redigir o acórdão, que será publicado na imprensa oficial e na página oficial do Supremo Tribunal Federal.

CAPÍTULO IV: DECISÕES JUDICIAIS EDUCACIONAIS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2003-2012)

Neste capítulo serão apresentadas e analisadas as decisões judiciais relacionadas ao direito à educação de crianças e adolescentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal no período de 2003 a 2012. A exposição e análise dos documentos judiciais foram desenvolvidas a partir da organização dos acórdãos por pertinência temática. Saliente-se que parte das decisões judiciais apresentadas, por sua singularidade, foram expostas e analisadas de forma isolada, uma vez que não encontravam similitude com as demais decisões do STF sobre a temática educacional.

Em razão do grande número de atribuições do Supremo Tribunal Federal, os acórdãos julgados por ele sobre a temática do direito educacional de crianças e adolescentes, envolveram diferentes questões, referentes: ao acesso à educação infantil; à manutenção de turma do ensino fundamental na modalidade “Educação de Jovens e Adultos”; à responsabilidade estatal na garantia ampla do direito à educação; ao financiamento da educação; à contratação temporária de profissionais da educação pública; à escolha de dirigentes de estabelecimentos de ensino mediante eleições diretas; ao poder de regulação estatal em relação aos estabelecimentos privados de ensino; à constitucionalidade da Meia-entrada; à omissão do Presidente da República em relação à erradicação do analfabetismo no país e à implementação do ensino fundamental para todos; à constitucionalidade do piso salarial profissional para os profissionais do magistério público da educação básica; ao conflito entre os Poderes Legislativo e Executivo na elaboração de normas para a educação e ao conflito entre a União e os Estados Membros na elaboração legislativa na temática educacional.

Do conjunto de acórdãos analisados, observou-se que a temática mais presente no Supremo Tribunal Federal em relação ao direito à educação no período de 2003 a 2012 refere-se às demandas por acesso a vagas na educação infantil, representativas de 20% das ações analisadas. Em seguida, estão os acórdãos referentes ao conflito entre os Poderes Legislativo e Executivo na elaboração de normas para a educação, com seis ações analisadas (cerca de 17%); às ações relativas à contratação temporária de profissionais da educação pública, com 5 acórdãos (cerca de 14%); aos acórdãos referentes ao conflito entre União e os Estados Membros na elaboração legislativa na temática educacional, com 4 acórdãos (cerca de 11,5%); as ações relativas à responsabilidade estatal na garantia ampla do direito à educação e as relativas ao financiamento educacional, ambas com 3 acórdãos cada (cerca de

8,5%) e os acórdãos relativos ao poder de regulação do Estado em relação aos estabelecimentos privados de ensino, com duas decisões (cerca de 5,5%). As demais temáticas estão representadas por apenas um acórdão.

Serão apresentados a seguir os conteúdos das decisões judiciais coletadas, com destaque para a argumentação desenvolvida pelos Ministros e o resultado das ações e recursos selecionados. Ainda, fundamentando-se na produção bibliográfica existente sobre as temáticas expostas nas decisões judiciais, serão apresentadas considerações sobre as principais questões educacionais analisadas nos acórdãos coletados.

4.1 Acesso à educação infantil

Das 35 ações judiciais analisadas, 7 referem-se a demandas relacionadas ao direito de acesso à educação infantil. Para efeito da pesquisa, entende-se como acesso à educação infantil as demandas judiciais que tratam da requisição de matrícula em creche e/ou pré-escola.

Trata-se da categoria com maior semelhança entre as demandas, tanto em relação ao seu objeto (pedido), quanto em relação às argumentações desenvolvidas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual se optou pela análise conjunta das decisões.

Embora as primeiras demandas judiciais relacionadas ao direito à educação infantil no Supremo Tribunal Federal datem de 2004 (AI 455802/SP, AI 475751/SP, RE 401673/SP, RE 402024/SP e RE 411418/SP)¹⁴, a primeira decisão tomada de forma definitiva e coletiva, contando com a participação de todos os membros do STF (exceto aqueles justificadamente ausentes) ocorreu apenas em 22 novembro de 2005, com a decisão do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410715, relatada pelo Min. Celso de Mello. Até esse momento todas as decisões consubstanciaram-se em decisões monocráticas, espécie de decisão tomada por apenas um ministro e que analisa pedidos ou recursos processualmente ou materialmente improcedentes ou ainda que contrariem a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1973).

Além de ser o primeiro acórdão sobre a temática proferido pelo STF, o AgRgRE nº 410715 é também umas das mais detalhadas e fundamentadas decisões sobre o direito à educação existentes na Corte, servindo como parâmetro para as posteriores decisões sobre o

¹⁴ Dados disponíveis em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 10 jan. 2013.

direito à educação infantil e, mesmo, para outras demandas relacionadas a diferentes direitos sociais.

Nesse acórdão ficou consubstanciado de forma unânime que: a) a educação infantil constitui-se em direito fundamental social indisponível de toda criança passível, portanto, de exigibilidade judicial imediata; b) o art. 208, IV da CF em conjunto com os artigos 205 e 227 da CF, impõe ao Estado (em sentido amplo) o dever de garantir o acesso e o atendimento das crianças de zero a seis anos de idade à creche e pré-escola; c) cabe ao Poder Judiciário —especialmente o STF em razão de sua dimensão política— atuar na formulação e implementação de políticas públicas nos casos em que os demais órgãos ou Poderes estatais competentes não o fizerem, descumprindo expressos mandamentos constitucionais, como é o caso do direito à educação infantil; d) a mera alegação de escassez de recursos públicos (“reseva do possível”) por parte da Administração Pública, sem comprovação objetiva, não é suficiente para negar a exigibilidade imediata do direito à educação infantil e e) é dever do Município garantir prioritariamente o acesso e atendimento das crianças de zero a seis anos de idade à educação infantil como estabelecido pelo art. 211, § 2º, da Constituição Federal.

Os acórdãos seguintes, AgRgRE 463210/SP de 06/12/2005, AgRgRE 384201/SP de 26/04/2007, AgRgRE 592937/SC de 12/05/2009, AgRgRE 595595/SC de 28/04/2009 e AgRgRE 464143/SP de 15/12/2009, seguem o mesmo fundamento e conteúdo do acórdão pioneiro, garantindo o direito de acesso à educação infantil às crianças que pleitearam a ação.

No acórdão AgRgRE 639337/SP, julgado em 23/08/2011 e cujo relator é o Min. Celso de Mello, a novidade encontra-se no fato de que, além de garantir o direito de acesso à creche e pré escola às crianças de 0 a 5 anos, o Supremo Tribunal Federal estatuiu que é dever do Estado (em sentido amplo), quando assim solicitado, garantir que o acesso a essa etapa de ensino ocorra em unidades escolares próximas à residência da criança ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais. Ademais, em referida decisão, além dos fundamentos já expostos na decisão AgRgRE nº 410715, o ministro relator consubstanciou que: a) o direito à educação bem como o direito à proteção integral da criança, integram a noção de mínimo existencial, conjunto de prerrogativas sem as quais não é possível garantir uma existência digna e por essa razão a sua garantia não está sujeita a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, sendo seu dever garantir dotação orçamentária para tanto; b) uma vez garantido constitucionalmente pelo Estado o direito à educação infantil, é dever do Poder Público torná-los efetivos e preservá-los, sob pena de desrespeitar o princípio da proibição do retrocesso social.

Do conjunto de decisões analisadas nessa categoria, observou-se que todas as ações judiciais foram impetradas em desfavor de Municípios, mais precisamente do Município de Santo André (4 decisões); Criciúma (2 decisões) e São Paulo (1 decisão). Essa prevalência dos Municípios no pólo devedor do direito à educação infantil pode ser justificada pela própria redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996 ao art. 211, § 2º, da Constituição Federal, que estabeleceu que cabe aos Municípios atuar de forma prioritária na garantia da educação infantil (BRASIL, 1988).

Em síntese, os Municípios alegaram que não estavam constitucionalmente obrigados a garantir o acesso à educação infantil pleiteado judicialmente uma vez que: a) a oferta de educação pública, inclusive na etapa da educação infantil, é de responsabilidade do Estado em sentido amplo e não somente dos Municípios; b) a ampliação de vagas na educação infantil demanda organização e planejamento típico da Administração, não podendo ser efetivada através de decisões judiciais; c) as unidades de ensino de educação infantil existentes no município já operam acima do limite de vagas e da capacidade das salas de aula, prejudicando tanto a qualidade do ensino quanto a organização financeira e administrativa do Município; d) indevida ingerência do Poder Judiciário na atuação do Poder Executivo, violando o princípio da independência dos Poderes; e) escassez de recursos públicos formulada sob a designação da “reserva do possível”; f) a efetividade da norma que garante a educação infantil está condicionada à discricionariedade da Administração, não podendo ser exigida judicialmente.

É importante destacar ainda que 6 das 7 ações judiciais analisadas visando a garantia do direito à educação infantil foram impetradas pelo Ministério Público, o que pode ser justificado pelas funções e competências atribuídas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente à referida instituição, qual seja, zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais cabíveis (BRASIL, 1990).

Observou-se por fim que todas as demandas por acesso à educação infantil analisadas referiam-se a demandas individuais. Nesse sentido, Silveira (2010) já afirmou que em demandas envolvendo a tutela de direitos individuais educacionais os Tribunais têm atuado de forma quase unânime no sentido de garantir o direito de acesso à vaga em estabelecimento de ensino enquanto em demandas difusas e coletivas não há ainda a consolidação de um posicionamento no mesmo sentido.

4.2 Manutenção de turma do ensino fundamental na modalidade “Educação de Jovens e Adultos”

O Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 658491, julgado de 20/03/2012, foi proposto pelo Estado de Goiás com o objetivo de reverter decisão do Tribunal de Justiça de Goiás que estabeleceu a manutenção de uma turma do ensino fundamental na modalidade “Educação de Jovens e Adultos” previamente extinta pela requerente durante o curso do ano letivo.

Alega o Estado de Goiás que a extinção da turma foi regular uma vez que: a) apenas 6 alunos estavam frequentando as aulas; b) existia a possibilidade de que os alunos matriculados na referida turma frequentassem o ensino regular; c) a abertura e o encerramento de turmas escolares integram o rol de atribuições típicas da Administração, estando sujeitas ao juízo de conveniência e oportunidade do Administrador; d) embora a educação seja direito de todos e dever do Estado, a Constituição Federal não garantiu tratamento exclusivo a nenhum estudante que, tendo a opção de frequentar o ensino regular, não poderá demandar a matrícula e frequência em turma específica e e) a manutenção da referida turma importaria em dispêndio de recursos públicos.

O Min. Relator Dias Toffoli, acompanhado de forma unânime pelos demais membros do STF, negou seguimento ao recurso do Estado de Goiás e manteve a decisão do Tribunal de Justiça daquele Estado. O Min. Relator asseverou que: a) o art. 205 da Constituição Federal estabelece a educação como direito de todos enquanto o art. 208, I, do mesmo diploma, estipula como dever do Estado efetivar a educação mediante a garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria; b) cabe ao Poder Judiciário analisar a legalidade de atos administrativos quando o ente político responsável descumprir os encargos político-jurídicos que sobre ele incide de maneira a comprometer com a sua inércia a eficácia e integridade dos direitos sociais constitucionais; c) não há comprovação por parte do Estado de Goiás em relação à existência de turmas na rede regular de ensino para as quais os alunos que frequentam a turma do EJA possam ser transferidos sem prejuízo do seu aprendizado; d) houve prévia dotação orçamentária para a criação do programa “EJA- Ensino de Jovens e Adultos”, sendo incabível a alegação de falta de recursos.

Há três pontos de destaque na decisão do Min. Relator Dias Toffoli. O primeiro refere-se à extensa fundamentação teórica e jurisprudencial presente no acórdão: o referido Ministro baseou-se em diversas decisões judiciais precedentes sobre a temática do direito à educação e

em pesquisadores da área do direito educacional e constitucional. Não se utilizou, no entanto, de nenhum autor da área da educação.

Outro ponto de destaque na decisão do Ministro refere-se à sua preocupação com os aspectos fáticos da demanda. Além da discussão teórica presente na decisão, observa-se que o Relator buscou na decisão impugnada analisar questões como: disponibilidade orçamentária do ente público; existência de salas que pudessem comportar a transferência dos alunos motivadores da ação e, ainda, o eventual prejuízo ao aprendizado dos alunos.

Por fim destaque-se que a decisão ora analisada representa importante marco no Supremo Tribunal Federal uma vez que estabelece não apenas o direito do estudante de acesso à vaga em um estabelecimento de ensino qualquer, e sim a garantia de permanência dos alunos em uma turma específica, adequada às suas características e condições de vida. Trata-se, portanto, da escolha do aluno e não da conveniência do Administrador.

Além da previsão do art. 208, I da Constituição Federal, o dever do Estado na garantia de oferta de educação escolar para jovens e adultos também está previsto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional em seus artigos 4º, VII; 37 e 38.

O art. 37 do referido documento esclarece que a educação de jovens e adultos é destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos na idade própria. O mesmo artigo, em seu parágrafo 1º, destaca que essa modalidade de educação deverá ser oferecida de forma gratuita, através de cursos e exames e respeitando as características do alunado, seus interesses e condições de vida e de trabalho. O art. 4º da LDB, por sua vez, estabelece em seu inciso VII que é dever do Estado garantir a oferta de educação escolar regular para jovens e adultos, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades (BRASIL, 1996).

Através da análise conjunta dos dois dispositivos, Sari (2004) compreende que a legislação educacional estipulou duas formas de atendimento escolar aos jovens e adultos: através da rede regular de ensino ou por meio de cursos e exames supletivos. Haddad e Di Pierro (2000), no entanto, apontam, ao contrário, que a Lei de Diretrizes e Bases da educação de 1996 teve como uma das principais inovações com relação às legislações precedentes a previsão de um único sistema de educação, integrando a EJA ao ensino básico comum mas afirmando a garantia de atendimento às especificidades do alunado. Esse seria o motivo da utilização da expressão “educação escolar regular para jovens e adultos” presente no art. 4º, VII da LDB e não da expressão “rede regular de ensino” prevista, por exemplo, no inciso III do mesmo artigo com relação à educação especial.

Embora aparentemente sutil, essa discussão é importante por estar refletida no acórdão em análise. De um lado, o Estado de Goiás afirma que a extinção da turma na modalidade EJA é legal tendo em vista que os alunos que a frequentam poderão frequentar uma turma de ensino fundamental na rede regular de ensino e que não é direito subjetivo dos jovens e adultos em questão o atendimento educacional em uma turma especialmente criada para atender suas necessidades. Já o Tribunal de Justiça de Goiás, acompanhado pelo STF, destaca que a educação do jovem e adulto deverá atender às características do alunado, não havendo possibilidade de se matricular referidos alunos em uma turma regular do ensino fundamental. A única transferência possível seria para outra turma na modalidade “EJA”.

4.3 Responsabilidade estatal na garantia ampla do direito à educação

Para além da garantia do acesso a vagas em estabelecimentos de ensino, o Estado tem sido demandado judicialmente para garantia de outras dimensões do direito à educação. Nesse contexto, agrupam-se nesse subtópico as 3 decisões que se referem à responsabilidade do Estado em propiciar não apenas o direito individual de acesso ao ensino, mas também a garantia dos meios que viabilizem amplamente o exercício do direito social à educação.

O agravo regimental no recurso extraordinário nº 594.018, julgado em 23/06/2009, refere-se a recurso interposto pelo Estado do Rio de Janeiro objetivando a reforma de decisão do próprio STF que compeliu o recorrente a suprir a carência de professores em unidades de ensino público localizadas no Município de São Gonçalo. Trata-se, na origem, de ação civil pública interposta pelo Ministério Público estadual e que objetivou a contratação de professores a fim de suprir a carência de material humano que acomete a rede de ensino público de referido município. Tendo em vista que o processo de origem encontra-se em segredo de justiça, não foi possível ter acesso aos detalhes do pedido estabelecido pelo Ministério Público Estadual. É importante destacar que, ao julgar a referida ação civil pública, o Tribunal de Justiça estadual entendeu pela sua improcedência, acatando os argumentos do Estado do Rio de Janeiro no sentido de que o Poder Judiciário não está autorizado a invadir a área de atuação do Poder Executivo e argumentando que a contratação de docentes na rede pública estadual integra o campo de discricionariedade administrativa, onde é incabível a atuação judicial.

Em sentido contrário, o STF reformou a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, decidindo por unanimidade que: a) a educação é direito fundamental e indisponível

do indivíduo; b) é dever do Estado garantir os meios que viabilizem o exercício do direito à educação; c) embora a prerrogativa de formular e executar políticas públicas resida primariamente nos Poderes Legislativo e Executivo, é possível ao Poder Judiciário determinar que as políticas públicas estabelecidas constitucionalmente sejam implementadas pelos órgãos omissos.

A segunda decisão analisada nessa categoria, o agravo regimental no recurso extraordinário nº 603.575, foi julgada em 20/04/2010 e teve como objeto recurso interposto pelo Estado de Santa Catarina objetivando a reforma de decisão do próprio STF que o compeliu a repassar verbas suficientes ao Município de Benedito Novo para o transporte gratuito de alunos da rede estadual de ensino. Tal qual na decisão anteriormente analisada, trata-se na origem de ação civil pública proposta pelo Ministério Público estadual e julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina pelos mesmos argumentos de ingerência indevida do Poder Judiciário em área tipicamente administrativa. Também nesse caso o Supremo Tribunal Federal reformou a decisão do Tribunal estadual e estabeleceu, por idênticos argumentos, que é dever do Estado garantir o direito fundamental à educação bem como os meios que viabilizem seu exercício.

Embora a Corte não tenha analisado de forma específica a questão do direito ao transporte escolar, é de se destacar que a Constituição Federal estabelece em seu art. 208, inciso VII, que é dever do Estado – em sentido amplo- atender ao educando em todas as etapas da educação básica através de programas suplementares de transporte escolar. Mais especificamente, a LDB estabelece em seus artigos 10 e 11 (com a redação promovida pela Lei nº 10.709/03) que cabe aos Estados membros assumir o transporte escolar dos alunos da rede estadual e aos municípios o transporte dos alunos da rede municipal. No caso em análise observa-se que, sendo dever do Estado Membro garantir o transporte escolar dos alunos matriculados em sua rede de ensino, é sua responsabilidade garantir os recursos necessários para a garantia desse direito, ainda que, como no caso, ele esteja sendo executado pelo Município. É de se sobressair, no entanto, que o STF não analisou essas questões, optando por fundamentar sua decisão no argumento mais amplo de que sendo a educação direito fundamental cabe à Administração garanti-lo amplamente e ao Poder Judiciário compelir aos órgãos omissos que o garantam.

A última decisão analisada nesse subtópico refere-se ao Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 635.679, julgado em 06/12/2011 e proposto pelo Estado de Goiás objetivando a reforma de decisão do Tribunal de Justiça daquele Estado. Trata-se, na origem,

de ação civil pública proposta pelo Ministério Público de Goiás pleiteando a construção de salas de aula em número suficiente ao adequado atendimento da população e em cumprimento ao art. 4º, inc. IX, da LDB, que estabelece que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem e também em cumprimento ao art. 34 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação de Goiás que estabelece a relação adequada entre o número de alunos e o professor, de modo que este seja prestado com qualidade e no prazo de seis meses.

Também nesse caso, o STF por unanimidade acatou a ação civil pública proposta por entender que cabe ao Poder Judiciário determinar que o Poder Executivo adote medidas que assegurem o direito à educação quando esse não o faça espontaneamente. O interessante de destacar nessa decisão é que, pela primeira vez, o STF irá salientar que o dever do Estado com a educação envolve também uma dimensão de qualidade. Na realidade, é a primeira ementa da Corte em que a questão da qualidade da educação é citada, ainda que o seu conteúdo não seja debatido pelos Ministros.

A questão da exigibilidade judicial do direito à qualidade do ensino é complexa, pois se de um lado observa-se que a Constituição Federal (art. 206, inc. VII) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (art. 4º, inc. IX) garantem o padrão de qualidade de ensino como um dos princípios norteadores da educação no país, deve-se salientar também que a discussão em torno do conceito de qualidade educacional extrapola em múltiplos aspectos a simples análise jurídica. De fato, a qualidade da educação, como objeto social, político e ideológico que é, apresenta-se como conceito polissêmico e em constante evolução, tornando complexa sua análise através do Poder Judiciário. Nesse sentido Oliveira e Araújo (2005, p. 6 e 8) destacam que “é muito difícil, mesmo entre os especialistas, chegar-se a uma noção do que seja qualidade de ensino [...] provavelmente, essa questão terá múltiplas respostas, seguindo valores, experiências e posição social dos sujeitos.”

Em termos legais, tanto a Constituição Federal quanto a LDB tratam da qualidade de forma aberta e carente da objetividade necessária para que a questão da qualidade educacional seja colocada perante o Poder Judiciário. Para que demandas judiciais relacionadas com essa dimensão do direito à educação sejam possíveis, seria necessário que se estabelecessem parâmetros de referência para a definição do “padrão de qualidade” exigido nas normas constitucionais e legais. Importante destacar que na decisão anteriormente descrita, esses parâmetros de qualidade estavam estabelecidos objetivamente pela Lei de Diretrizes e Bases

da Educação de Goiás, razão pela qual o STF não discutiu o conceito de qualidade além do estabelecido legalmente.

Destaque-se ainda que a própria construção de indicadores e parâmetros de qualidade que permitam a análise dessa dimensão do direito à educação pelo Poder Judiciário deve ser discutida com cautela, uma vez que:

Além da multiplicidade de formas, os indicadores de qualidade devem ser dinâmicos e constantemente debatidos e reformulados, visto que as diversas expectativas e representações sociais integram um contexto histórico mais amplo e em constante movimento. Assim, a tarefa de definição dos indicadores de qualidade não é somente técnica, mas também política, ou seja, definir insumos e parâmetros para um ensino de qualidade requer uma análise dos custos, das condições reais, dos objetivos que se almeja e das expectativas sociais em torno do processo de escolarização. (OLIVEIRA; ARAÚJO, 2005, p. 18).

Interessante observar que a discussão da qualidade do ensino pelo Poder Judiciário já é realidade nos Estados Unidos há mais de duas décadas, através das denominadas “adequacy litigations”; embora ainda hoje seja uma das questões mais polêmicas no campo do direito à educação norte americano (REBELL, 2002). Trata-se, na realidade, de múltiplas demandas impetradas em face das Cortes Estaduais pleiteando o direito a uma educação “adequada” ou “eficiente”, com base em dispositivos constitucionais estaduais. O principal argumento presente nessas demandas é o de que não basta que o financiamento educacional seja igual entre os diferentes distritos escolares, é preciso que eles sejam suficientes para garantir uma educação adequada, com um mínimo de qualidade para todos, ainda que isso signifique que determinado distrito, com menor arrecadação fiscal, receba maiores recursos financeiros. Embora as questões orçamentárias representem o principal ponto das “adequacy litigations”, não são os únicos. Em diversas Cortes estaduais, asseverou-se que uma educação de qualidade não pode ser garantida apenas através de medidas fiscais, exigindo-se dos Poderes Legislativos diversas medidas que garantam uma educação adequada para todos, dentre as quais a definição de indicadores de desempenho dos alunos que permitam o controle da qualidade educacional pelo Poder Judiciário (WEST; PETERSON, 2007).

Observa-se pela análise das três decisões supra expostas que o Supremo Tribunal Federal adotou posicionamento unânime no sentido de que a garantia do direito à educação é integrada não apenas pelo direito individual de acesso a vagas mas também por um complexo de garantias educacionais coletivas que vão muito além daquele de ter todas as crianças e adolescentes matriculados em um estabelecimento de ensino. Tem-se, então, a partir dessa constatação, de compreender o conteúdo da própria educação como direito fundamental. Não

se trata mais de qualquer educação, mas daquela cujas balizas foram construídas constitucionalmente. Isso significa também que o direito à educação é o direito de acesso ao ensino, mas não um acesso a qualquer ensino, e sim àquele que atenda às preocupações constitucionais e legais, dentre as quais a garantia de transporte escolar gratuito, a valorização dos profissionais da educação e a garantia do padrão de qualidade de ensino.

A análise dos dispositivos relacionados à educação não leva à outra conclusão, afinal tanto o legislador constituinte quanto o legislador infraconstitucional se preocuparam em estabelecer diversos dispositivos normativos que estabelecessem parâmetros e conteúdos a serem perseguidos na concretização do direito à educação. Esses dispositivos constituem-se em imperativos legais e não em poesia jurídica (ARNESEN, 2009). Afirmar que tais dispositivos não tem eficácia e não integram o próprio sentido do direito à educação é negar o próprio fundamento do Estado Social e Democrático de Direito albergado pela Constituição Federal. Nesse sentido:

O intérprete percebe com facilidade que o interesse juridicamente protegido não é aquele de ter todo o grupo social em idade escolar fisicamente dentro do estabelecimento de ensino. Não se menospreza a universalização do acesso à rede de ensino. Contudo, este somente pode ser entendido como o primeiro momento do Estado (e, em algum grau da família) de efetivar o direito à educação. (ARNESEN, 2009, p. 159).

Observa-se assim que embora esse posicionamento ainda não seja consensual entre os pesquisadores da área e entre os próprios aplicadores do direito, como já foi constatado por Duarte (2004) e como pôde ser observado pelas decisões dos Tribunais de Justiça estaduais supracitadas, o Supremo Tribunal Federal adotou a corrente doutrinária no sentido de que, no âmbito do direito à educação, não é cabível a omissão administrativa quanto à sua ampla efetivação, o que envolve dimensões que extrapolam o acesso individual ao ensino.

4.4 Contratação temporária de profissionais da educação pública

Dos 35 acórdãos em análise, 5 tem como temática principal a discussão acerca da contratação de profissionais da educação em estabelecimentos públicos de ensino sem a realização prévia de concurso público para investidura no cargo.

A Constituição Federal de 1988, consolidando os princípios adstritos à noção de Estado Democrático de Direito, estabeleceu em seu art. 37, inc. V, que a investidura em cargos e empregos públicos – tanto na Administração direta quanto indireta- dependerá da aprovação

prévia em concurso público. A importância de referida regra, de acordo com Oliveira (2008) e Meirelles (2008) está em garantir os princípios da moralidade, impessoalidade, eficiência, igualdade e aperfeiçoamento do serviço público, configurando-se como um dos fundamentos da democracia contemporânea.

Paralelamente à regra geral que institui a obrigatoriedade da realização de concurso público para investidura do servidor em cargo ou emprego na Administração Pública, a carta constitucional estabelece duas exceções à sua aplicação: a) no caso de cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, para o exercício temporário de atribuições de direção, chefia ou assessoramento e tendo como base a relação de confiança entre a Administração e o servidor comissionado (MORAES, 2007) e b) na contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária e de excepcional interesse público nas hipóteses previstas em lei, como estabelecido no inc. IX do art. 37 da carta constitucional (BRASIL, 1988).

Para a aplicação dessa segunda exceção, são necessários quatro requisitos: a) existência de lei emanada pela entidade federativa contratante; b) excepcional interesse público, ou seja, a contratação temporária sem concurso público só é cabível em situações emergenciais, em que o interesse da coletividade permita o afastamento transitório da regra do art. 37, V, da CF; c) temporariedade da contratação, ou seja, os contratos celebrados entre a Administração Pública e o os servidores deverão ter prazo determinado e d) temporariedade da função, ou seja, a necessidade dos serviços contratados sem concurso público deve ser sempre temporária, objetivando a superação de necessidade transitória. Em outras palavras, quer isso dizer que é vedada a admissão de servidores temporários para o exercício de atividades permanentes do Estado (SANTOS, 1998). Em suma, como destaca Mello (2003, p. 285, grifos do autor):

A Constituição prevê que a lei (entende-se: federal, estadual, distrital ou municipal, conforme o caso) estabelecerá os casos de contratação para o atendimento *de necessidade temporária de excepcional interesse público* (art. 37, IX). Trata-se, aí, de ensejar suprimento de pessoal perante contingências que desgarrem da normalidade das situações e presumam admissões apenas provisórias, demandadas em circunstâncias incomuns, cujo atendimento reclama satisfação imediata e temporária (incompatível, portanto, com o regime normal de concursos).

No mesmo sentido, Santos (1998, p.48) destaca:

Assim, se (laconicamente) necessidade é aquilo que é indispensável; temporário, o que é limitado no tempo; excepcional, o que é fora do comum, anormal; e interesse público, o que deve atender a toda à coletividade, pode-

se dizer que necessidade temporária de excepcional interesse público significa aquilo que ocorre de modo anormal no âmbito da Administração Pública, cujo atendimento (por certo período de tempo) não se pode dispensar, sob pena de comprometer o interesse da coletividade. Por exemplo, o atendimento a situação de calamidade pública: este é um fato anormal (fora do comum), cujo socorro, por um determinado período de tempo (ou seja, enquanto durar o estado de calamidade), é indispensável (inevitável), para evitar prejuízos à coletividade.

Apesar da tentativa da doutrina jurídica em estabelecer critérios e parâmetros para a definição do sentido da expressão “necessidade temporária de excepcional interesse público” contida na carta constitucional, trata-se de conceito aberto e indeterminado, razão pela qual Moraes (2007) entende como muito perigosa referida exceção ao princípio da acessibilidade por concursos públicos.

Também em razão da falta de critérios objetivos para esclarecer o sentido da norma contida no art. 37, IX, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal tem sido constantemente demandado para analisar a constitucionalidade de leis e atos administrativos que preveem a contratação temporária de servidores públicos, o que se analisará a seguir em relação à área educacional.

Dos 5 acórdãos selecionados na presente categoria, 3 referem-se à recursos em que se discute a constitucionalidade e legalidade de contratação temporária de docentes da rede pública de ensino apesar da existência de candidatos aprovados em concurso público para o exercícios das mesmas atribuições. São eles: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 440895, de 26/09/2006; Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 661070, de 29/11/2011 e Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 649046, de 28/08/2012.

Nos três casos o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, pela inconstitucionalidade e, conseqüentemente, nulidade dos contratos celebrados entre a Administração Pública e os servidores temporários estabelecendo, ainda, o direito de nomeação aos candidatos aprovados no concurso público e preteridos pelo Estado. Dentre as principais argumentações desenvolvidas pelo STF destaque-se o entendimento de que: a) a contratação temporária realizada pela Administração Pública para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual promovera concurso público configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, caracterizando verdadeira burla à exigência constitucional do artigo 37, II, da Constituição Federal; b) em regra a aprovação em concurso público, fora da quantidade de vagas, não gera ao candidato direito à nomeação contudo, excepcionalmente, transforma-se em direito subjetivo do aprovado quando, dentro do prazo de validade do

concurso, há contratação de pessoal, de forma temporária, para o preenchimento de vagas existentes, em flagrante preterição àqueles que, aprovados em concurso ainda válido, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou função e c) a atividade de docência é permanente e não temporária, sendo inadmissível e inconstitucional a contratação temporária para atividades não transitórias quando há concurso público em plena vigência.

Já a ação direta de inconstitucionalidade nº 3116, de 14/04/2011, foi ajuizada pelo Procurador Geral da República com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei amapaense nº 765/03 que autoriza ao Poder Executivo contratar temporariamente servidores nas áreas de educação, saúde e assistência jurídica sem a realização de concurso público para atender suposta necessidade temporária e de excepcional interesse público, nos termos do art. 37, IX, da CF. A lei em análise ainda dispõe sobre a possibilidade de prorrogação dos contratos temporários estabelecidos entre a Administração Pública Estadual e os servidores temporários.

Argumenta o requerente que a norma é inconstitucional uma vez que os serviços para cujo exercício a lei amapaense estabelece a contratação temporária de profissionais referem-se a atividades permanentes, imprescindíveis e essenciais ao funcionamento do Estado, não se adequando à exceção prevista no art. 37, IX da CF. No mesmo sentido o STF entendeu, por unanimidade pela inconstitucionalidade da norma impugnada.

Dentre as argumentações desenvolvidas no acórdão em análise destaque-se o entendimento de que: a) a educação, assim como a saúde e a assistência jurídica, constitui-se em função permanente do Estado, não cabendo a alegação administrativa de temporariedade de referido serviço, salvo situação explícita de caráter emergencial; b) é previsível a necessidade de contratação de servidores públicos para as áreas descritas na lei amapaense, razão pela qual a alegação de excepcionalidade da situação é incabível; c) é imprescindível a indicação, por parte da Administração Pública, da situação fática emergencial que autorize a contratação de servidores sem a realização de concurso público e d) a existência de diversas leis que se sucedem e que preveem a contratação temporária para os mesmo serviços contidos na lei ora impugnada evidenciam ofensa à exceção prevista no art. 37, IX, da CF.

Especificamente quanto à área educacional, exemplifica a Min. Relatora Carmen Lúcia duas situações que ensejariam a aplicação da contratação temporária de docentes sem a realização de concurso público, quais sejam, a vacância de cargo de magistério e o afastamento temporário do titular em razão de doença ou outro tipo de licença. Observa-se, assim, o posicionamento de que a educação comporta a contratação temporária de servidores

sem concurso público, ainda que seja considerada serviço permanente, mas apenas em situações excepcionais.

Destaque-se ainda no acórdão a preocupação esposada pelo Min. Luiz Fux com relação à validação dos contratos já firmados com fundamento na lei declarada inconstitucional. Isso porque, em regra, ao declarar uma norma inconstitucional, declaram-se nulos todos os atos -inclusive os contratos- que tiveram a lei impugnada como base. Nesse sentido, o referido Ministro entende que deve haver a validação dos contratos já realizados entre a Administração e os servidores temporários, posicionamento não adotado pelos demais Ministros.

O Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 680296, de 13/11/2012, trata de recurso em que se discutem a constitucionalidade e legalidade da permanência de professores municipais no cargo de especialista em ensino sem a prévia realização de concurso público específico para tal exercício.

No caso o STF entendeu, por unanimidade, pela nulidade da contratação dos servidores públicos municipais para o cargo de especialista em ensino, uma vez que é inconstitucional toda modalidade de provimento derivado, qual seja, aquele que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado especificamente a seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido.

Observa-se pela descrição dos acórdãos supraexpostos que, no mesmo sentido da doutrina jurídica, o STF adotou o posicionamento de que a regra da necessidade de realização de concurso público para provimento de cargos e empregos públicos é um dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito, cuja aplicação somente poderá ser excepcionada com a comprovação por parte da Administração Pública do caráter emergencial da contratação temporária nos termos do art. 37, IX da CF.

Importante anotar, no entanto, que o STF garantiu à expressão “necessidade temporária de excepcional interesse público” um sentido amplo, afirmando que é admissível a contratação temporária sem a realização de concurso público para o exercício de atividades essenciais- como a educação- desde que haja comprovação de necessidade excepcional temporária. Entende a Corte, portanto, que o requisito da temporariedade não se vincula com a natureza da atividade a ser desempenhada mas com a excepcionalidade da circunstância que enseja a contratação temporária.

Esse entendimento, no entanto, não é pacífico entre os doutrinadores. De fato, a corrente doutrinária majoritária entende que as contratações temporárias só podem ocorrer

para atividades de natureza temporária, não essenciais à Administração Pública. Nesse sentido, afirma Carvalho Filho (2010, p. 415) que: “Se a necessidade é permanente, o Estado deve processar o recrutamento através dos demais regimes”. Esse também é o posicionamento de Dallari (1992, p. 124):

Está absolutamente claro que não mais se pode admitir pessoal por tempo indeterminado para exercer funções permanentes, pois o trabalho a ser executado precisa ser, também, eventual ou temporário, além do que a contratação somente se justifica para atender a um interesse público qualificado como excepcional, ou seja, uma situação extremamente importante, que não possa ser atendida de outra forma.

Trata-se de importante discussão pois, de acordo com a posição adotada pelo STF, é admissível a contratação temporária de docentes em caso, por exemplo, de carência de profissionais aprovados em concurso público, ainda que a educação seja considerada como função essencial e permanente do Estado uma vez que a ausência de docentes configuraria necessidade temporária e cuja superação atenderia aos ditames do interesse público.

Ao adotar esse posicionamento jurisprudencial, corre-se o risco de abrir excessiva discricionariedade ao Poder Público em relação à contratação temporária de professores sempre que houver carência de docentes aprovados através de concurso público. De fato, ao analisarem-se os dados do Censo Escolar 2012 observa-se que o regime de concurso público para contratação de professores já se configura como exceção em pelo menos sete Estados do país¹⁵, em clara inversão dos preceitos e valores constitucionais (SMOSINKI; HARNIK, 2013). Trata-se de processo de precarização do trabalho docente (OLIVEIRA, 2004) amparado por uma interpretação jurídica que privilegia a garantia individual dos direitos educacionais em prejuízo da construção de uma política pública educacional pautada, entre outros, no princípio constitucional da valorização dos profissionais da educação escolar (art. 206, V, CF).

4.5 Financiamento da educação

Dos 35 acórdãos analisados, 3 tem como temática de base questões relativas ao financiamento da educação, ou seja, referem-se à captação, aplicação e gestão dos recursos financeiros na área educacional.

Embora a temática do financiamento da educação esteja mais detalhada na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a Constituição Federal-objeto jurídico de análise

¹⁵ São eles: Espírito Santo, Mato Grosso, Acre, Ceará, Mato Grosso do Sul, Santa Catarina e Paraíba.

dos acórdãos em referência- estabelece três importantes artigos sobre o tema, quais sejam: a) o art. 212, que estabelece percentuais mínimos de aplicação da receita resultante de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino, a serem cumpridos pela União, Estados e Municípios; b) o art. 213, que estabelece como regra geral a destinação dos recursos públicos para as escolas públicas, possibilitando-se, de forma excepcional, sua aplicação em escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas de comprovada natureza não lucrativa e no pagamento de bolsas de estudo quando houver falta de vagas em cursos regulares na rede pública e c) o art. 60 do ADCT que, atualmente, estabelece que parte dos recursos a que se refere o já citado art. 212 serão destinados à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação (BRASIL, 1988).

Destaque-se que em razão da importância do conteúdo da ação direta de inconstitucionalidade nº 1864, esta será analisada de forma isolada, ao final do subtópico. As duas outras decisões foram analisadas em respeito à data de julgamento.

O recurso extraordinário nº 190938 foi interposto pelo Ministério Público Estadual objetivando a reforma de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais que extinguiu ação civil pública proposta em face do Município de Fortaleza de Minas com o objetivo de compeli-lo a incluir no orçamento municipal percentual correspondente à diferença de valores aplicados a menor na educação no ano orçamentário anterior.

A decisão da Corte estadual fundamentou-se na ilegitimidade do Ministério Público para interpor a referida ação bem como na inadequação do uso da ação civil pública argumentando-se que: a) o art. 35, III, da Constituição Federal prevê que caberá intervenção estadual ou federal caso os Municípios não apliquem o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino previsto no art. 212. Para a Corte estadual, esse artigo exclui a possibilidade de pleito judicial que demande o cumprimento da norma do art. 212 da CF; b) no caso de descumprimento da norma do art. 212, a Constituição Federal não prevê a possibilidade de compensação em exercício orçamentário futuro, como objetivado pela ação civil pública em discussão.

A principal questão de interesse presente no acórdão refere-se à possibilidade de se garantir judicialmente o cumprimento da norma do art. 212 da Constituição Federal que dispõe que os Municípios aplicarão anualmente vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (BRASIL, 1988).

Como precedentemente destacado, o acórdão recorrido entendeu que a única medida cabível, nesse caso, é a intervenção estadual no município omissa. Já o Supremo Tribunal Federal entendeu, por unanimidade, que: a) a intervenção no município é ato político patológico e último recurso a ser adotado; b) a ação judicial, especialmente a ação civil pública, é sempre cabível para garantia dos direitos difusos e coletivos, como o direito à educação; c) há possibilidade de compensação em exercício orçamentário futuro do percentual municipal vinculado não aplicado em educação anualmente tendo em vista que a educação configura-se como direito fundamental de todos e d) a medida pleiteada pelo Ministério Público garante a autonomia do município e é medida mais efetiva que a intervenção.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal julgou o recurso procedente por unanimidade e determinou o prosseguimento da ação civil pública que havia sido extinta pelo Tribunal de Justiça de MG.

A ação direta de inconstitucionalidade nº 820, julgada em 15/03/2007, foi impetrada pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade: a) do § 2º do artigo 202 da Constituição estadual que dispõe que não menos que 10% dos recursos vinculados destinados pelo Estado ao ensino (35% da receita proveniente de impostos) serão aplicados na manutenção e conservação das escolas públicas estaduais através de transferências trimestrais de verbas diretamente às unidades escolares e b) a inconstitucionalidade da lei estadual nº 9.723/92, elaborada pela Assembleia Legislativa do Estado, que disciplina a forma como será concretizado o referido repasse de verbas estabelecido pela Constituição do Rio Grande do Sul dispondo, dentre outros dispositivos, que cabe ao Conselho de Escola decidir como serão aplicados os recursos repassados pelo Estado.

O Governador sustenta a inconstitucionalidade das normas uma vez que: a) a norma do art. 202 da Constituição estadual contraria a norma constitucional federal do artigo 167, IV, que veda a vinculação de receita de impostos e transferências a órgão, fundo ou despesa, ressalvados os casos expressamente autorizados pela própria CF; b) compete ao Chefe do Poder Executivo – e não à Assembleia Legislativa- a iniciativa de lei que tenha como objeto a destinação e aplicação do orçamento, nos termos do artigo 165 da CF.

A Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, por sua vez, entende que as normas impugnadas são constitucionais uma vez que a) o Poder Legislativo estadual é competente para legislar sobre educação, conforme estabelecido pelo artigo 24, IX, da Constituição Federal e b) não há ofensa ao artigo 165 da CF porquanto a Lei 9.723/92 não criou despesa

nova, apenas regulou a destinação de verbas orçamentárias já previstas na Constituição do Estado.

O Relator da ação, Min. Eros Grau, considerou as normas impugnadas inconstitucionais, uma vez que a) é competência privativa do Chefe do Poder Executivo a iniciativa de leis que disponham sobre matéria orçamentária e b) ao transferir aos Conselhos escolares- entidades que não são públicas- a decisão sobre aplicação de recursos públicos, a norma resulta incompatível com a Constituição Federal. Interessante na decisão do Ministro é o entendimento de que, embora inconstitucionais, as normas impugnadas tiveram como objetivo garantir a concretização do princípio da gestão democrática do ensino, estabelecido no artigo 206, VI, da CF. Trata-se, no caso, de uma colisão entre um princípio e uma regra (ALEXY, 1999): de um lado, o princípio da gestão democrática sustenta a constitucionalidade das normas impugnadas na Adin e, de outro lado, a regra do artigo 165 e 167, IV, da CF fundamenta a inconstitucionalidade das mesmas normas. Para o Ministro, diante do referido conflito de normas, prevalece a regra.

Ao proferir o seu voto, o Ministro Carlos Ayres Britto discorda do posicionamento esposado pelo Ministro Relator quanto à inconstitucionalidade do § 2º do artigo 202 da Constituição estadual. Para o Ministro, a norma é constitucional uma vez que: a) não há ofensa aos artigos 165 e 167, IV, da CF porquanto a norma constitucional estadual não estabeleceu vinculação originária de receitas, apenas distribuiu e especificou a vinculação já existente; b) trata-se de norma dotada de razoabilidade quanto ao percentual estipulado (10%); c) a norma objetiva assegurar as condições materiais elementares das escolas estaduais e, com isso, garantir a efetividade do sistema oficial de ensino e d) as escolas estaduais integram a noção de “patrimônio público”, cuja conservação é responsabilidade da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (Art. 23, CF).

Interessante de destacar na argumentação exposta pelo Min. Carlos Ayres Britto é o fato de que ele não se ateve às questões de índole formal, quais sejam, as relativas à competência legislativa. O Ministro optou por analisar o conteúdo e mesmo os objetivos da norma impugnada, fundamentando-se no princípio da razoabilidade como forma de preservar a norma constitucional estadual no ordenamento jurídico. Deve destacar-se, no entanto, que ao analisar a norma impugnada, o Ministro não buscou autores, pesquisadores ou mesmo peritos da temática em discussão, que lhe pudessem esclarecer ou, ao menos, problematizar sobre o tema. A decisão do Min. Carlos Ayres Britto, cuja formação não envolve conhecimentos específicos sobre educação, pautou-se em seu próprio entendimento e

compreensão sobre o conteúdo da norma constitucional estadual. Saliente-se ainda que foi concedida vista dos autos ao Ministro por 2 anos e 6 meses para análise do feito e estudo da temática.

Já ao analisar a constitucionalidade da lei estadual nº 9.723/92 o Min. Carlos Ayres Britto concorda com o Ministro Relator sobre a sua contrariedade com a Constituição Federal, mais precisamente com o princípio da Separação de Poderes. Para o Ministro, em razão dos detalhes procedimentais estabelecidos pela lei estadual em análise, observa-se a intromissão do Poder Legislativo em área que pertence com exclusividade ao Poder Executivo, qual seja, a de gestão.

Após o voto do Min. Carlos Ayres Britto e da confirmação do voto do Min. Relator Eros Grau, deu-se início a um debate entre alguns dos membros do Supremo Tribunal Federal. O Min. Marco Aurélio inicia o debate posicionando-se pela inconstitucionalidade das normas impugnadas uma vez que, segundo seu entendimento, ao estabelecer que 10% dos recursos estaduais vinculadas à educação deverão ser aplicados a uma área específica, o Poder Legislativo imiscuiu-se em área que pertence ao Executivo.

O Ministro Cezar Peluso, concordando com o Min. Marco Aurélio, destaca que a Administração é dotada de maior capacidade para decidir se, naquele exercício orçamentário, as escolas estaduais necessitam de conservação ou se aquela verba será melhor aproveitada com a contratação de professores, por exemplo.

No mesmo sentido, afirma o Ministro Gilmar Mendes que o modelo de vinculação orçamentária estabelecido na norma impugnada é problemático uma vez que, havendo necessidade ou não, as escolas são obrigadas a aplicar aquele percentual de receitas na conservação das escolas sob o risco de terem problemas legais com o Tribunal de Contas. No mesmo sentido é o entendimento do Ministro Ricardo Lewandowski e da Ministra Carmen Lúcia.

O Ministro Sepúlveda Pertence, por sua vez, posiciona-se de forma similar ao Ministro Carlos Ayres Britto e considera a norma impugnada constitucional uma vez que a Constituição estadual do Rio Grande do Sul garantiu a vinculação de 35% da receita resultante de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino, sendo que a Constituição Federal estabelece que essa porcentagem deve ser de, no mínimo, 25%. Argumenta o Ministro, então, que os 10% de diferença entre a porcentagem de receitas estabelecida pela Constituição Federal e a estabelecida pela Constituição Estadual podem ser vinculados a um determinado setor das despesas com o ensino.

Com dois votos contrários, então, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, pela inconstitucionalidade das normas impugnadas.

É de se destacar, novamente, que o debate dos Ministros pautou-se no conhecimento comum sobre a temática e embora os membros do STF tenham chegado a discutir os objetivos e conteúdos das normas impugnadas, fizeram-no no plano do conhecimento empírico. Destaco a fala do Min. Ricardo Lewandowski que, ao citar –nas suas palavras- um “caso folclórico” para fundamentar sua posição ilustra a afirmação precedente: “Em São Paulo, há um caso folclórico- foi até o Tribunal de Contas que levantou- em que o piso de uma escola foi recoberto de mármore exatamente porque sobravam recursos em um determinado momento.” (BRASIL, 2007a, p. 85).

4.5.1. Ação direta de inconstitucionalidade nº 1864: o caso do PARANAEDUCAÇÃO e a gestão privada de recursos públicos

A ação direta de inconstitucionalidade nº 1864 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE) e pelo Partido dos Trabalhadores (PT) com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade de dispositivos da lei estadual paranaense nº 11.970/97 que estabeleceu a criação do PARANAEDUCAÇÃO, pessoa jurídica de direito privado sob a modalidade de serviço social autônomo, instituída com a finalidade de auxiliar na Gestão do Sistema Estadual de Educação. Dentre as atribuições do instituto está a de gerir os recursos financeiros de qualquer natureza (públicos e privados) destinados ao desenvolvimento da educação; contratar, administrar e dispensar recursos humanos, inclusive para as atividades de ensino e pesquisa, através do regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e estabelecer processo de compra de materiais e serviços através de procedimentos licitatórios simplificados. A lei ainda estabelece que o Secretário estadual de educação desempenhará as funções de superintendente da entidade bem como participará do seu Conselho de Administração junto com outros Secretários de Estado. Ao referido Conselho, de acordo com a lei estadual, compete baixar normas e diretrizes para aplicação dos recursos da entidade e de outros entes envolvidos no Sistema Estadual de Educação. Eis a redação da lei impugnada em seus principais pontos:

Art. 1º. Fica instituído o PARANAEDUCAÇÃO, pessoa jurídica de direito privado, sob a modalidade de serviço social autônomo, sem fins lucrativos, de interesse coletivo, com a finalidade de auxiliar na Gestão do Sistema Estadual de Educação, através da assistência institucional, técnico-científica,

administrativa e pedagógica, da aplicação de recursos orçamentários destinados pelo Governo do Estado, *bem como da captação e gerenciamento de recursos de entes públicos e particulares nacionais e internacionais.*

[...]

Art. 3º. O PARANAEDUCAÇÃO tem por finalidade proporcionar à população padrões elevados de ensino e educação, competindo-lhe para seu eficaz desempenho:

I - *gerir os recursos de qualquer natureza* destinados ao desenvolvimento da educação, em consonância com as diretrizes programáticas do Governo do Estado;

[...]

Art. 11. Ao Conselho de Administração do PARANAEDUCAÇÃO compete:

I - aprovar o seu Regimento Interno;

II - fixar diretrizes de aplicação dos recursos da entidade, *ad referendum* do Governo do Estado do Paraná;

IV - *baixar normas de procedimentos e instruções complementares disciplinadoras da aplicação dos recursos financeiros internos e externos disponíveis;*

[...]

Art. 15. O PARANAEDUCAÇÃO fica autorizado a celebrar Contrato de Gestão com o Poder Público Estadual.

§ 1º. Contrato de Gestão, para efeito desta lei, é o instrumento técnico-jurídico, formal, de direito civil, celebrado entre o Estado do Paraná, por seu Governador, com a interveniência das Secretarias de Estado da Fazenda, da Educação e do Planejamento e Coordenação-Geral, e o PARANAEDUCAÇÃO, por intermédio do seu Superintendente, com a finalidade de assegurar a sua plena autonomia técnica, administrativa e financeira, com a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade e economicidade e, também, o seguinte:

[...]

II - *permitir à Diretoria Executiva capacidade para contratar, administrar e dispensar recursos humanos, inclusive para as atividades de ensino e pesquisa geridas pelo PARANAEDUCAÇÃO, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de forma a assegurar a preservação dos mais elevados e rigorosos padrões técnicos de seus planos, programas, projetos e atividades, bem como de seus produtos e serviços;*

III - permitir à Diretoria Executiva estabelecer processo de compra de materiais e serviços mediante procedimentos licitatórios simplificados, observados os princípios inscritos nas Constituições e na legislação atinente em vigor, em especial a Lei Federal 8.666/93, ou a que lhe vier suceder, publicando as normas em Diário Oficial do Estado;

[...] (PARANÁ, 1997, grifos nossos).

Alegam, em síntese, os requerentes que os dispositivos são inconstitucionais uma vez que: a) a educação é serviço essencial que deve ser prestado pelo Estado sob o regime exclusivo do direito público; b) a norma impugnada transfere para entidade privada competências tipicamente estatais, como a aplicação de recursos públicos e a fixação de normas e diretrizes para a educação; c) é vedada a destinação de recursos públicos em educação para pessoa jurídica de direito privado, salvo as hipóteses expressas no art. 213 da

CF; d) a lei impugnada estabelece a atuação de membros do Poder Executivo, dentre os quais o secretário estadual da Educação, no Conselho do PARANAEDUCAÇÃO, o que configura desvio do Poder, não sendo possível admitir-se a atuação da Administração fora do regime jurídico de direito público; e) a possibilidade de contratação de profissionais da educação- inclusive docentes- pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho afronta a acessibilidade pela via exclusiva do concurso público e f) a instituição do PARANAEDUCAÇÃO afronta o postulado da moralidade administrativa por permitir a manipulação política das verbas públicas para a educação.

Ao prestar informações, o Estado do Paraná bem como a Assembleia Legislativa do referido Estado afirmaram que a norma é constitucional uma vez que foi instituída de acordo com as normas constitucionais e com fiel observância ao processo legislativo, visando melhorar a eficácia da educação no Estado em questão.

O Advogado Geral da União, em sua manifestação, entende pela constitucionalidade da norma paranaense por entendê-la como retrato da nova concepção de Administração Pública estabelecida pela Emenda Constitucional nº 19/98, pautada no princípio da eficiência e na renovação da gestão na Administração Pública.

O Min. Relator originário da ação, Maurício Corrêa, no mesmo sentido, entendeu pela constitucionalidade integral da norma impugnada. Para o Ministro, a entidade de direito privado PARANAEDUCAÇÃO configura-se como um ente paraestatal, não integrante da Administração Pública direta ou indireta, cujo objetivo é promover a cooperação com o Poder Público na gestão do sistema educacional, não cabendo a alegação de que referida cooperação resultaria em privatização da educação pública. Destaca o Ministro que não se trata, no caso, de oferta do ensino por entidade de direito privado ou mesmo de transferência de recursos públicos para escolas privadas – questão tratada no art. 213 da CF- e sim de assistência gerencial promovida em parceria com o Poder Público.

Continua o Ministro afirmando que, embora a oferta da educação pública constitua responsabilidade do Estado, cabe também à sociedade promover o direito à educação, nos termos do art. 205 da Constituição Federal, sendo legítima, portanto, a atuação do instituto em questão no auxílio da promoção do direito à educação.

Quanto à alegação dos requerentes de que o PARANAEDUCAÇÃO configuraria ingerência da iniciativa privada em área exclusiva do Estado, afirma o Ministro que o Estado moderno, bem como o direito público atual, deve ajustar-se às novas realidades advindas do

mundo globalizado e da competitividade, passando a valorizar a cooperação com a iniciativa privada em áreas tradicionalmente típicas da iniciativa estatal. Nas palavras do Ministro:

Nessa visão moderna e dinâmica é que o requerido promoveu parceria com pessoa jurídica de direito privado por ele mesmo instituída, como forma de administrar a transição da atuação predominante do Estado no campo da educação pública para inseri-la no mundo da realidade das transformações advindas, quer queira, quer não, com o pragmatismo da globalização e competitividade, de que se assenhorou a hodierna atividade humana [...] (BRASIL, 2007b, p. 104).

Entende o Ministro Maurício Corrêa que a educação não integra o rol de atividades estatais indelegáveis, como é a justiça, a segurança, a fiscalização de tributos e a diplomacia, podendo, por isso, ser prestada em parceria com entes privados.

Quanto às demais alegações dos requerentes entende o Ministro não serem cabíveis tendo em vista que, não se configurando como parte da Administração Pública, o PARANAEDUCAÇÃO pode gerir-se de acordo com as regras da iniciativa privada, contratando profissionais através do regime celetista e realizando compras de materiais e contratação de serviços sem o devido processo licitatório.

O Min. Joaquim Barbosa, ao proferir seu voto, concorda em parte com o Ministro Maurício Corrêa, buscando uma posição intermediária entre a constitucionalidade e inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados. Posiciona-se no sentido de que, embora a educação configure-se como atividade essencialmente pública, de interesse público e coletivo e cujo dever é do Estado, há permissão constitucional para a atuação de entidades privadas nessa área bem como há o estabelecimento do dever de cooperação da sociedade na garantia do direito à educação de todos. Nesse sentido, embora a Constituição não estabeleça de forma explícita que é possível a atuação de entidades de serviços sociais autônomos na área da educação, entende Joaquim Barbosa que a interpretação da Constituição Federal leva à conclusão no sentido de ser legítima a sua atuação.

Para o Ministro, a atuação do PARANAEDUCAÇÃO não substitui a atuação do Estado na área educacional- o que seria constitucionalmente vedado- tendo como objetivo apenas auxiliar na gestão do sistema estadual de educação. Destaca ainda Joaquim Barbosa que, segundo seu entendimento, o Estado atual bem como o direito que o rege, supõe a construção de sistemas de cooperação entre entidades públicas e privadas, com foco na melhor eficiência da atividade estatal.

O Ministro, no entanto, destaca que a norma impugnada não está de todo isenta de críticas. Joaquim Barbosa censura a redação da lei paranaense quando estabelece em seus artigos 1º e 3º, inc. I, que é atribuição do PARANAEDUCAÇÃO gerir os recursos de qualquer natureza destinados ao desenvolvimento da educação bem como quando garante à entidade em seu art. 11, inc. IV a competência para baixar normas de procedimentos e instruções da aplicação dos recursos financeiros internos e externos disponíveis.

Para o Ministro, a redação da norma retira do Estado parcela significativa da gerência dos recursos destinados à educação, possibilitando que uma entidade de direito privado decida sobre a aplicação de verba destinada a todo o setor educacional público. Entende Joaquim Barbosa que, sendo a educação dever do Estado, os entes sociais privados deverão atuar apenas como colaboradores, não podendo gerir recursos externos à própria entidade. O Ministro é enfático em considerar que a decisão sobre alocação de recursos públicos educacionais é prerrogativa exclusiva do Estado.

Feita essa crítica e evitando a declaração de inconstitucionalidade de parte da lei impugnada, o Min. Joaquim Barbosa entende que a norma é inteiramente constitucional com a ressalva de que as regras inscritas na norma estadual sejam interpretadas conforme a Constituição¹⁶, para que o PARANAEDUCAÇÃO somente possa gerir os próprios recursos e de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Poder Executivo estadual ou seja, excluindo-se a possibilidade de a Secretaria de Educação demitir-se de sua tarefa de gestão total do sistema estadual de educação, tarefa que se desdobra na responsabilidade pela alocação e gestão dos recursos orçamentários destinados à educação e na responsabilidade administrativa pela condução de todo o sistema educacional. Concordam com o Ministro Joaquim Barbosa os demais membros do STF com exceção dos Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto que se posicionam pela total inconstitucionalidade da lei paranaense.

Em seu voto, o Min. Marco Aurélio argumenta que, sendo a educação serviço público essencial, que gera direito público subjetivo, a gestão de seus recursos públicos orçamentários é de responsabilidade do Estado. A concepção de Estado e de direito público do Ministro difere das posições anteriormente esposadas, como se observa por essa passagem transcrita de seu voto:

¹⁶ A interpretação conforme a Constituição é método interpretativo em que, diante de múltiplos sentidos admitidos pela norma, opta-se por aquele compatível com a carta constitucional de forma a evitar a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal em análise (BONAVIDES, 2009).

Peço vênia para entender que o Estado existe e deve continuar a existir. Não pode haver, pela vontade dos representantes do povo- os deputados, na área estadual- o deslocamento versado na lei em exame quando se trata de atividade precípua. (BRASIL, 2007b, p. 175)

Continua o referido Ministro criticando a redação da lei por permitir que um direito de alta relevância social e cuja efetivação demanda a gestão da coisa pública possa ser gerenciado sem as regras que protegem o interesse e o patrimônio públicos, sujeitando-se apenas aos ditames da iniciativa privada. Nesse sentido, Marco Aurélio entende que a norma impugnada objetiva burlar as exigências normativas estabelecidas constitucionalmente com relação à atuação da Administração Pública como, por exemplo, as exigências de concurso público para contratação de pessoal e o respeito ao necessário procedimento licitatório nas compras realizadas pela Secretaria de Educação estadual. Por fim, sintetiza o Ministro a interpretação que dá à lei impugnada: “Em última análise, pretende-se privatizar o próprio Estado” (BRASIL, 2007b,p. 177).

O Min. Carlos Britto posiciona-se de forma semelhante, questionando a compatibilidade da atuação de entidades autônomas de serviço social na área da educação. Para o Ministro, a Constituição permitiu a atuação de referidos entes apenas na área da seguridade social, a qual compreende a saúde, a previdência social e a assistência social. No caso da educação entende o Ministro que há vedação para tal transferência de recursos públicos a entidades privadas.

O Min. Carlos Britto destaca ainda que a Constituição Federal só prevê de forma explícita a atuação de entidades privadas de serviço social quando vinculada à atividade sindical (art. 240, CF) não sendo compatível com a carta constitucional a criação de entidades privadas no âmbito da educação e ensino fora da relação capital-trabalho. Complementa o Ministro afirmando que a redação do art. 213 da CF, ao estabelecer que a destinação dos recursos públicos em educação deverá ser dirigida para escolas públicas, podendo ser direcionada a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas excepcionalmente, veda a transferência de recursos à entidade privada PARANAEDUCAÇÃO, que não se enquadra nas exceções expostas no dispositivo constitucional. Para o Ministro, o modelo adotado pela Constituição Federal quanto à educação é concentracionário, ou seja, o Estado deve fazer tudo na área educacional salvo as exceções previstas no supracitado art. 213 da CF.

Apesar dos votos contrários dos Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, o STF decidiu, por maioria, pela constitucionalidade da lei nº 11.970/97 com a interpretação dada pelo Min. Joaquim Barbosa, ou seja, com a ressalva de que o PARANAEDUCAÇÃO

somente possa gerir os próprios recursos e de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Poder Executivo estadual, excluindo-se a possibilidade de gestão de recursos externos à entidade.

A ação em análise remete à discussão acerca da reconfiguração do papel do Estado nas últimas décadas. O final do século XX presenciou a crise do capitalismo e a consolidação de duas teorias que objetivavam explicá-la e solucioná-la: a teoria neoliberal e a Terceira Via. Em comum, ambas atribuíam ao Estado a responsabilidade pela crise vivenciada e propunham a redefinição do seu papel e da sua relação com a esfera privada como o caminho para solucioná-la. Apesar de ambas as abordagens culpabilizarem o Estado pela referida crise, explicitando que essa não se encontrava no capitalismo e sim no próprio Estado, cada teoria apresenta uma estratégia para superá-la: a teoria neoliberal propõe a minimização do papel do Estado e a transferência da função de executor das políticas sociais para o mercado (privatização) e a terceira via indica como solução a reforma do Estado e a parceria público-privada com o denominado terceiro setor (sociedade civil sem fins lucrativos) na execução de políticas sociais (PERONI; OLIVEIRA; FERNANDES, 2009). Nesse sentido, destaca Peroni (2010, p. 3-4):

O papel do Estado para com as políticas sociais é alterado, pois com este diagnóstico duas são as prescrições: racionalizar recursos e esvaziar o poder das instituições, já que instituições democráticas são permeáveis às pressões e demandas da população, além de serem consideradas como improdutivas, pela lógica de mercado. Assim, a responsabilidade pela execução das políticas sociais deve ser repassada para a sociedade: para os neoliberais, por meio da privatização (mercado), e para a Terceira Via pelo público não-estatal (sem fins lucrativos).

No caso brasileiro, o processo político-institucional de identificação do Estado como responsável pela crise econômica bem como de apresentação de estratégias para solucioná-la foi expresso no Plano de Reforma do Estado no Brasil, aprovado em 1995 e que propõe a reforma e a redefinição do papel do Estado “que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento”. (BRASIL, 1995, p. 12).

O Plano de Reforma do Estado objetivava apresentar-se como resposta à crise fiscal do Estado e às exigências impostas pela globalização através da correção do padrão de intervenção estatal e baseado no princípio da eficiência, transformando o modelo burocrático de Administração Pública em um modelo Gerencial (PERONI; OLIVEIRA; FERNANDES, 2009).

O referido Plano, congregando estratégias propostas tanto pela teoria neoliberal quanto pela Terceira Via (ADRIÃO; PERONI, 2009) estabelece uma nova forma de exercício das funções estatais, apresentando como princípios fundantes da reforma do Estado: a) a privatização, entendida como a transferência para a iniciativa privada (de caráter lucrativo ou não) da produção de bens e serviços públicos; b) a descentralização, através da qual se atribui aos Estados membros e municípios o papel de executor de serviços sociais e de infraestrutura; c) a publicização, compreendida como o deslocamento de serviços sociais e científicos anteriormente prestados pelo Estado para organizações públicas não estatais e d) a terceirização, através da qual se transfere à iniciativa privada serviços auxiliares de apoio (SCAFF, 2011, p. 17).

Dentre as iniciativas propostas pelo Plano e executadas pelo Estado destacam-se as denominadas parcerias público-privadas, compreendidas como “a reunião de esforços entre o Poder Público e o setor privado para a concretização de objetivos de interesse público, a partir de iniciativas legislativas (termo de parceria)” (REGULES, 2006, p. 113). Em outras palavras, trata-se do estreitamento da relação entre o setor privado e a Administração Pública através do qual aquele assume responsabilidade total ou parcial por atividades tradicionalmente atribuídas ao Estado (BEZERRA, 2009).

Dentro de referido contexto, é possível observar duas tendências: a) a transferência da execução e titularidade dos serviços sociais do Estado para os agentes privados, sendo que o primeiro se mantém como financiador e avaliador de referidos serviços públicos e b) a manutenção da titularidade dos serviços sociais nas mãos do Estado com a assunção da lógica de mercado como forma de gestão dos serviços estatais: é o denominado quase mercado (ADRIÃO; PERONI, 2009).

Dessas duas tendências, destaque-se a transferência da execução e gestão dos serviços sociais para o denominado terceiro setor, representado pelos entes públicos não-estatais. Estes entes são considerados públicos por prestarem atividades de interesse público mas não integram a Administração pública direta ou indireta e, por isso, são não-estatais. Na realidade, trata-se de entidades de direito privado que executam serviços públicos não exclusivos do Estado, compreendidos como serviços sociais de interesse público cuja atuação do Estado é considerada essencial mas que comporta e convive com a ação da iniciativa privada (DI PIETRO, 2005).

De fato, embora no contexto da Reforma do Estado observe-se o deslocamento da execução das políticas sociais para a iniciativa privada (lucrativa ou não), o papel do Estado

ainda é essencial como fomentador, financiador ou co-financiador de referidos serviços sociais (ADRIÃO; PERONI, 2007). Na realidade, em muitos casos- como no caso em análise no acórdão supradescrito- é o próprio Estado quem institui referidas entidades construídas de forma híbrida, entre o público e o privado. Como afirma Dale (1994, p. 110): sobre a relação entre o público e o privado na educação:

[...] o que está envolvido não é tanto uma deslocação direta do público para o privado, mas um conjunto muito mais complexo de mudanças nos mecanismos institucionais através dos quais são regulados o que continuam a ser essencialmente sistemas educativos estatais.

Como já sinalizou Dale (1994) na transcrição exposta acima e como atestado por vários autores (PERONI, 2010; ADRIÃO et al., 2012; CURY, 2005), a educação, considerada como serviço social não exclusivo do Estado, não ficou imune ao processo institucionalizado pelo Plano de Reforma do Estado. Nesse sentido, o Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira, um dos idealizadores do referido Plano, compreende a educação como uma das atividades a serem exercidas através das parcerias público-privadas:

[...] temos hoje, dentro do Estado, uma série de atividades na área social e científica que não lhes são exclusivas, que não envolvem poder de Estado. Incluem-se nesta categoria as escolas, as universidades, os centros de pesquisa científica e tecnológica, as creches, os ambulatórios, os hospitais, entidades de assistência aos carentes, principalmente aos menores e aos velhos, os museus, as orquestras sinfônicas, as oficinas de arte, as emissoras de rádio e televisão educativa ou cultural, etc. (BRESSER PEREIRA, 1997, p. 24).

Essa mudança na concepção do papel do Estado e da Administração na execução dos serviços sociais, dentro os quais a educação, é o ponto nevrálgico da discussão explicitada no acórdão supra-analisado e apresenta-se como o principal fundamento para a declaração de constitucionalidade da norma paranaense. De fato, a interpretação jurídica, especialmente no caso da Constituição Federal, carrega uma pesada dimensão política: não se trata apenas de analisar a compatibilidade da lei paranaense com os artigos da CF, trata-se de analisar a própria concepção de cada Ministro do STF sobre o papel do Estado na execução e gestão dos serviços sociais.

O PARANAEDUCAÇÃO, entidade sobre a qual versa o acórdão analisado, configura-se, nos termos da própria lei que a instituiu, como pessoa jurídica de direito privado sob a

modalidade de serviço social autônomo, instituída com a finalidade de auxiliar na Gestão do Sistema Estadual de Educação.

Os serviços sociais autônomos configuram-se como entidades paraestatais, ou seja, atuam ao lado do Estado mas não integram a Administração Pública direta ou indireta. São considerados entes de cooperação, integrantes do terceiro setor e prestam atividades de interesse público no setor dos serviços não exclusivos do Estado, quais sejam, os serviços sociais. Nas palavras de Di Pietro (2003, p. 416):

(...) Essas entidades não prestam serviço público delegado pelo Estado, mas atividade privada de interesse público (serviços não exclusivos do Estado); exatamente por isso, são incentivadas pelo Poder Público. A atuação estatal, no caso, é de fomento e não de prestação de serviço público. (...) Não se trata de atividade que incumbisse ao Estado, como serviço público, e que ele transferisse para outra pessoa jurídica, por meio do instrumento da descentralização. Trata-se, isto sim, de atividade privada de interesse público que o Estado resolveu incentivar e subvencionar.

Tais entidades, de acordo do Di Pietro (Ibid.) adotam predominantemente o regime jurídico de direito privado mas sofrem limitações advindas de normas de direito público razão pela qual devem, por exemplo, sujeitar-se ao controle do Tribunal de Contas.

Observa-se, assim, que referida entidade integra o contexto de Reforma do Estado e se configura como modalidade de parceria público-privado na área educacional, questões já analisadas anteriormente. De fato, ao conferir à referida entidade a atribuição de gerir recursos financeiros públicos e privados destinados à educação; contratar e dispensar profissionais da educação e efetuar compras de materiais e serviços relacionados às escolas estaduais, o Estado transferiu para uma entidade pública não estatal (o terceiro setor) atividade anteriormente atribuída a ele.

Nesse ponto, como já destacado, observar-se-á no Supremo Tribunal Federal a consolidação de duas correntes. A primeira, vitoriosa e formada pela maioria dos Ministros, compreende que a educação configura-se como serviço social não exclusivo do Estado, cabendo também à sociedade a sua promoção e que, por tal razão, é legítima a formação de parcerias entre o Poder Público e o terceiro setor (setor privado não lucrativo) na execução e gestão de serviços educacionais. Ademais, e esse é o ponto nevrálgico do acórdão, como já destacado, referida corrente adota o entendimento de que o Estado contemporâneo, bem como o direito público atual, deve ajustar-se às novas realidades advindas do mundo globalizado e da competitividade, passando a valorizar a cooperação com a iniciativa privada em áreas

tradicionalmente típicas da iniciativa estatal, com foco na melhor eficiência dos serviços sociais.

Uma segunda corrente, encabeçada pelos Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, compreende a educação como serviço público essencial cuja responsabilidade é essencialmente do Estado, salvo as exceções expressamente previstas no art. 213 da CF. Para esses Ministros, em razão da importância dada pela carta constitucional à educação, a gestão de seus recursos é de responsabilidade exclusiva do Poder Público, não podendo ser transferida ou compartilhada com o setor privado. Destaque-se que, para essa corrente, o Estado não está em crise, devendo continuar a existir e a atuar em atividades precípuas, como a área social e, especificamente, a área educacional já que, para essa corrente, a Constituição Federal não abriu espaço para a ampla parceria com o setor privado nessa área.

Destaque-se, por fim, duas questões. A lei em análise pelo Supremo Tribunal Federal refere-se à especial modalidade de parceria público-privada. Isso porque o Estado não apenas transferia recursos estatais para que referida entidade exercesse suas atividades gerenciais como também permitia que o PARANAEDUCAÇÃO gerenciasse recursos financeiros externos, voltados para outras atividades educacionais não desenvolvidas por ela o que, na prática, configuraria em transferência para o setor privado do próprio planejamento de políticas públicas educacionais. Destaque-se, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, que a norma paranaense deve ser interpretada no sentido de que o PARANAEDUCAÇÃO somente possa gerir os próprios recursos e de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Poder Executivo estadual, reduzindo o impacto privatizante objetivado inicialmente pela lei paranaense.

Ademais, deve-se destacar que o PARANAEDUCAÇÃO é composto por diversos integrantes do Poder Executivo sendo o Secretário Estadual da Educação seu superintendente. Observa-se assim, verdadeira promiscuidade entre as esferas pública e privada (SAVIANI, 2011) e questiona-se sobre os verdadeiros objetivos da instituição de referida entidade. Afinal, se o objetivo explícito na lei em análise é o de garantir maior eficiência à atividade gerencial do Estado através da visão e da lógica do setor privado, qual o sentido de instituir como principal gestor do PARANAEDUCAÇÃO o próprio Secretário estadual de Educação? E como compatibilizar a sua participação na esfera pública (Secretaria de Educação) e privada (PARANAEDUCAÇÃO)? Nesse sentido, temos que concordar com o Min. Marco Aurélio quando afirma que o objetivo da lei paranaense parece ser o de driblar as garantias constitucionais relacionadas com o direito à educação como, por exemplo, a contratação de

professores através de concursos públicos e pelo regime jurídico estatutário e a instituição de processos licitatórios para compra de materiais e contratação de serviços. Nesse sentido, ao analisar o processo de precarização do trabalho docente na rede estadual de educação do Paraná, Maroneze e Lara (2012, p. 135) destacam que:

No Primeiro Congresso Estadual dos Trabalhadores em Educação do Paraná, a APP-Sindicato questionou o verdadeiro propósito desse serviço, evidenciando que, em muitas das ações da SEED, foi possível observar a tendência do governo à privatização, entretanto nenhum deles foi tão expressivo quanto o Paranaeducação, que praticamente privatizou a SEED. Os professores passaram a ser contratados não mais por concursos públicos, mas por trabalho temporário, sem vínculos diretos com o Estado, embora os gastos sociais fossem mantidos com recursos oriundos dos cofres públicos.

Questões como essa, no entanto, não foram analisadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal na construção das argumentações expostas no acórdão em referência.

4.6 Escolha de dirigentes de estabelecimentos públicos de ensino mediante eleições diretas

A ação direta de inconstitucionalidade nº 2997 foi proposta pelo Partido Social Cristão (PSC) objetivando a declaração de inconstitucionalidade do art. 308, XII, da Constituição estadual do Rio de Janeiro, que estabelece que o dever do Estado e dos Municípios com a educação será efetivado mediante eleições diretas para direção das instituições de ensino mantidas pelo Poder Público, com a participação da comunidade escolar.

Alega em síntese o requerente que a norma é inconstitucional uma vez que o cargo de diretor de estabelecimentos públicos de ensino configura-se como cargo em comissão, cujo provimento deverá ocorrer nos termos do art. 37, II, e 84, XXV, da CF, ou de seja, através de livre nomeação do Chefe do Poder Executivo em cuja estrutura organizacional o cargo de dirigente se insere.

O Min. Relator Cezar Peluso, ao proferir seu voto, acolheu a argumentação esposada pelo Partido Social Cristão, entendendo pela inconstitucionalidade da norma constitucional carioca bem como das demais leis municipais e estaduais que nela se fundamentaram. Tendo com base decisões análogas proferidas anteriormente pelo STF sobre o tema, destaca o Ministro que: a) os dirigentes escolares de estabelecimentos públicos de ensino, por estarem integrados ao organismo do Poder Executivo e por necessariamente desenvolverem com ele relação baseada na confiança, são titulares de cargos em comissão e, por isso, de livre

nomeação pelo Chefe do Poder Executivo; b) o art. 84, incisos II e XXV da CF, ao dispor que cabe privativamente ao chefe do Poder Executivo exercer a direção superior da administração bem como prover e extinguir os cargos públicos, torna inconstitucional o sistema de eleições proposto na lei impugnada; c) não se confunde a gestão democrática do ensino público estabelecida no art. 206, VI, da CF com modalidade de investidura de cargo através de eleições.

Os demais Ministros do STF acompanharam o voto do Min. Relator Cezar Peluso, com exceção do Min. Marco Aurélio, que votou pela constitucionalidade da norma estadual impugnada. Argumenta Marco Aurélio que a forma eletiva de escolha dos diretores das escolas públicas, com a participação da comunidade, está em harmonia com o princípio da gestão democrática de ensino, previsto constitucionalmente no art. 206, VI. Continua o Ministro afirmando que referida modalidade de investidura de cargo está em sintonia com os anseios da sociedade ao permitir o arrefecimento da atuação discricionária do chefe do Poder Executivo, privilegiando, entre outros aspectos, o mérito dos candidatos, a experiência profissional, a titulação, a aptidão para liderança e a capacidade de gerenciamento.

Destaca ainda o Ministro que o art. 37, inc. II, da CF, ao estabelecer que a investidura em cargo comissionado ocorrerá através de livre nomeação dispõe também, de forma explícita, que é imprescindível a existência de lei que disponha que referido cargo seja investido por esta modalidade livre. Argumenta então Marco Aurélio que se a própria norma constitucional estadual estabeleceu que a escolha dos dirigentes escolares das instituições públicas de ensino se dará através de eleições diretas, não havendo lei que disponha de forma distinta, é de se afirmar que o cargo de diretor de escola pública poderá ser investido através da modalidade estipulada na Constituição do Rio de Janeiro.

Para corroborar esse entendimento, destaca o Ministro que o art. 84, II e XXV, da CF, também remete o provimento de cargos pelo Chefe do Poder Executivo à previsão em lei que, no caso, prevê a eleição direta com a participação da comunidade escolar. Destaca ainda que é necessário garantir aos Estados Membros certa autonomia e independência em respeito ao princípio federativo estabelecido na carta constitucional.

A análise da constitucionalidade da escolha de dirigentes de estabelecimentos públicos de ensino mediante eleições diretas não é temática nova no STF. Em outras 6 ações diretas de inconstitucionalidade¹⁷, a Corte já analisou a questão, sempre decidindo no mesmo sentido,

¹⁷ São elas: ADIn 606, de 25/03/1999; ADIn 578, de 03/03/1999; ADIn 640, de 05/02/1997; ADIn 123, de 03/02/1997; ADIn 490, DE 05/09/1996; ADIn 573, de 03/02/1997. Dados disponíveis em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em: 14 out. 2013.

ou seja, pela inconstitucionalidade dessa modalidade de investidura no cargo de diretor escolar. Destaque-se, no entanto, que referidas decisões não foram adotadas de forma unânime pelo STF uma vez que os Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio apresentaram sempre posição distinta à da maioria da Corte.

Importante notar na posição adotada pelo Min. Marco Aurélio- e também por Sepúlveda Pertence nos votos que proferiu- é o entendimento de que um princípio, no caso um princípio educativo referente à gestão democrática, pode afastar a incidência de uma regra, no caso a referente à investidura dos cargos em comissão. Nesse sentido, afirmou Sepúlveda Pertence no julgamento de medida liminar referente ao acórdão em análise:

Entendo que a regra geral da competência do Chefe do Poder Executivo para prover cargos públicos e, de modo especial, para prover livremente os cargos em comissão, se antepõe, no caso, uma regra especial, a do art. 206, VI da Constituição, a prever a gestão democrática do ensino público, na forma da lei. Creio que esse dispositivo permite ao legislador ordinário experimentar novas formas de participação da comunidade escolar na direção dos estabelecimentos. (BRASIL, 2003, p. 792-793).

Por esse fundamento, autoriza-se juridicamente que outros princípios como, por exemplo, o princípio do padrão de qualidade de ensino e o princípio do piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública sejam cumpridos ainda que esbarrem em regras como, por exemplo, as estipuladas na Lei de Responsabilidade Fiscal com relação ao limite de gastos com pessoal da Administração.

A discussão presente no acórdão é interessante também porque os Ministros explicitam não apenas concepções jurídicas sobre o tema em análise mas, também, apresentam posicionamentos sobre questões pedagógicas. Assim, enquanto para o Min. Relator Cezar Peluso e para a maior parte dos membros do STF, a eleição de dirigentes escolares não apresenta papel essencial para efetivação da gestão democrática do ensino, para os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, essa modalidade de provimento de cargo é importante aspecto da concretização do princípio constitucional estabelecido no art. 206, VI, da CF.

Na realidade, a discussão sobre a importância da eleição direta de dirigentes escolares na materialização da gestão democrática de ensino não é consenso também entre os pesquisadores da educação.

Atualmente, coexistem nas escolas públicas do país diferentes modalidades de investidura dos cargos de direção escolar, as quais podem ser resumidas em três espécies:

indicação, realização de concurso público e a eleição (PARO, 2003). É importante destacar que a escolha de uma dessas modalidades representa, também, a escolha por uma concepção do papel do gestor escolar.

As indicações do diretor escolar por um agente político, modalidade defendida pela maioria dos membros do STF, remete ao modelo oligárquico predominante no país durante a República Velha (PARO, 2003). Souza (2006, p. 180), ao analisar essa espécie de investidura do cargo de dirigente escolar destaca que:

Indicar política ou tecnicamente o dirigente escolar pressupõe compreender a direção da escola pública não como uma função a ser desempenhada por um especialista da carreira do magistério, mas como um cargo político de confiança do governante municipal ou estadual ou como instrumento de compensação no jogo político-eleitoral. Isso requer, ainda antes, reconhecer na figura do diretor a expressão primeira do poder público representado pela instituição escolar, ou seja, o diretor é, nesse caso, o governador ou o prefeito em menor “escala” e, como tal, tem antes de tudo a tarefa de chefiar uma repartição pública.

Observa-se, assim, que para os defensores dessa modalidade de escolha do dirigente escolar, a gestão da escola deve seguir a lógica da confiança. Esse, de fato, é o entendimento do STF- com exceção do posicionamento adotado pelos Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence: o cargo de diretor é, por natureza, cargo em comissão, cuja principal característica é a relação de confiança entre o servidor e aquele que representa o Poder Público naquele momento. Nesse sentido, afirma Cesar Peluso que “os cargos de diretor de escola pública, os quais são em comissão e, como tais, de confiança do Chefe daquele Poder [...]”. (BRASIL, 2009, p. 132).

Prolonga-se um pouco mais nessa questão uma vez que a posição do STF nesse sentido é a de que os cargos de direção são, *por natureza*- e não por lei, cargos de confiança. Trata-se de fundamento que não encontra respaldo legal, como já afirmado pelo Min. Marco Aurélio uma vez que o art. 37, II, afirma de forma explícita que: a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (BRASIL, 1988). Observa-se pela simples leitura do artigo que a Constituição exige a existência de uma lei que declare que determinado cargo seja cargo de provimento em comissão. Não existe, nesse sentido, cargo comissionado por natureza: cargo em comissão é aquele estabelecido pela lei. E, no caso em análise, não existe tal legislação. Observa-se, assim, que a análise do STF não é simplesmente jurídica, uma vez que a análise legal não

autoriza a argumentação da Corte: trata-se da própria concepção dos Ministros em relação à gestão escolar.

Outra modalidade de escolha do dirigente escolar é a seleção através de concurso público. Essa espécie de investidura no cargo de direção escolar relaciona-se à compreensão de que a gestão da escola demanda domínio da competência técnica e objetiva, segundo seus defensores, maior imparcialidade no processo de escolha e a superação do clientelismo. Esse mecanismo vem recebendo críticas entre os pesquisadores, especialmente por não abarcar no processo de seleção a análise de outras competências do diretor escolar além da competência técnica como, por exemplo, a capacidade de liderança e também em razão da estabilidade quase vitalícia proporcionada por essa modalidade de provimento (PARO, 2003).

Deve-se destacar nesse ponto que, de acordo com a argumentação desenvolvida pelo STF nas decisões sobre a temática da eleição direta para provimento do cargo de diretor escolar, a realização de concurso público para escolha do dirigente escolar é também inconstitucional sendo a indicação política a única modalidade admissível.

A eleição de diretores tem sido apontada como alternativa democrática às demais modalidades de escolha dos cargos de direção da escola. Paro (2003, p. 26), entendendo que referida modalidade de provimento do diretor escolar representa importante mecanismo de concretização da gestão democrática na escola, afirma que:

Entendida a democracia como medição para a realização da liberdade em sociedade, a participação dos usuários na gestão da escola inscreve-se inicialmente, como instrumento a que a população deve ter acesso para exercer o seu direito a cidadania. Isto porque, à medida que a sociedade se democratiza, e como condição dessa democratização, é preciso que se democratizem as instituições que compõem a sociedade, ultrapassando os limites da chamada democracia política e construindo aquilo que Norberto Bobbio chama de democracia social.

Argumenta-se ainda que a eleição dos diretores, com o envolvimento da comunidade escolar, possibilita um maior envolvimento dos seus integrantes com a escola bem com o resgate da legitimidade do dirigente escolar, incentivando a democratização das relações escolares (DOURADO, 2001).

Importante destacar, no entanto, que essa modalidade de escolha dos dirigentes escolares não pode ser tomada como única medida na concretização da gestão democrática escolar. Nesse sentido, afirma Paro (2003, p. 28-29):

A eleição de diretores não pode, todavia, ser tomada como uma panacéia que resolverá todos os problemas da escola e muito menos, em particular, os de natureza política. Esta, aliás, tem sido a alegação mais freqüente dos que resistem à eleição como alternativa para a escolha do diretor, ou seja, descarta-se a eleição porque “não é possível atribuir a existência da democracia a apenas uma variável, seja ela o concurso, os cursos, ou, menos ainda, a eleição”.

Por fim, interessante analisar mais uma questão. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sem exceção, compreendem que o exercício da direção escolar é o exercício de um cargo comissionado. Existe outro entendimento, no entanto, no sentido de que a direção escolar deve ser compreendida como uma função (SOUZA; GOUVEIA, 2010). Essa discussão, embora sutil, apresenta importantes consequências práticas uma vez que, enquanto os cargos em comissão podem ser exercidos por qualquer pessoa e são de livre nomeação pelo Chefe do Poder Executivo, as funções são obrigatoriamente exercidas por servidores de cargo efetivo, não havendo na carta constitucional previsão do modo de escolha do agente que exercerá a função. Nesse sentido, se considerada como função, a direção escolar poderá ser escolhida através de eleições diretas desde que seus concorrentes sejam concursados públicos-docentes efetivos, por exemplo.

Doutrinariamente a distinção que se faz entre cargos e funções públicas refere-se ao fato de que enquanto os cargos públicos são entendidos como o conjunto de atribuições e responsabilidades específicas previstas em lei na estrutura organizacional da Administração, com denominação própria e remuneração correspondente; a função é a atribuição que o Poder Público confere a determinado servidor de forma transitória para o exercício de determinado serviço (DALLARI, 1992). A ideia presente na distinção é a de que o volume de atribuições imputadas ao servidor exercente de função não demandaria a criação de um cargo.

Para Souza (2007), a compreensão da direção escolar como cargo relaciona-se à uma concepção profissionalizante e técnica deste ofício enquanto o entendimento daquela como função, deixa expresso seu caráter político. A questão, no entanto, não é simples, não havendo critérios objetivos que possam diferenciar a idéia de cargo e função cabendo, em cada caso, uma análise mais aprofundada.

4.7 Poder de regulação estatal em relação aos estabelecimentos privados de ensino

Dentre as ações analisadas, duas referem-se ao poder de regulação do Estado em relação aos estabelecimentos privados de ensino, ou seja, analisam a possibilidade de intervenção estatal na atividade exercida pela iniciativa privada no âmbito da educação.

A ação direta de inconstitucionalidade nº 1266, julgada em 06/04/2005, foi proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei estadual baiana nº 6.584/94 que regulamenta a adoção de materiais escolares e livros didáticos pelos estabelecimentos de ensino privados no âmbito da educação básica.

Em suma alega a requerente que a Constituição Federal, em seu art. 209, garante que o ensino é livre à iniciativa privada, limitando o poder regulador do Estado apenas ao estabelecimento do currículo mínimo obrigatório, autorização e avaliação de qualidade das instituições privadas de ensino.

O Min. Relator Eros Grau não acatou os argumentos esposados pela CONFENEN e posicionou-se no sentido de constitucionalidade da norma estadual baiana. Argumenta o Ministro que, embora os serviços educacionais possam ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, autorização ou permissão, configuram-se essencialmente em serviços públicos e, portanto, devem obedecer às normas gerais de educação nacional bem como as dispostas pelo Estado Membro no exercício da sua competência legislativa suplementar.

Os Ministros Carlos Britto e Sepúlveda Pertence, embora concordem com o Min Relator Eros Grau quanto à constitucionalidade da norma impugnada, destacam que não compreendem a educação como serviço público. Para ambos os Ministros a educação, assim como a saúde, configura-se em tipo de serviço misto, que comporta duas titularidades distintas: a privada e a pública. Entendem os Ministros, porém, que por estar imbricado com o direito constitucional à educação, o serviço prestado pelo ensino privado está sujeito a regulamentações públicas.

Sobre a temática, entendem os Ministros Joaquim Barbosa e Gilmar Mendes que a educação, antes- e independentemente- de se caracterizar como serviço público ou privado, é direito fundamental constitucional e que, portanto, suporta o poder de regulação por parte do Estado.

Único Ministro a entender pela inconstitucionalidade da lei 6.584/94, o Ministro Marco Aurélio compreende que o poder regulador do Estado- em sentido amplo- com relação ao ensino privado não se estende aos Estados-membros. Nesse sentido, afirma o Ministro que, embora considere o conteúdo da norma elogiável, posiciona-se pelo entendimento de que cabe às unidades da Federação disciplinar a educação apenas no âmbito do ensino público, cabendo à União editar as normas gerais cabíveis também à iniciativa privada.

Nesse sentido, com o voto contrário do Min. Marco Aurélio, entende o STF por maioria pela constitucionalidade da lei estadual baiana nº 6.584/94.

A segunda ação sobre a temática da regulação estatal dos estabelecimentos privados de ensino refere-se à ação direta de inconstitucionalidade nº 1007, julgada em 31/08/2005. Trata-se de ação proposta também pela CONFENEN com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei estadual pernambucana nº 10.989/93 que estabelece prazo para o pagamento das mensalidades escolares naquela unidade da federação.

Sustenta em síntese a autora que referida norma é inconstitucional uma vez que: a) os artigos 206, inciso III e 209 da Constituição Federal estabeleceram a liberdade de iniciativa no âmbito do ensino bem como a coexistência de instituições de ensino públicas e privadas; b) a educação não é serviço privativo do Estado; c) os contratos celebrados entre os particulares e as escolas são bilaterais e onerosos, sujeitos ao princípio da autonomia da vontade e por isso não suportam a ingerência do Estado e d) a competência para legislar sobre o vencimento de mensalidades é exclusiva da União por referir-se à matéria de direito civil, não cabendo ao Estado membro fazê-lo.

Ao proferir seu voto, o Min. Relator Eros Grau posicionou-se no sentido de que, embora compreenda a educação como serviço essencialmente público e que comporta a regulação estatal, entende também que a matéria tratada na lei, qual seja a fixação de data de pagamento das mensalidades escolares, refere-se à matéria pertencente ao campo do direito contratual e não do direito constitucional da educação. Por esse fundamento, afirma o Ministro que compete exclusivamente à União legislar sobre a temática, nos moldes do art. 22, inciso I, da Constituição Federal, razão pela qual entende pela inconstitucionalidade da norma estadual.

Por fim, o Ministro ainda salienta que compreende que, sendo a educação serviço público, a relação que se estabelece entre as entidades de ensino privadas e seus usuários é diferente daquela estabelecida entre um prestador de serviço e o consumidor, ou seja, extrapola-se a mera relação de consumo. Nas palavras do Ministro:

Não posso reduzir o cidadão a um agente econômico que tem direitos porque travou relações com um produtor de bens ou de serviços e que, atuando no mercado e tendo pago o custo, o preço desses bens, desses serviços, merece proteção jurídica. Não! A proteção jurídica que o usuário do serviço público merece do ordenamento jurídico é anterior ao seu ingresso no mercado. Ele a obtém na medida em que participa, como cidadão, do Estado. (BRASIL, 2005, p. 13).

Em sentido contrário, o Min. Carlos Britto compreende que a relação estabelecida entre os contratantes e a iniciativa privada no âmbito da educação é relação de consumo e, portanto, pode ser objeto de lei estadual, como estabelecido no art. 24, inc. V da Constituição Federal. Afirma ainda o Ministro que a proteção dada pelo Estado ao consumidor de serviços educacionais não exclui a proteção estatal deferida ao usuário de serviço público educacional: elas são cumulativas.

Esse é justamente um dos pontos principais de dissenso entre os Ministros do STF quanto à matéria tratada no acórdão, ou seja, analisar qual a natureza da relação existente entre os estabelecimentos de ensino privados seus contratantes. De um lado, a corrente esposada pelo Ministro Relator e seguida pelos Ministros Cezar Peluso, Carlos Veloso, Sepúlveda Pertence e Ellen Gracie, compreende que referida relação é contratual e que, portanto a norma impugnada é inconstitucional por imiscuir-se em seara de competência legislativa exclusiva da União. De outra ponta, compreende o Min. Carlos Brito que referida relação é de consumo, pugnando pela constitucionalidade da norma. Em uma posição intermediária, compreende o Min. Celso de Mello que a norma impugnada se encontra em campo que combina matérias relativas a consumo, educação e ensino e que, portanto, pode ser objeto de lei estadual.

Destaca-se entre os Ministros o posicionamento do Min. Joaquim Barbosa pela sua singularidade. Para o Ministro, a norma estadual impugnada, ao estipular como data para o pagamento das mensalidades escolares o último dia do mês, teve como intuito primordial garantir a concretização do acesso ao direito fundamental da educação. Nesse sentido, afirma Joaquim Barbosa que a natureza da relação estabelecida entre os estabelecimentos de ensino privados e seus contratantes não é contratual nem relativa ao direito do consumidor: ela é pautada no próprio direito fundamental à educação e que, portanto, deve suportar o poder de regulação estatal. Continua o Ministro afirmando que, ainda que se considere a educação como serviço de natureza não pública, a livre iniciativa está sempre limitada pela supremacia da ordem pública não cabendo, no caso, a afirmação de que a liberdade contratual é absoluta e irrestrita. Assim, por entender que a norma versa sobre matéria atinente ao ensino e cujo objetivo é garantir a efetivação do direito fundamental da educação, posiciona-se o Ministro Joaquim Barbosa pela sua constitucionalidade. Com efeito, por maioria, o STF entendeu pela inconstitucionalidade da lei nº 10.989/93, nos termos do voto do Min. Relator Eros Grau.

Referida discussão acerca da natureza da relação existente entre o prestador do serviço educacional privado e seu usuário não é consensual também entre os pesquisadores da

temática e outros órgãos do Poder Judiciário: tratar-se-ia de relação entre prestador de serviço delegado do Estado e cidadão (usuário de serviço público) ou entre prestador de serviços e consumidor? Nesse sentido, Ranieri (2013, p. 85) questiona:

A posição do aluno não é mais simples. Cidadão, agente econômico, consumidor ou usuário? Quais as consequências, em termos de maior proteção do direito, que advém de cada uma dessas posições, se é que se distinguem?

Pela análise das decisões supraexpostas observou-se que, embora os Ministros tenham travado ferrenha discussão quanto à natureza jurídica dos serviços educacionais – se serviço público, privado ou de natureza dupla- e também em relação à natureza jurídica da relação entre os estabelecimentos privados de ensino e seus usuários – se contratual, se relação de consumo ou se pautada no direito fundamental à educação- a posição majoritária da Corte é no sentido de que a atuação da iniciativa privada na educação básica não está desatrelada da observância das regras estabelecidas pelo Estado. Em outras palavras, a Corte entendeu, por maioria, que a iniciativa privada no âmbito do ensino deve suportar a regulação estatal, inclusive aquela estabelecida pelos Estados Membros.

De fato, a Constituição Federal autoriza o exercício da atividade educacional pela iniciativa privada mas a submete ao dirigismo e regulação estatal. O art. 205 da carta constitucional, ao estabelecer que a educação é primeiramente dever do Estado impôs um regime jurídico que confere à Administração a responsabilidade de não apenas garantir o acesso à educação em estabelecimentos de ensino públicos mas também de fiscalizar e tutelar a prestação dos serviços educacionais no âmbito privado (TROPARDI FILHO, 2009). Ademais, o art. 209 da Constituição Federal é expresso em afirmar que é livre a exploração da atividade educacional privada desde que respeitada duas condições: o cumprimento das normas gerais de educação nacional e a autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público (BRASIL, 1988). Observa-se assim que a liberdade de iniciativa na área educacional não é irrestrita, estando limitada pelo próprio conteúdo do direito fundamental da educação e pelos ditames da justiça social (SILVA, 2007). Nesse sentido, afirma Ranieri (2013, p. 82)

Se na iniciativa privada há amplo espaço para o exercício da atividade econômica, isto não se verifica na área educacional. Ainda que o inciso III do art. 206 da própria Constituição garanta o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas, e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, meios e fins da atividade educacional privada são controlados pelo Estado, inclusive no que diz respeito às mensalidades escolares.

Importante destacar que a maioria dos ministros do STF garantiu às já citadas normas constitucionais uma interpretação extensiva, uma vez que considerou que os estabelecimentos de ensino privados estão sujeitos não apenas às normas gerais estabelecidas pela União no campo educacional mas também devem obediência às normas estabelecidas pelos Estados Membros. Essa questão, no entanto, não foi consensual e não é possível afirmar que essa seja a posição pacífica do STF quanto ao tema.

Outro dissenso presente nos acórdãos em análise refere-se à discussão sobre a natureza jurídica do serviço educacional.

A educação, além de configurar-se como direito fundamental e como dever do Estado, da família e da sociedade, é também serviço público. Compreende-se a noção de serviço público como:

[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada a satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público- portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais-, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (MELLO, 2001, p. 600).

Como se observa pela passagem transcrita acima, a noção de serviço público- embora não seja unânime e esteja em constante evolução- remete ao entendimento de que determinadas atividades, em razão da sua importância e da própria natureza pública que a caracterizam, devem ser assumidas, direta ou indiretamente, pelo Estado. Embora o conceito de serviço público admita diversas classificações doutrinárias, pode-se afirmar que, fundamentalmente, os serviços públicos dividem-se em serviços próprios e impróprios. Os serviços públicos próprios referem-se àquelas atividades exercidas pelo Estado direta ou indiretamente (através de concessões e permissões). Os serviços impróprios, por sua vez, podem ser exercidos pelos particulares independentemente de permissão ou concessão do Estado devendo, no entanto, ser por este fiscalizado, avaliado e regulamentado (DI PIETRO, 2003).

Os serviços privados, por exclusão, seriam aqueles exercidos livremente pela iniciativa privada segundo as regras de direito privado e sem maior ingerência do poder estatal.

Feita essa digressão, questiona-se: qual a natureza do serviço educacional?

Para Cury (2006), a educação, por configurar-se constitucionalmente como dever do Estado e por sua íntima relação com os objetivos fundamentais da República do Brasil, deveria ser considerada como serviço público próprio. Nesse sentido, os estabelecimentos

educacionais privados estariam exercendo atividade delegada, com intensa intervenção estatal. Esse também é o posicionamento de Silva:

[...] a educação, como processo de reconstrução da experiência, é um atributo da pessoa humana e, por isso, tem que ser comum a todos. É essa a concepção que a Constituição agasalha nos arts. 205 a 214, quando declara que ela é um direito de todos e um dever do Estado. Tal concepção importa [...] em elevar a educação à categoria de serviço público essencial que ao Poder Público impende possibilitar a todos. (Silva, 2007, p. 397).

O posicionamento majoritário, no entanto, compreende a educação como serviço público impróprio, ou seja, não privativo do Estado, que pode ser exercido pelos particulares independentemente de delegação ou permissão mas sob a fiscalização e regulamentação da Administração Pública. Esse é o posicionamento adotado pelo Min. Eros Grau no acórdão e em análise e é também esposado por Ranieri (2013, p. 82):

A atividade educacional escolar é função pública em razão de suas finalidades (CF, art. 205), podendo ser prestada diretamente pelo Estado ou pelo particular, sem prejuízo da colaboração entre ambos mediante técnicas de fomento ou parcerias. Evidentemente, quando prestada pelo Estado, submete-se ao regime de Direito Público; quando prestada pela iniciativa privada, ao Direito privado, com derrogação parcial desse regime, independentemente da natureza da instituição que o oferece.

Os Ministros Carlos Britto e Sepúlveda Pertence, por sua vez, esposaram posição singular com relação à natureza jurídica do serviço educacional. Para os Ministros, o serviço educacional comporta natureza dúplice: é público quando prestado pelo Estado e privado quando prestado pela iniciativa privada. Destacam os Ministros, no entanto, que embora incluam a natureza privada no conceito de serviço educacional, compreendem também que a atividade privada deve esta estar sujeita às normas educacionais promulgadas pelo Estado.

4.8 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão em relação à erradicação do analfabetismo no país e à implementação do ensino fundamental obrigatório e gratuito para todos

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 1698 foi proposta em 1997 por três partidos políticos (Partido dos Trabalhadores- PT; Partido Comunista do Brasil- PC do B e Partido Democrático Trabalhista –PDT) em face do então Presidente da República e do Ministro da Educação.

Alegam os requerentes que as autoridades requeridas foram omissas em erradicar o analfabetismo no país e em garantir a oferta e implementação perene do ensino fundamental obrigatório e gratuito para todos os brasileiros, como imposto pela Constituição Federal no art. 208, inc. I e 214, inc. I, cuja redação na data de ingresso da ação era a seguinte:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996 e alterada pela Emenda Constitucional nº 59/09)

[...]

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração plurianual, visando à articulação e ao desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis e à integração das ações do Poder Público que conduzam à (Redação alterada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

I - erradicação do analfabetismo;

II - universalização do atendimento escolar;

[...] (BRASIL, 1988).

Os autores fundamentam o pedido afirmando que: a) o presidente da República não tem envidado nenhum esforço no sentido de garantir em plenitude a educação de qualidade no Brasil; b) pesquisa realizada pelo IBGE demonstrou que o número de crianças fora das escolas e de jovens e adultos analfabetos ainda é muito significativo e c) o Presidente da República vetou o inc. II do art. 2º da lei 9.429/96 que incluía as matrículas no ensino fundamental de jovens e adultos para os cálculos de redistribuição de recursos vinculados entre esferas de governo através do FUNDEF, o que resulta em prejuízo para a garantia da alfabetização dessa parcela da população.

Diante do exposto, requerem os autores que seja declarada a omissão do Presidente da República e do Ministro da Educação no cumprimento das já citadas normas constitucionais e sejam esses notificados para que adotem as providências necessárias para efetivação dos direitos educacionais não concretizados.

Ao analisar a ação em discussão em 2010, a Min. Relatora Carmen Lúcia posiciona-se no sentido de que a omissão administrativa passível de ser corrigida através de ação direta de inconstitucionalidade é a omissão normativa e não a referente à prática ou resultado de determinado ato concreto. Em outras palavras, entende a Ministra que a denominada Ação direta de inconstitucionalidade por omissão só pode ser impetrada quando a autoridade competente não se desincumbir do seu dever de elaboração de políticas visando à consecução do direito constitucionalmente assegurado, ainda que essas políticas não tenham alcançado

todos os objetivos previstos ou não tenham se mostrado suficientes. O foco que se dá, no caso, é na comprovação da elaboração de políticas públicas e não na verificação da sua implementação ou efetividade. Nesse sentido, a omissão considerada inconstitucional é a relativa à inércia em adotar providências normativas. Para fundamentar sua decisão, a Min. Relatora Carmen Lúcia realiza uma revisão dos documentos normativos elaborados desde a eleição do Presidente da República Fernando Henrique Cardoso e dos Programas elaborados pelo Poder Executivo nesse período e conclui que, diante dos múltiplos instrumentos desenvolvidos (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996, Plano Nacional de Educação, Programa Brasil Alfabetizado, FUNDEF, FUNDEB, entre outros) não houve omissão das autoridades requeridas na garantia da alfabetização de jovens e adultos e na implementação do ensino fundamental a todos os brasileiros. Deve-se destacar, no entanto, que a Ministra busca enfatizar que, embora no caso não tenha visualizado inércia do administrador, considera que é possível o controle de constitucionalidade por omissão de políticas públicas no campo da educação.

Com exceção do Min. Marco Aurélio, todos os Ministros seguiram o posicionamento da Min. Carmen Lúcia e entenderam pela inexistência de omissão no caso em análise. O voto contrário do Min. Marco Aurélio é no sentido de que os esforços realizados pelo Poder Executivo na erradicação do analfabetismo e na garantia do acesso ao direito à educação estão muito aquém do desejável e que cabe ao STF sinalizar nesse sentido. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio:

Entendo que, ante até mesmo a carga tributária, a receita, há uma certa, eu diria, uma grande inércia do Poder Público, do Estado, nesse campo. É fato notório que estamos a engatinhar no campo da educação. É muito séria a matéria porque a partir do momento em que o Tribunal assente que não há a inconstitucionalidade por omissão, quer sob o ângulo administrativo, quer sob o ângulo legal, estará dando um certificado de que tudo vem sendo feito para erradicar o analfabetismo. E assim, indiscutivelmente, não é. (BRASIL, 2010, p. 711).

A ação em análise é de grande interesse pois é a primeira vez em que esse instrumento processual, qual seja a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, é utilizado no campo do direito à educação. Essa modalidade de controle de constitucionalidade foi introduzida no país pela Constituição Federal de 1988 e tem como objetivo combater a inércia das autoridades competentes na efetivação de uma norma constitucional. A discussão sobre os limites de atuação de referido instrumento judicial bem como de estipulação de seu objeto, no entanto, ainda se encontram longe da pacificação, seja doutrinária, seja jurisprudencial. De

fato, não há consenso sobre qual espécie de omissão pode ser considerada inconstitucional: se apenas a omissão do Legislador ou se também a omissão Administrativa. Discute-se também se é necessário comprovar a intencionalidade do agente em omitir-se ao mandamento constitucional ou se basta o comportamento inerte da autoridade responsável. Por fim, cinge-se à doutrina e a jurisprudência quanto à discussão sobre quais atos devem ser considerados na análise da omissão constitucional: se apenas os atos normativos (expedição de leis, decretos, resoluções, elaboração de programas) ou se também os atos concretos (concreta realização do direito constitucional). Ademais, analisar em cada caso se a autoridade competente se manteve omissa na efetivação de determinada norma constitucional, especialmente às referentes aos direitos sociais, é tarefa complexa e que envolve questões que ultrapassam os limites da discussão técnico-jurídica. Todas essas questões não foram explanadas pela Constituição e ainda se encontram em terreno de construção doutrinária e judicial.

No caso em análise, o Supremo Tribunal Federal entendeu de forma unânime que é possível a impetração de ação direta de inconstitucionalidade por omissão em face de inércia administrativa. Na realidade, a nova redação da Lei nº 9868/99 é expressa em permitir essa possibilidade. No entanto, com exceção do Min. Marco Aurélio, a Corte entendeu que a omissão administrativa deverá ser analisada no plano normativo, ou seja, deve-se analisar se a autoridade competente elaborou documentos normativos que objetivem a consecução da norma constitucional. Para a Corte, então, não se trata de analisar se a norma constitucional está sendo efetivada na realidade mas sim se o agente competente tem elaborado – e não necessariamente implementado- políticas voltadas à sua efetivação. Trata-se de interpretação questionável uma vez que o objetivo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é justamente coibir a não realização concreta da norma constitucional e sabe-se que, na prática, a mera existência de documentos normativos não garante a efetividade dos direitos constitucionais, especialmente os sociais. Nesse sentido, como destaca Ferreira Filho (2000, p. 518) “o pouco caso com a Constituição muitas vezes decorre não propriamente da falta de leis, mas da não aplicação das leis existentes”.

Nesse sentido, embora seja de se destacar que a Min. Carmen Lúcia realizou uma extensa pesquisa documental em relação às normas elaboradas com o objetivo de garantir a efetividade do direito à educação, sua argumentação pautou-se na análise da quantidade de elaboração legal e não necessariamente nos resultados práticos das ações propostas pelas autoridades competentes. De fato analisou-se a existência de documentos e programas

voltados para a erradicação do analfabetismo e implementação do ensino fundamental obrigatório mas não se analisou questões como: aplicação de recursos para essas áreas; possíveis discussões e debates existentes na sociedade civil e acadêmica em torno da elaboração e aprovação de referidos documentos; pesquisas acadêmicas desenvolvidas sobre as questões em análise, entre outros pontos que extrapolam a análise meramente técnica da existência de documentos. Se a análise do STF quando às omissões administrativas na área educacional forem sempre pautadas na existência de documentos normativos, o próprio objetivo do instrumento judicial ficará sem sentido. Deve-se admitir que inconstitucional é não apenas a não promulgação de normas como também a não realização de medidas de efeitos concretos que garantam a efetividade do direito fundamental à educação (MARTINS, 2009).

4.9 Ação direta de inconstitucionalidade nº 1950: o caso da Meia-entrada

A ação direta de inconstitucionalidade nº 1950, julgada em definitivo em 03/11/2005, foi proposta pela Confederação Nacional do Comércio (CNC) com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei estadual paulista nº 7.844/92, que assegura a todos os estudantes matriculados nas redes de ensino de primeiro, segundo e terceiro graus existentes no Estado de São Paulo o direito de pagamento de meia-entrada do valor cobrado para o ingresso em estabelecimentos das áreas de esporte, cultura e lazer do Estado de São Paulo.

Sustenta a requerente que a norma é inconstitucional uma vez que institui indevida interferência do Estado Membro no domínio econômico, área que, segundo alega, é somente cabível à União.

Em seu voto, o Ministro Eros Grau destaca que, embora a Constituição Federal assegure a livre iniciativa bem como a liberdade de iniciativa econômica, também determina ao Estado que adote todas as providências necessárias para a garantia e promoção do direito à educação, cultura e desporto. Nesse sentido, compreende o Ministro que, no cotejo entre os desígnios de lucro e de acumulação de riqueza das empresas e o direito ao acesso à educação e à cultura como meio complementar à formação dos estudantes, deve prevalecer o interesse coletivo, razão pela qual o Min. Eros Grau declara o dispositivo impugnado como constitucional, não acatando a argumentação exposta pela CNC.

No mesmo sentido, o Ministro Carlos Britto destaca que a propriedade, inclusive a referente a bens e valores educacionais e culturais, deve cumprir a sua função social.

Ademais, o Ministro compreende que o acesso a eventos e estabelecimentos das áreas de esporte, cultura e lazer possibilita aos estudantes o acesso aos bens culturais e, por essa razão, é dever do Estado garanti-lo e promovê-lo.

O Min. Marco Aurélio, no entanto, discorda da argumentação desenvolvida por ambos os Ministros por entender como inconstitucional e não razoável a interferência do Estado na livre iniciativa sem que haja uma contrapartida para as empresas que serão atingidas pela norma impugnada, ainda que referido dispositivo tenha como objetivo garantir o direito de acesso à educação, cultura e desporto. O Ministro ainda critica o fato de a norma impugnada não fazer distinção entre estudantes de estabelecimentos públicos de ensino e estudantes de estabelecimentos privados de ensino o que, segundo sua argumentação, conflita com o princípio da igualdade.

No mesmo sentido que o Min. Marco Aurélio, o Min. Cezar Peluso destaca que a norma impugnada, ao estabelecer o direito à meia-entrada, não está se desincumbindo do seu dever constitucional de promoção de meios de acesso à cultura e à educação; apenas obriga o particular que o faça, ofendendo as normas de livre iniciativa e de estabelecimentos livres de contratos.

Os demais Ministros seguiram o voto do Min. Relator Eros Grau e declararam o dispositivo impugnado como constitucional.

Observa-se, no caso, a formação de duas correntes de argumentação. A primeira, vitoriosa, compreende que a CF estabeleceu, ao lado da garantia da livre iniciativa, normas de cunho social que forçam uma interpretação sistemática da carta constitucional com vistas ao interesse coletivo. Assim, ao estabelecer em seu art. 23 que compete à União e aos Estados Membros propiciar o acesso à educação e à cultura bem como ao declarar no art. 215 que cabe ao Estado em sentido amplo garantir o exercício dos direitos culturais, a Constituição federal legitimou iniciativas legais como a proposta pela lei estadual paulista. Já a segunda corrente de argumentação entende que referidas disposições constitucionais não tem o condão de derrogar as normas garantidoras da livre iniciativa e da liberdade econômica.

4.10 Inconstitucionalidade em razão da inobservância dos requisitos formais de produção das normas: o conflito entre os Poderes Legislativo e Executivo na elaboração de normas para a educação

A declaração de inconstitucionalidade de leis ou dispositivos legais em razão da inobservância às regras constitucionais que tratam dos requisitos formais de produção e

edição das normas é objeto de 6 entre as 35 ações analisadas. Trata-se da denominada inconstitucionalidade formal e refere-se ao desrespeito ao processo legislativo.

A Constituição Federal estabelece uma sequência de atos e regras que devem ser observados pelos agentes e órgãos legislativos na formação das distintas espécies normativas: leis complementares, lei ordinárias, decretos legislativos, resoluções, medidas provisórias, entre outras. O conjunto desses procedimentos constitucionais compõe o já referido processo legislativo.

A carta constitucional garante a distintos legitimados a possibilidade de dar início a esse processo de produção de normas: é a denominada iniciativa de lei e compreende a faculdade atribuída a alguém ou a determinado órgão para apresentar projetos de leis (MORAES, 2007). A iniciativa de lei pode ser parlamentar, de titularidade do Congresso Nacional e das Assembléias Legislativas ou extraparlamentar, de titularidade do Chefe do Poder Executivo, dos Tribunais Superiores, dos cidadãos ou do Ministério Público. Pode ainda ser privativa de determinado órgão ou agente ou concorrente (pertencente a vários legitimados) e é a própria Constituição Federal que estabelecerá a quem compete-privativamente ou não- a iniciativa legislativa sobre determinado assunto.

Destaquem-se entre as prerrogativas constitucionais de iniciativa legislativa, a titularidade privativa do Chefe do Poder Executivo para propor projeto de lei sobre: a) criação de cargos públicos e aumento de remuneração (art. 61, § 1º, II, c, CF); b) regime jurídico dos servidores públicos (art. 61, § 1º, II, c, CF); c) organização da Administração Pública (art. 61, § 1º, II, e, CF) e d) orçamento (art. 165, CF).

É importante salientar que a Constituição Federal refere-se à iniciativa do Presidente da República – e não do Chefe do Poder Executivo. No entanto, em razão do princípio da simetria, é consensual no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que as normas de iniciativa legislativa são de reprodução obrigatória no âmbito estadual (MORAES, 2007).

As ações analisadas nesse subtópico têm como temática principal os vícios de iniciativa legislativa, ou seja, referem-se à alegada inobservância às regras constitucionais de processo legislativo e foram organizadas de acordo com as respectivas datas de julgamento.

Na ação nº 1689 de 12/03/2003 o Procurador Geral da República, atendendo solicitação formulada pelo Município de Recife, requer a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 227 da Constituição do Estado de Pernambuco. Em referido parágrafo dispõe-se que o Estado de Pernambuco e seus Municípios aplicarão anualmente o percentual de, no mínimo, 1% dos seus respectivos orçamentos gerais na promoção de

programas de assistência integral à criança e ao adolescente, dentre os quais programas voltados à educação.

O Procurador Geral da República sustenta que referida norma é inconstitucional e, portanto não deve gerar efeitos, tendo em vista que cabe ao Chefe do Poder Executivo (e não à Assembleia Legislativa do Estado) dispor inicialmente sobre matéria orçamentária como estabelecido pelo artigo 61, § 1º, II, b e 167, IV da CF. Ademais, sustenta que é vedada pelo artigo 167, IV a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas as hipóteses explicitamente dispostas pela Constituição Federal, dentre as quais a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde e para manutenção e desenvolvimento do ensino (BRASIL, 1988).

No caso em apreço o Tribunal, por unanimidade, julgou procedente a ação pelos mesmos argumentos expostos pelo Procurador Geral da República e declarou inconstitucional e, portanto, sem efeito a vinculação de, no mínimo, 1 % dos orçamentos estaduais e municipais na promoção de programas de assistência integral à criança e ao adolescente.

Interessante destacar nessa decisão que a norma sobre a qual se discutiu a inconstitucionalidade referia-se à vinculação orçamentária e não ao dever do Estado e do Município em garantir a assistência integral à criança e o adolescente. Nesse sentido, o Ministro relator Sydney Sanches é categórico em afirmar que é dever do Estado, em sentido amplo, assegurar os direitos civis e sociais à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade nos termos do artigo 227 da Constituição Federal.

Cabe destacar ainda que diante da histórica falta de efetividade das normas de cunho social no país, especialmente em razão da não destinação de recursos específicos para sua consecução, uma norma que garanta a sua aplicação tem caráter salutar. Os Ministros do STF, no entanto, optaram por não discutir o mérito do conteúdo da norma, restringindo sua análise aos aspectos formais de sua produção.

A segunda ação coletada sobre a temática, a ação direta de inconstitucionalidade nº 2806, de 23/04/2003 foi proposta pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul em face da Assembleia Legislativa do mesmo Estado e tem como objeto a declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual nº 11.830/02 que trata da garantia de respeito às crenças religiosas impondo, entre outros dispositivos, às entidades de ensino públicas e privadas de 1º e 2º grau a necessária observância e respeito aos dias de guarda e descanso do aluno de acordo com suas convicções religiosas, inclusive no que se refere à aplicação de provas, exercícios e trabalhos escolares. A mesma lei impõe a observância do respeito às tradições religiosas nos

processos seletivos para investidura de cargo, função ou emprego do Poder Público estadual nas três esferas: executiva, legislativa e judiciária.

Sustenta o autor da ação que referida norma é inconstitucional pois: a) ofende o princípio da independência e harmonia dos Poderes; b) fere o princípio da igualdade; c) cabe ao Chefe do Poder Executivo legislar sobre o tema e d) fere a laicidade do Estado.

A Assembléia Legislativa, por sua vez, aduz que referida norma é constitucional tendo em vista que seu objetivo é garantir o exercício do direito à liberdade de religião, o que se coaduna com a própria garantia dos direitos humanos.

O Ministro Relator Ilmar Galvão entendeu que a lei impugnada é inconstitucional porquanto cabe ao Chefe do Poder Executivo- e não à Assembleia Legislativa- cuidar do regime jurídico dos servidores civis do Estado, inclusive quanto às regras relativas aos processos seletivos para investidura de cargos, empregos e funções.

Especificamente quanto à possibilidade dos alunos de entidades públicas e privadas de 1º e 2º grau não realizarem as atividades escolares em dias considerados de guarda pela religião de que forem adeptos, o Ministro Relator tomou duas linhas de argumentação para declarar o dispositivo inconstitucional.

Com relação aos alunos matriculados em entidades de ensino públicas, o Min. Ilmar Galvão argumentou que, de acordo com o artigo 84, VI, a, da Constituição Federal, cabe ao Chefe do Poder Executivo, via decreto, disciplinar sobre o funcionamento de órgãos da Administração, dentre eles as escolas públicas. Já com relação às entidades privadas, o Ministro relator argumentou que nesse caso a norma está dispondo sobre diretrizes à educação o que, nos termos no artigo 22, XXIV da CF, é competência da União.

É de se questionar a razão pela qual o Ministro Relator adotou argumentações diferentes com relação às entidades de ensino públicas e privadas. Tendo em vista que o Min. Ilmar Galvão não se prolongou em sua argumentação, apenas citando os dispositivos constitucionais já referidos para embasar sua decisão, resta a dúvida sobre o que o Ministro considera como diretrizes à educação: são apenas normas destinadas às entidades privadas ou envolveriam também normas relativas às entidades públicas?

A inconstitucionalidade da lei foi afirmada de forma unânime pelos demais membros do Supremo Tribunal Federal. Destaque-se que o Min. Sepúlveda Pertence declarou a norma inconstitucional não apenas pelos argumentos expostos pelo Ministro Relator como também por entender que referidos dispositivos ferem o caráter laico do Estado.

A ação direta de inconstitucionalidade nº 2804, cujo julgamento data de 02/03/2005, foi proposta pelo Governador do Rio Grande do Sul e tem como objetivo a declaração de inconstitucionalidade do artigo 25 da Lei estadual nº 11.672/2001 que reorganiza o quadro de servidores de Escola e estabelece novo plano de pagamentos.

Alega o requerente que referido artigo da lei estadual teve seu conteúdo alterado pela Assembléia Legislativa do RS no decorrer do processo legislativo iniciado pelo próprio Governador do Estado, violando o princípio da separação dos Poderes. Afirma ainda que a regulamentação de matérias referentes a servidores públicos estaduais é de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, não cabendo ao Poder Legislativo disciplinar sobre as mesmas. O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, acatou integralmente a argumentação do Governador do Rio Grande do Sul e declarou inconstitucional o artigo 25 da lei nº 11.672/2001.

A ação direta de inconstitucionalidade nº 1895, distribuída em 02/10/1998 e julgada em 02/08/2007, foi impetrada pelo Governador de Santa Catarina com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade de parte da lei estadual nº 170/98, de iniciativa legal da Assembléia Legislativa de Santa Catarina, que dispõe sobre o sistema de ensino estadual e estabelece, dentre outros dispositivos: a) a garantia da inclusão da hora atividade do docente na jornada de trabalho e com igual duração à da hora aula, assim entendido o período reservado aos estudos, planejamento e preparação de aulas e avaliações; b) a inclusão do intervalo de tempo destinado ao recreio na contagem da carga horária de trabalho dos profissionais da educação; c) no caso de transferência escolar de uma rede de ensino para outra, os profissionais de educação efetivos serão mantidos na mesma unidade salvo pedido de remoção, garantindo-se, em ambos os casos, a percepção integral dos vencimentos.

Alega o requerente que a norma é inconstitucional uma vez que: a) viola o princípio da separação dos Poderes ao dispor sobre a estrutura dos órgãos que integram a Administração Pública e sobre o regime jurídico dos servidores públicos, matérias cuja competência é do Chefe do Poder Executivo, de acordo com os arts. 61, § 1º, II, a e c e 84, II e IV da Constituição Federal e b) a inamovibilidade dos professores estabelecida pela lei estadual viola a autonomia municipal, garantida pelos arts. 18 e 30, V, da Constituição Federal.

Ao prestar informações, a Assembléia Legislativa de Santa Catarina afirma que atuou de acordo com suas competências constitucionais e regimentais. Assevera ainda que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação estabeleceu, em seu art. 88, que compete também aos Estados adaptar sua legislação educacional às disposições da referida lei federal e, uma vez que a

Administração Pública não se desincumbiu desse dever, coube ao Poder Legislativo fazê-lo em prol do interesse da sociedade catarinense.

O Min. Relator Sepúlveda Pertence considerou a norma impugnada inconstitucional uma vez que trata de matéria concernente ao regime jurídico dos servidores públicos e, portanto, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos dos artigos. 2º, 61, § 1º, II, c e 25 da Constituição Federal. De acordo com o posicionamento do Ministro, as regras de competência legislativa, por constituírem um dos fundamentos do modelo positivo da separação de Poderes, são de observância obrigatória, razão pela qual o Ministro optou por não discutir o mérito do conteúdo das normas. Os demais Ministros acompanharam o voto de Relator e declararam as normas impugnadas inconstitucionais por unanimidade.

Destaquem-se, nessa ação, dois pontos. O primeiro refere-se ao lapso de tempo de pouco menos que 9 anos entre o início da ação e seu julgamento. Tendo em vista que não houve concessão de medida liminar determinando a suspensão da lei durante esse prazo, temos que, durante um período significativo de tempo, os profissionais de educação do Estado de Santa Catarina vivenciaram um regime jurídico em que lhe eram garantidos importantes direitos que se relacionam com a própria valorização dos profissionais da educação estabelecida no artigo 206 da Constituição Federal. Ao declarar a inconstitucionalidade das normas impugnadas sem discutir o seu conteúdo e objetivos, o Supremo Tribunal criou situação jurídica e fática desfavorável aos profissionais da educação, que perderam o amparo legal garantido previamente pela lei estadual. Trata-se de questão que mereceria maior discussão do STF para que, ao menos, se estabelecessem os limites temporais e objetivos da inconstitucionalidade declarada. Deve-se esclarecer que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma, o Supremo Tribunal, salvo expressa decisão em contrário, declara-a desde a sua edição legislativa, declarando nulos todos os atos realizados com base na lei declarada inconstitucional (BRASIL, 1999). Nesse sentido é de se questionar a situação dos profissionais da educação que, por exemplo, foram mantidos em exercício em unidade de ensino estadual em caso de transferência de unidade escolar de uma rede para outra. Permanecerão na mesma rede de ensino ou serão transferidos diante da declaração de nulidade da sua permanência?

Outro aspecto a se destacar é o fato de que o conteúdo das normas declaradas inconstitucionais relaciona-se com a garantia constitucional do princípio da valorização dos profissionais da educação estabelecido no art. 206, V da CF. A própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96) estabelece em seu art. 67 que os sistema de ensino

deverão assegurar em lei período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho e condições adequadas de trabalho. A questão que se faz é: não tendo o Poder Executivo cumprido seu dever com relação à valorização dos profissionais da educação, pode o Poder Legislativo atuar de forma a obrigá-lo a cumprir, ainda que não seja sua competência legislativa? A resposta do Supremo Tribunal Federal foi unânime: não.

A ação direta de inconstitucionalidade nº 2329, julgada em definitivo em 12/04/2010, foi proposta em 16/10/2000 pelo Governador do Estado do Alagoas com o objetivo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei estadual nº 6153/2000, de autoria da Assembléia Legislativa do Estado e que cria programa de leitura de jornais e periódicos em sala de aula em todos os estabelecimentos de ensino de 1º e 2º graus da rede pública e privada de Alagoas, a ser coordenado pela Secretaria estadual de Educação, com o objetivo de orientar os alunos para o exercício da cidadania.

Para o autor da ação, a lei é inconstitucional uma vez que: a) designa nova função à Secretaria de Educação, objeto sobre o qual a iniciativa de lei é exclusiva do Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 61, § 1º, II, a/e e art. 25, todos da Constituição Federal; b) compete ao Poder Executivo a direção e organização da Administração Pública nos termos do art. 84, II e VI da CF; c) viola o princípio da independência e harmonia dos Poderes; d) cria despesa sem prévia dotação orçamentária, desrespeitando o art. 169, § 1º, da Constituição Federal.

O Advogado Geral da União pugnou pela constitucionalidade da lei alagoana entendendo que os jornais e revistas a serem utilizados no programa estadual consistem em material didático e, portanto, cuja execução já integra as atribuições da Secretaria do Estado. Sustenta ainda que a lei impugnada está em consonância com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 1996 e que a Assembléia Legislativa é competente para dispor sobre o acesso à cultura, educação e ciência.

A Min. Relatora Carmen Lúcia posicionou-se pela inconstitucionalidade da lei estadual alagoana pelos mesmos argumentos expostos pelo autor da ação. Acrescentou ainda que, ao estabelecer a aplicação do programa de leitura de jornais e periódicos às escolas particulares, a Assembléia Legislativa ultrapassou os limites da competência suplementar dos Estados Membros para legislar sobre educação, estatuída no art. 24, § 1º da CF. Para a Ministra, embora a educação deva ser considerada como direito fundamental e serviço público, a iniciativa privada deverá apenas cumprir as normas gerais de educação nacional,

não podendo ser impelida a cumprir as normas estaduais de ensino, conforme sua interpretação do art. 209, I, da CF.

Ao fim, a Min. Carmen Lúcia destaca que, embora considere louvável a iniciativa legislativa da Assembléia Legislativa de Alagoas, entende que a existência dos vícios formais da norma impugnada não podem ser relevados em prol do conteúdo da lei. Os demais Ministros acompanharam o voto da Min. Relatora e o Supremo Tribunal Federal considerou, por unanimidade, a lei estadual alagoana inconstitucional.

A última ação coletada nesse subtópico, a ação direta de inconstitucionalidade nº 3179, julgada em definitivo em 27/05/2010, foi proposta pelo Governador do Estado do Amapá com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade da lei estadual nº 803/04, de autoria da Assembléia Legislativa do Estado, que cria a Escola Técnica Agropecuária no Município do Amapá.

Alega o requerente que a norma é inconstitucional uma vez que, ao dispor sobre criação de órgãos da Administração pública, viola o art. 61, § 1º, II, “b” e “e” da Constituição Federal.

O Min. Rel. Cezar Peluso posiciona-se pela inconstitucionalidade da lei, por entender, no mesmo sentido que o autor da ação, que a norma impugnada trata de matéria cuja iniciativa legislativa é privativa do Chefe do Poder Executivo. Os Ministros acompanharam o voto do Relator e o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, considerou a lei estadual nº 803/04 inconstitucional.

Ao analisar as ações supra expostas, observou-se que: a) em todas as ações os requerentes objetivaram a declaração de inconstitucionalidade de normas emanadas pelas Assembléias Legislativas dos Estados sob a alegação de violação da iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo. Trata-se, portanto, de um conflito entre os Poderes Executivo e Legislativo; b) o STF decidiu, por unanimidade, que os requisitos formais de iniciativa legislativa não podem ser convalidados ou relevados, ainda que o conteúdo da norma seja considerado “louvável” ou “bom” –nas palavras dos Ministros- e ainda que esteja de acordo com as prescrições constitucionais de caráter material e c) o STF decidiu, por unanimidade, que há violação ao princípio da independência e harmonia dos Poderes quando o Poder Legislativo atua dentro das atribuições legais do Poder Executivo, ainda que seja para garantir o cumprimento de deveres constitucionais atribuídos à Administração mas por ela não efetivados.

4.11 Competências para legislar: o conflito entre a União e os Estados Membros na elaboração de normas para a educação

Das ações analisadas, 04 tem como temática principal a competência de diferentes entes estatais para legislar sobre temáticas relacionadas à educação. Importante destacar que, embora referidas decisões versem principalmente sobre questões de competência legislativa, foi possível observar durante a leitura de dois dos acórdãos que a arguição dos Ministros julgadores extrapolou a argumentação sobre a temática, expondo a posição dos membros do Supremo Tribunal Federal sobre outros temas de interesse educacional. Essa é a razão porque se opta por analisar referidas decisões ao final deste subtópico. As duas outras decisões foram analisadas em respeito à data de julgamento.

Pode-se compreender o conceito de competência na esfera jurídica como a faculdade atribuída constitucionalmente ou legalmente a determinado órgão, ente, ou agente do Estado para realizar determinadas funções e exercer uma parcela do Poder Público (SILVA, 2007). Nesse sentido, conceitua Canotilho (2002, p. 542-543):

Por competência entender-se-á o poder de acção e de actuação atribuído aos vários órgão e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas que são constitucional ou legalmente incumbidos. A competência envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas tarefas bem como os meios de acção (“poderes”) necessários para a sua prossecução. Além disso, a competência delimita o quadro jurídico de actuação de uma unidade organizatória relativamente a outra.

Costuma-se distinguir na doutrina as noções de competência material e legislativa. As competências materiais referem-se às atribuições estabelecidas pela Constituição Federal aos diferentes entes estatais para realizar atos de administração, organização e execução. Já as competências para legislar, temática sobre a qual tratam as decisões ora analisadas, referem-se às faculdades constitucionais atribuídas à União, Estados e Municípios para editar atos normativos, ou seja, para legislar (MORAES, 2007).

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a autonomia das entidades federativas em seus artigos 1º, 18, 23 e 60, § 4º, I, impôs um modelo de Estado em que suas funções e competências fossem exercidas de forma repartida. De fato, a repartição de competências, legislativas e materiais, entre os diferentes entes federados é um dos pontos fundamentais do federalismo (CAGGIANO, 2003). Nesse sentido, especificamente quanto à repartição de competência para legislar, Silva (2007, p.476) irá destacar que “a autonomia das entidades federativas pressupõe a repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua

atividade normativa. Esta distribuição constitucional de poderes é o ponto nuclear da noção de Estado Federal”.

A Carta Magna de 1988 estabeleceu um complexo sistema de repartição de competências legislativas entre os diferentes integrantes do sistema federativo, conjugando competências privativas de repartição horizontal com competências concorrentes de repartição vertical (CURY, 2002).

As competências privativas referem-se às atribuições enumeradas constitucionalmente a uma entidade e que somente por ela podem ser exercidas, salvo delegação. São de repartição horizontal uma vez que, ao estabelecer de forma taxativa e exaustiva o rol de atribuições de cada ente federativo, a carta constitucional não estabeleceu hierarquia entre eles. As competências concorrentes, por sua vez, referem-se àquelas atribuições que podem ser exercidas por mais de uma entidade federativa, facultando a todos os entes a possibilidade de legislar sobre a mesma temática. Esse exercício concorrente, no entanto, como o próprio nome sugere, não ocorre de forma igualitária; trata-se de uma repartição vertical. Nesse sentido, de acordo com o princípio da predominância do interesse, compete à União legislar no âmbito do interesse geral, aos Estados no âmbito regional e aos municípios no âmbito local. Destaque-se que, caso a União não exerça sua competência, faculta-se aos Estados membros exercê-la de forma suplementar até que sobrevenha legislação federal sobre a temática (MORAES, 2007).

Especificamente quanto à repartição de competências para legislar sobre a temática educacional, a Constituição Federal estabeleceu que é privativo à União editar normas sobre as diretrizes e bases da educação nacional, conforme disposto no inc. XXIV do art. 22 da CF. Importante observar que, embora a Constituição estabeleça que referida matéria é de competência da União, não estabelece o conteúdo e sentido da expressão “diretrizes e bases da educação nacional”, deixando sua definição para os aplicadores e intérpretes do direito o que, como se observará, tem gerado conflitos entre os Estados e União no exercício da função legislativa. Como destacam Baracho Júnior e Galuppo (2006, p. 275) sobre o tema:

Há um espaço bastante nebuloso, no qual é árdua a tarefa de definir, de forma objetiva, a existência ou não de invasão de competência. O Supremo Tribunal Federal tem enfrentado casos de difícil solução em matéria de conflito de competências entre a União e os Estados, em especial conflitos que envolvem a superposição entre o exercício de competência legislativa privativa da União e o exercício de competência concorrente por parte dos Estados.

Ainda sobre a temática educacional, no art. 24, inc. IX, a carta constitucional estabelece que é competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre educação, cultura, ensino e desporto (BRASIL, 1988). A competência legislativa do Município quanto à temática educacional fica restrita a suplementar a legislação federal e estadual no âmbito do interesse local, conforme art. 30 da CF.

Para Cury (2010), as normas do art. 22, XXIV, 24, IX e 30 da Constituição Federal, combinadas com o art. 211 do mesmo documento, estabelecem um regime de organização educacional cooperativo, em que a educação é considerada nacional e cidadã e portanto, cujas normas fundamentais e comuns deverão ser de competência federal e cujas normas complementares e específicas caberão aos demais entes. O autor destaca, no entanto, que na prática pode ser difícil estabelecer os limites de competência de cada ente federado.

Para Silva (2007), a distinção entre as normas de caráter geral- de competência da União- e as normas de caráter complementar ou suplementar- de competência dos Estados Membros, Distrito Federal e Municípios- reside no já referido princípio da predominância do interesse. Assim, entende o autor, que se a norma educacional tratar de questões específicas, individualizadas e com indicação da extensão geográfica da sua aplicabilidade, tratar-se-á de normas complementares e/ou suplementares de competência estadual. Já se, ao contrário, a norma educacional não trouxer especificidades, restringindo-se à fixação de princípios e fundamentos, tratar-se-á de norma geral, de competência federal. Importante destacar que, para o autor, não há distinção significativa entre normas de diretrizes e bases da educação e normas gerais sobre educação previstas, respectivamente nos arts. 22, XXIV e 24, IX. Nesse sentido, Silva irá compreender que a atuação suplementar dos Estados é sempre cabível na edição de normas específicas, inclusive no que se refere às chamadas normas de diretrizes e bases da educação nacional.

Ranieri (2000) advoga em sentido semelhante, entendendo que a atuação legislativa da União na temática educacional está limitada ao estabelecimento de dispositivos basilares, principiológicos e diretivos, cabendo aos Estados membros- e, de forma suplementar, aos municípios- a competência para legislar sobre qualquer temática educacional que contenha especificidades e particularidades. Nesse sentido, a autora irá afirmar que mesmo a Lei de Diretrizes e Bases da Educação deverá supor a atuação suplementar dos demais entes federativos. A autora ainda destaca a necessidade de se diferenciar normas de caráter nacional, de aplicação a todos os entes federados, das normas de caráter federal, de aplicação restrita ao sistema de ensino federal.

Para Araújo (2010), as normas constitucionais de competência legislativa educacional devem ser interpretadas de acordo com os demais dispositivos constitucionais, que demarcam o caráter descentralizador objetivado pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, deve-se entender que o papel legislativo da União na esfera educacional refere-se à uma atuação coordenativa em relação aos demais entes federados, e não de subordinação e hierarquia.

Como observado, não há unanimidade entre os pesquisadores da temática sobre quais os limites de atuação legislativa de cada ente federado sobre a temática educacional. Esse dissenso, como se analisará a seguir, também permeia o STF.

A ação direta de inconstitucionalidade nº 1991, julgada em 03/11/2004, foi proposta pelo Governador do Distrito Federal e tem como objeto a declaração de inconstitucionalidade de parte da Lei distrital nº 1516/1997 de autoria da Câmara Legislativa do DF e que estabelece a inclusão da disciplina “Formação para o trânsito” nos currículos do 1º e 2º graus de ensino da rede pública distrital. A mesma lei dispensa os alunos concluintes do segundo grau de ensino que obtiveram aprovação na disciplina do exame teórico para obtenção da carteira nacional de habilitação.

Com relação à inconstitucionalidade do dispositivo que estabelece a inclusão da disciplina “Formação para o trânsito” nas escolas públicas distritais, o Governador do DF argumenta que: a) trata-se de matéria referente às diretrizes e bases da educação nacional e, portanto, de competência exclusiva da União como previsto no artigo 22, XXIV da Constituição Federal e b) a norma emanada pelo Poder Legislativo viola o princípio da separação dos Poderes ao tratar de matéria reservada ao Poder Executivo.

O Min. Relator Eros Grau considerou constitucional a inclusão da nova disciplina nos currículos das escolas públicas do Distrito Federal por entender que a matéria integra a competência comum da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios para estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito, instituída no artigo 23, inciso XII da Constituição Federal.

Destaque-se que o art. 23 trata das competências materiais dos entes federativos. No entanto, no caso específico em análise, as competências executórias e legislativas se confundem em razão da redação dada pelo constituinte ao inc. XII do art. 23. Afinal, estabelecer uma política implica, muitas vezes, na produção de atos normativos que a regulamentem e disciplinem.

Os demais ministros do Supremo Tribunal acompanharam o voto do Min. Relator e o Supremo Tribunal Federal decidiu por unanimidade pela constitucionalidade da inclusão da disciplina “Formação para o trânsito” nos currículos das escolas públicas distritais.

A ação direta de inconstitucionalidade nº 3669, com data de julgamento de 18/06/2007, foi proposta pelo Governador do Distrito Federal com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade da Lei Distrital nº 3.694/05, elaborada pela Câmara Legislativa do DF, que estabelece que os estabelecimentos de ensino integrantes do sistema de ensino do Distrito Federal deverão oferecer a disciplina de língua espanhola como opção de língua estrangeira para os alunos do ensino fundamental e médio.

Alega o impetrante que a norma é inconstitucional uma vez que: a) disciplina matéria referentes às diretrizes e bases da educação nacional, cuja competência legislativa é privativa da União nos termos do art. 22, XXIV da Constituição Federal; b) o artigo 26, § 5º, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação estatui que a escolha da língua estrangeira a ser ministrada nas escolas a partir da quinta série ficará a cargo da comunidade escolar, dentro das possibilidades da instituição; c) a lei federal nº 11.161/05 disciplina a oferta do ensino da língua espanhola, não havendo lacuna para a atuação concorrente dos Estados e do Distrito Federal sobre a matéria e d) a referida lei federal estabelece a competência dos Conselhos de Educação do Distrito Federal – e não das Câmaras Legislativas- para emitir normas executórias na implantação do ensino da língua espanhola.

A Câmara Legislativa do Distrito Federal, por sua vez, ao prestar informações, afirma que atuou de forma a organizar o sistema de ensino distrital bem como os seus órgãos e instituições oficiais, como permitido pelos arts. 8º e 10 da LDB.

A Relatora da ação, Min. Carmen Lúcia, posiciona-se pela constitucionalidade da lei impugnada por compreender que o Distrito Federal atuou dentro da competência concorrente para legislar sobre educação, estabelecida no artigo 24, IX da Constituição Federal. Interessante destacar no voto da relatora é que a Min. Carmen Lúcia opta por esclarecer o que compreende como “diretrizes e bases da educação”, de competência legislativa privativa da União e o que entende como competência concorrente entre referido ente federado, os Estados e o Distrito Federal sobre a temática da educação. Trata-se de argumentação inédita no STF uma vez que, até então, os Ministros não haviam esclarecido qual era, segundo seus respectivos entendimentos, o significados das normas estabelecidas no art. 22, XXIV e 24, IX da CF.

Para a Min. Carmen Lúcia, a competência legislativa da União na temática da educação restringe-se à edição das normas gerais. Já aos Estados e ao Distrito Federal cabe legislar sobre “as especificidades, os modos e meios de cumprir o quanto estabelecido nacionalmente como próprio e principiológico” (BRASIL, 2007c, p. 624). Para a relatora, é necessário admitir a atuação legislativa dos entes estatais e do Distrito Federal como maneira de garantir a adaptação e adequação das normas federais às especificidades da comunidade local.

Os demais membros da Corte acompanharam o voto da Relatora e o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, pela constitucionalidade da lei distrital nº 3.694/05.

A ação direta de inconstitucionalidade nº 1399, de 03/03/2004 foi proposta pelo Governador do Estado de São Paulo e tem como objeto a declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual nº 9164/95 de autoria da Assembleia legislativa do Estado de São Paulo.

Referida lei impõe a inclusão do componente curricular “Educação Artística” em toda a rede pública de ensino, da 1ª a 8ª série do 1º grau e na 1ª e 2ª séries do 2º grau com carga horária de 2 horas/aula semanais. A mesma lei dispõe que referida disciplina deverá ser ministrada por professor com formação específica. A norma ainda estabelece que o conteúdo do ensino de Arte (teatro, mímica, artes plásticas, dança, fotografia, etc.) será determinado pelo Conselho de escola, ouvido o professor especialista.

O governador do Estado requer a declaração de inconstitucionalidade da norma com base nos seguintes argumentos: a) referida norma fere o princípio da separação e independência dos Poderes ao usurpar competência do Poder Executivo de organização curricular; b) a norma impugnada, ao disciplinar exigências relativas à qualificação profissional dos professores, trata de matéria referente às diretrizes e bases da educação nacional e, portanto, de competência da União nos termos do artigo 22, XXIV da Constituição Federal; c) A lei Federal nº 5692/71 já dispõe sobre a obrigatoriedade do ensino de Educação Artística nas escolas de 1º e 2º graus e não requer formação específica para os docentes que ministrarem referida disciplina; d) a norma impugnada, ao implicar na contratação de novos profissionais ou no aumento da carga horária e da remuneração dos docentes da área, fere o artigo 167, II da Constituição Federal que veda o aumento de despesa pública sem a indicação dos recursos disponíveis para o atendimento do novo encargo.

Em 14/03/1996 o Supremo Tribunal Federal foi instado a decidir a cautelar sobre o caso. Nessa ocasião, decidiu-se pela suspensão parcial da lei, até a decisão final da ação,

apenas no que se refere à obrigatoriedade de formação específica para o exercício do ensino de Educação artística nas escolas de 1º e 2º graus.

Em sua decisão final, o Ministro Relator Maurício Corrêa confirmou a posição previamente adotada na cautelar. O Ministro baseia sua posição segundo o argumento de que os requisitos para o exercício do magistério configuram matéria referente às diretrizes e bases da educação nacional e, portanto, de competência privativa da União, conforme disposto no artigo 22, XXIV da CF.

Com relação aos demais dispositivos da lei, quais sejam: a obrigatoriedade do ensino de educação artística em toda a rede pública com carga horária de 2 horas/aulas semanais e a atribuição de escolha do tipo de atividade a ser desenvolvida no Ensino de Artes ao Conselho de Escola, o Ministro decidiu pela constitucionalidade e, portanto, manutenção dos dispositivos legais.

Nesse ponto argumenta o Ministro Relator que: a) os referidos dispositivos não ofendem a independência dos Poderes; b) cabe tanto ao Chefe do Poder Executivo quanto ao Poder Legislativo a iniciativa legislativa quanto à regulamentação de pequenos aspectos sobre o ensino; c) cabe ao Estado, em competência concorrente, legislar sobre o número de horas/aulas semanais de determinada disciplina escolar e d) a alegação de que a lei impugnada não previu os recursos necessários à sua implementação é incabível tendo em vista que há a possibilidade de aproveitamento do corpo docente já existente nas instituições de ensino.

Após o supra-analisado voto proferido pelo Ministro Relator, o Ministro Marco Aurélio proferiu o seu voto discordando da argumentação desenvolvida até então. Para esse Ministro a lei é inteiramente constitucional, inclusive no que diz respeito à exigência de formação específica para os docentes da disciplina de Educação Artística. O Min. Marco Aurélio sustenta que referida exigência não integra a seara das diretrizes e bases da educação, de competência exclusiva da União podendo, portanto, ser disciplinada pelos Estados através da sua competência concorrente.

Além desse argumento de índole formal, o Ministro assevera que referida lei deve ser mantida por sua coerência tendo em vista que o ensino de Arte demanda conhecimentos específicos que não estão acessíveis a qualquer docente com formação diversa da área. O Min. Marco Aurélio exemplifica “Eu, por exemplo, como professor de Direito, não poderia lecionar uma dessas matérias. Daí a exigência de especialidade.” (BRASIL, 2004, p. 37).

Interessante destacar que o Ministro opta por focar no conteúdo e nos objetivos da lei e relevar eventual falha de cunho formal. Nas palavras do Min. Marco Aurélio: “Creio,

Senhor Presidente, que é o tipo da lei que requer que caminhemos para o esforço visando a salvá-la, deixá-la, portanto, no cenário jurídico.” (BRASIL, 2004, p. 38).

Nesse ponto o Ministro Nelson Jobim interpela o Min. Marco Aurélio questionando-o sobre o significado do conceito “formação específica” contido na lei impugnada. Para o Min. Marco Aurélio “formação específica quer dizer: alguém que atue na área de teatro, mímica, artes plásticas, dança, fotografia.” (BRASIL, 2004, p. 40) e não necessariamente envolve um diploma de curso superior na área.

A temática sobre o sentido do termo “formação específica” é retomada quando O Min. Carlos Ayres Britto declara seu voto. Para o referido Ministro, assim como para Marco Aurélio, não é necessário um título formal do docente para cumprimento da exigência de formação específica contida na lei ora impugnada, bastando a comprovação de que o professor de Educação Artística é dotado de conhecimentos técnicos na área. Já para os Ministros Cezar Peluso, Nelson Jobim e Sepúlveda Pertence, a exigência legal de formação específica imporia a necessidade, por parte do docente de Educação Artística, de comprovação de formação escolar na área de Artes o que, de acordo com os referidos Ministros, seria inviável do ponto de vista da realidade educacional brasileira. O Min. Sepúlveda Pertence ainda destaca que considera que a lei impugnada não teve como objetivo incentivar o ensino das artes mas antes “criou uma reserva de mercado para os que tenham formação em Artes...” (BRASIL, 2004, p. 42).

A discussão sobre o sentido do termo “formação específica” contido na lei estadual nº 9164/95 se esgotou sem que houvesse consenso e o Ministro Carlos Ayres Britto finalizou seu voto entendendo, assim como o Ministro Marco Aurélio, que a lei é inteiramente constitucional tendo em vista que o Estado de São Paulo atuou de forma a complementar a legislação federal, exercendo sua competência constitucional concorrente. O ministro ainda destacou que, diante da importância da atividade artística, a norma impugnada deve ser mantida.

Após o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, o Ministro Sepúlveda Pertence proferiu seu voto, acompanhando o entendimento do Min. Relator Maurício Corrêa e julgando a lei parcialmente inconstitucional. Destaca-se em seu voto o posicionamento de que diante das precárias condições de ensino no país não seria razoável exigências relativas a especializações dos docentes e que, portanto, qualquer professor poderá ministrar as aulas de Educação Artística nas escolas de 1º e 2º grau.

Esse posicionamento do Ministro Sepúlveda Pertence integra a compreensão de que o trabalho desenvolvido na escola não exige conhecimento específico, podendo ser ministrado por leigos, voluntários, ou docentes sem formação na área em que atuará (OLIVEIRA, D. A., 2004). Também fica evidente em seu voto o entendimento de que diante da baixa qualidade do ensino em geral nas escolas públicas não é razoável criar novas exigências a serem cumpridas pelo Estado na garantia do direito à educação. Esse posicionamento é rebatido pelos Ministros Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio, que compreendem que valorizar o ensino da arte através da garantia de qualificação docente é um importante componente para se garantir o direito à educação. Nas palavras do Min. Marco Aurélio “pensando de forma negativa não avançaremos nunca em termos de futuro, de aprimoramento”. (BRASIL, 2004, p. 42).

Após o voto do Min. Sepúlveda Pertence, a votação foi encerrada e por maioria de votos o Supremo Tribunal Federal considerou a lei nº 9161/95 parcialmente inconstitucional, tornando sem efeito a exigência de formação específica do professor de Educação Artística.

Nessa decisão, foi possível observar que os Ministros, ao discutirem um tema educacional que envolve questões que ultrapassam o universo jurídico, não se valeram de nenhum conhecimento específico da área, seja através do uso de trabalhos desenvolvidos por pesquisadores da temática ou mesmo pela requisição de peritos. Especificamente nos casos de ações diretas de inconstitucionalidade, a lei nº 9868/ 99 criou diversos mecanismos para permitir uma melhor fundamentação das decisões da Suprema Corte:

Art. 9º [...]

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. (BRASIL, 1999).

Um dos Ministros do STF, Min. Sepúlveda Pertence, admite que no julgamento da ação cautelar, cujos argumentos embasaram a ação ora analisada, recorreu-se muito à “experiência comum de que, nas séries mais elementares do ensino fundamental ‘o ensino primário brasileiro’, na nossa linguagem, era ministrado por um único professor [...]” (BRASIL, 2004, p.40). É de se questionar a utilização da experiência comum no julgamento de uma ação que envolve uma temática complexa e de grande importância como a educação.

A ação direta de inconstitucionalidade nº 682 foi impetrada em 1992 pelo Governador do Estado do Paraná tendo como objeto a declaração de inconstitucionalidade da lei nº 9346/90 elaborada pela Assembléia Legislativa estadual cujo teor permite a matrícula escolar antecipada em classe de 1ª série regular de 1º grau de crianças que venham a completar 06 anos de idade até o final do ano letivo de matrícula.

Alega o requerente que a norma é inconstitucional uma vez que: a) dispõe sobre diretrizes e bases da educação, cuja competência é privativa da União e b) a então vigente Lei de diretrizes e bases da educação nacional (Lei nº 5.692/71) estabelece que o aluno deverá ter idade mínima de 07 anos para o ingresso no 1º grau, não havendo margem para a atuação legislativa complementar dos Estados.

Em 1992 o Supremo Tribunal Federal julgou indeferida a medida cautelar da ação em análise, decidindo pela constitucionalidade da Lei nº 9346/90 até o julgamento final da ação. Em 1998 o Relator da ação, Min. Maurício Corrêa, confirmou o posicionamento adotado na medida liminar estabelecendo que a norma impugnada é constitucional uma vez que a própria lei federal nº 5672/71 facultou, em seu artigo 19¹⁸, a cada sistema de ensino o estabelecimento de normas sobre a possibilidade de ingresso no ensino de 1º grau a alunos de menos de sete anos de idade. Compreende o Ministro relator, então, que o Estado do Paraná atuou dentro da sua competência legislativa concorrente. O autor ainda destaca que, mesmo diante da nova Lei de diretrizes e bases da educação (Lei nº 9.424/96), considera a norma constitucional tendo em vista que a nova lei federal não estabeleceu proibição para a matrícula antecipada das crianças menores de 07 anos no ensino fundamental.

Nesse ponto é possível observar uma incongruência na argumentação do Ministro relator. Isso porque a base que fundamentou a sua decisão pela constitucionalidade da lei paranaense foi justamente a permissão explícita estabelecida pela Lei Federal nº 5.672/71 de que cada sistema de ensino estabelecesse normas próprias sobre a matrícula antecipada das crianças de seis anos de idade no ensino de 1º grau. O ministro ainda afirma que, não fosse essa exceção prevista na própria lei, não restaria espaço para a atuação legislativa complementar dos Estados sobre a matéria.

No entanto, ao afirmar que a lei nº 9346/90 é constitucional também sob a égide da nova Lei de Diretrizes e bases da educação nacional, o Ministro não se prolonga em sua argumentação, contentando-se em citar os artigos 4º, IV, 6º e 10, V da lei nº 9424/96 que

¹⁸ Art. 19: “Para o ingresso no ensino de 1º grau, deverá o aluno ter a idade mínima de sete anos. § 1º As normas de cada sistema disporão sobre a possibilidade de ingresso no ensino de primeiro grau de alunos com menos de sete anos de idade”. (BRASIL, 1971).

estabelecem respectivamente: a) o atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade; b) o dever dos pais ou responsáveis de efetuar a matrícula dos menores, a partir dos sete anos de idade, no ensino fundamental; c) a competência dos Estados para baixar normas complementares para o seu sistema de ensino. A questão é que, diferentemente da extinta lei de diretrizes e bases da educação nacional, a nova norma não estabeleceu exceção à idade de sete anos para a matrícula das crianças no ensino fundamental o que foi, basicamente, a fundamentação inicial da decisão do Ministro. É preciso destacar, no entanto, que a lei federal nº 5.692/71 dispunha a idade de 07 anos como “idade mínima” para matrícula do aluno no 1º grau, expressão essa alterada para “a partir de sete anos” pela nova LDB. O fato é que o Ministro é omissivo quando trata da constitucionalidade da lei paranaense sob a égide na nova Lei de diretrizes e bases da educação e, portanto não fica clara qual sua posição sobre o tema.

Na realidade ainda hoje é controversa a questão sobre a matrícula antecipada no ensino fundamental de crianças com faixa etária inferior à prevista na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Especialmente após a promulgação das leis nº 11.114/05 e 11.274/06, que alteraram a LDB e estabeleceram a ampliação do ensino fundamental obrigatório para 9 (nove) anos de duração, com início aos 6 (seis) anos de idade, as dúvidas sobre a possibilidade de matrícula de crianças de 5 anos no início do ensino fundamental se alastraram entre pais, profissionais da educação e estudiosos da temática, alcançando, diversas vezes, o Poder Judiciário. Para solucionar o dilema, o Conselho Nacional de Educação estipulou, através da resolução CNE/CEB nº 6/10, que a criança que completar seis anos até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula poderá ingressar no primeiro ano do Ensino Fundamental (CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 2010).

Apesar da tentativa de normatização realizada por parte do Poder Executivo, diversas decisões judiciais vêm decidindo contrariamente à referida Resolução ao declararem que o requisito de idade mínima para ingresso no ensino fundamental é inconstitucional. A proliferação de medidas liminares estabelecendo a matrícula de crianças que completarão 6 anos após o período estabelecido pelo Conselho Nacional de educação levou o governador do Mato Grosso do Sul a requerer perante o STF a declaração de constitucionalidade dos artigos 24, II, 31 e 32, *caput*, da Lei 9.394/1996 que tratam da temática em análise. Trata-se da Ação direta de constitucionalidade nº 17, ainda em julgamento pelo Supremo Tribunal Federal e, por essa razão, não integrante do objeto de estudo da presente pesquisa.

Após o voto anteriormente analisado de autoria do Ministro Relator Maurício Corrêa, pediu vista dos autos para melhor análise da temática o Ministro Nelson Jobim, que somente proferiu seu voto em 29 de março de 2006. Referido Ministro acompanhou o voto e os fundamentos do Ministro Relator julgando constitucional a lei paranaense nº 9.346/90. Um ano depois, em 2007, os Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto proferiram seus votos, acompanhando o entendimento dos demais Ministros e considerando a lei impugnada constitucional por compreenderem que o Estado do Paraná atuou na competência concorrente autorizada constitucionalmente. O Supremo Tribunal Federal decidiu, assim, por unanimidade pela constitucionalidade da lei nº 9346/90.

Destaque-se que o período entre o início da ação em análise e o julgamento final pelo Supremo Tribunal Federal foi de quase 15 anos e durante esse período pelo menos três significativas mudanças legislativas ocorreram: a promulgação da nova LDB (lei nº9394/96) e das leis nº 11.114/05 e 11.274/06 que alteraram a faixa etária para início no Ensino Fundamental para 06 anos. Na verdade, quando ocorreu o julgamento final da ação ora analisada, a norma paranaense impugnada já se encontrava revogada pelas alterações promovidas na LDB. Os Ministros, no entanto, optaram por analisar a ação apenas com base na antiga Lei de Diretrizes e Bases da Educação, lei nº 5.692/1971 e suas decisões atuaram apenas como forma de regulamentar os atos já praticados com base na lei impugnada, não gerando nenhum efeito para o futuro ante a alteração da idade de ingresso para o ensino fundamental.

Saliente-se ainda que a argumentação dos Ministros da Corte restringiu-se aos aspectos jurídicos da questão, muito embora a temática em análise envolva também importantes aspectos pertencentes ao campo de conhecimento pedagógico. Como observaram Cury e Ferreira (2009), é possível observar um despreparo dos integrantes do Poder Judiciário em lidar com questões educacionais demonstrando desconhecimento da própria sistemática educacional.

Da análise das decisões supraexpostas observou-se que o Supremo Tribunal Federal não apresentou sistematização das suas argumentações sobre a temática da competência legislativa educacional, não estabelecendo de forma clara quais os critérios adotados por ela para estabelecer os limites da atuação legislativa de cada ente federativo sobre as questões educativas. Ao optar por analisar cada caso de forma particular e sem aprofundamento teórico, os Ministros do Supremo Tribunal Federal não garantiram suficiente material para que se possa compreender qual o posicionamento adotado pela Corte sobre a temática.

O principal dissenso entre os Ministros mostrou-se no estabelecimento da distinção entre as normas de diretrizes e bases da educação nacional e as normas de competência concorrente dos Estados Membros, pouco se discutindo sobre a competência concorrente da União de produção de normas gerais sobre educação. Em outras palavras, a discussão girou em torno de se estabelecer se determinada matéria integrava o conceito de diretrizes e bases da educação- de competência privativa da União- ou não, podendo, portanto, ser objeto de normativa estadual. Não se discutiu também a competência legislativa dos Municípios na temática educacional.

Observa-se, assim, que as questões que cercam a competência legislativa na temática educacional ainda encontram-se longe da uniformidade, seja teórica, seja jurisprudencial, ora pendendo-se para a maior autonomia legislativa dos Estados Membros, ora decidindo-se em favor da maior presença da União na produção de normas educacionais. Sobre o tema, Bucci e Vilarino (2013, p. 134-135) entendem que, ao analisar questões referentes ao federalismo no campo educacional, deve o Poder Judiciário focar-se não apenas nas normas constitucionais referentes às competências legislativas mas também no próprio conteúdo do direito fundamental à educação estabelecido na Constituição Federal:

O desafio dos aplicadores do Direito para efetivação do federalismo cooperativo e equilibrado, além do acompanhamento necessário das incessantes inovações legislativas, passa pela adequada interpretação do texto constitucional em vigor, sistematicamente, para consolidação do direito fundamental à educação, “visando ao pleno exercício da pessoa humana, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 206, CF), utilizando-se de todos os métodos existentes e oportunos para que a Constituição do Brasil não se torne uma mera folha de papel, conforme a expressão de Ferdinand Lassale.

4.12 Piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica

A ação direta de inconstitucionalidade nº 4167 foi proposta pelos Governadores dos Estados de Mato Grosso do Sul, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Ceará objetivando a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 2º, § 1º e 4º, 3º, caput, II e III e 8º, todos da Lei nº 11.738/08, que instituiu o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica. Dizem os dispositivos impugnados:

Art. 2º O piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica será de R\$ 950,00 (novecentos e

cinquenta reais) mensais, para a formação em nível médio, na modalidade Normal, prevista no art. 62 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

§ 1º O piso salarial profissional nacional é o valor abaixo do qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não poderão fixar o vencimento inicial das Carreiras do magistério público da educação básica, para a jornada de, no máximo, 40 (quarenta) horas semanais.

§ 4º Na composição da jornada de trabalho, observar-se-á o limite máximo de 2/3 (dois terços) da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos.

Art. 3º O valor de que trata o art. 2º desta Lei passará a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2008, e sua integralização, como vencimento inicial das Carreiras dos profissionais da educação básica pública, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios será feita de forma progressiva e proporcional, observado o seguinte:

II – a partir de 1º de janeiro de 2009, acréscimo de 2/3 (dois terços) da diferença entre o valor referido no art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, e o vencimento inicial da Carreira vigente;

III – a integralização do valor de que trata o art. 2º desta Lei, atualizado na forma do art. 5º desta Lei, dar-se-á a partir de 1º de janeiro de 2010, com o acréscimo da diferença remanescente.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2008).

Alegam os requerentes que o art. 2º, § 1º e 4º da Lei nº 11.738/08, ao dispor sobre a jornada de trabalho dos professores estaduais e municipais da educação básica, contrariou a Constituição ao violar o Pacto Federativo, permitindo a interferência da União em seara de competência exclusiva dos demais entes federados. Entendem que a Constituição Federal, ao estabelecer em seu art. 212 que a organização dos sistemas de ensino pertinentes a cada ente federado deve seguir o regime de colaboração, não autoriza que lei federal imponha modelo único de planificação de carga horária da jornada de trabalho e de sua composição. Afirmam ainda que o modelo fixado para a jornada de trabalho dos professores imposto por esses dispositivos implicaria em custos financeiros e pedagógicos exagerados, violando o princípio da proporcionalidade.

Finalmente, alegam os requerentes que a expressão piso salarial presente no art. 2º da lei nº 11.738/08, deverá compreender todas as vantagens pecuniárias devidas ao professor em razão do exercício de sua profissão (remuneração) e não apenas o vencimento inicial da carreira, como previsto na norma impugnada.

Já em relação ao art. 3º, inc. II e III da lei em análise, argumentam os autores que, ao estipular cronograma de aplicação do piso salarial, as normas impugnadas não levaram em consideração qualquer norma de ordem orçamentária.

Em 17/12/2008, o Supremo Tribunal federal julgou a medida liminar pleiteada pelos requerentes, estabelecendo, até julgamento final da ação: a) que a expressão “piso salarial”

deve referir-se à remuneração total dos docentes e não tão somente ao vencimento inicial básico da carreira como previsto no art. 2º da Lei 11.738/08; b) a suspensão do art. 2º, § 4º da lei em análise e c) que o art. 3º da Lei 11.738/08 deve ser interpretado no sentido de que o cálculo das obrigações relativas ao piso salarial se dará a partir de 1º de janeiro de 2009.

Em 06/04/2011, ao julgar em definitivo a ação direta de inconstitucionalidade proposta, o Min. Relator Joaquim Barbosa foca a sua análise no debate em torno da definição do conceito e alcance da expressão “piso salarial” presente na lei 11.738/08: tratar-se-ia da remuneração global dos professores (incluídas todas as vantagens pecuniárias pagas a qualquer título) ou do vencimento básico dos docentes (valor diretamente relacionado ao serviço prestado)? A questão surge uma vez que, segundo o Ministro, a lei em análise não traz definição expressa do que entende por esse vocábulo, não havendo também nas produções bibliográficas consenso sobre seu significado. Para o Min. Joaquim Barbosa, a expressão “piso salarial” contida na lei 11.738/08 deve ser interpretada de acordo com a intenção de fortalecimento e aprimoramento dos serviços educacionais públicos, prevista nos diversos dispositivos e princípios constitucionais referentes ao direito fundamental à educação. Nesse sentido, por entender que a definição do conceito de “piso salarial” tendo como base o vencimento básico da carreira é mais benéfica aos professores do que a sua conceituação como remuneração global, compreende o Ministro que a expressão “piso” prevista na lei 11.738/08 deve ser interpretada como referente tão somente ao vencimento básico da carreira.

Afirma ainda o Ministro que não observa nos dispositivos impugnados ofensa ao Pacto Federativo ou à esfera de competência própria dos entes federados uma vez que, segundo entende, cabe à União fixar o piso salarial profissional para os professores da educação básica, dentro da sua competência para legislar sobre diretrizes e bases da educação prevista no art. 22, inc. XXIV da CF e como autorizado expressamente pelo art. 60, § 3º do ADCT.

Quanto à constitucionalidade do § 4º do art. 2º da Lei 11.738/08, que estabelece o limite de, no máximo, dois terços da carga horária para o desempenho das atividades de interação com os educandos na composição da jornada de trabalho do professor da educação básica, entende o Ministro Joaquim Barbosa pela sua adequação frente ao Pacto Federativo uma vez que, segundo entende, a preservação do campo de autonomia local em matéria educacional só é legítima se ponderada à luz da adoção de normas gerais na Federação.

Quanto aos arts. 3º e 8º da Lei 11.738/08, entende o Ministro pela perda do objeto desta parcela da ação uma vez que ambos, versando sobre o cronograma de aplicação do piso até a data de janeiro de 2010, esgotaram sua função.

Por fim, afirma o Ministro Joaquim Barbosa que a alegação dos requerentes de falta de recursos para o custeio do novo piso salarial não pode ser acatada em abstrato, ou seja, sem comprovação fática e documental dos autores quanto ao risco de desequilíbrio orçamentário estadual. Ademais, destaca o Ministro que eventuais insuficiências financeiras poderão ser supridas por recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) e pela União, como prevê a própria lei 11.738/08 em seu art. 4º.

Em suma, entende o Ministro Joaquim Barbosa pela constitucionalidade dos dispositivos impugnados na lei 11.738/08.

No mesmo sentido, ao proferir seu voto, o Min. Luiz Fux afirma não vislumbrar nos dispositivos legais impugnados ofensa ao pacto federativo ou invasão na esfera de competência dos entes federados locais uma vez que, ao estabelecer e regulamentar o piso salarial nacional para os professores da educação básica, a União atuou de forma a concretizar os direitos fundamentais educacionais, especialmente aquele previsto no art. 206, inc. VIII, que estabelece que o ensino será ministrado com base no princípio do piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal. (BRASIL, 1988).

A Min. Carmen Lúcia, ao declarar seu voto, acompanha os Ministros Joaquim Barbosa e Luiz Fux quanto ao entendimento de constitucionalidade do art. 2º, § 1º e quanto à perda do objeto da ação em relação aos arts. 3º e 8º, todos da Lei nº 11.738/08. Diverge dos Ministros, no entanto, com relação à constitucionalidade do §4º, art. 2º da referida Lei. Para a Ministra, ao cuidar especificamente da composição da carga horária do professor, o Poder Legislativo usurpou competência privativa do Chefe do Poder Executivo para dispor sobre os servidores públicos da respectiva unidade federativa. Além desse argumento de índole jurídica, a Ministra Carmen Lúcia, para fundamentar sua decisão, cita passagem do voto do então ex-Ministro do STF Menezes de Direito quando julgou a medida liminar referente à ação em análise:

No momento em que autorizamos a União a estabelecer que num determinado Município- pequeno, médio ou grande- a carga horária deve ser distribuída de uma determinada maneira, poderemos até mesmo criar um tipo de ociosidade na atividade docente. [...] Temos Municípios, e não precisamos ir até os estados mais interioranos, mas nos grandes estados brasileiros, como o próprio Estado do Rio de Janeiro, muito pequenos, em que não há como justificar essa limitação da carga horária docente dentro da sala de aula, porque o contato, a interação do professor com os alunos e com a comunidade é intensa. (BRASIL, 2011, p. 63).

Com base nessa passagem, afirma a Ministra que o art. 2º, § 4º limita a autonomia federativa, impedindo que cada Estado e município fixe, diante das peculiaridades locais, como cuidar da disposição da carga horária dos professores.

O Min. Ricardo Lewandowski posiciona-se na esteira do entendimento já esposado pelos Ministros Joaquim Barbosa e Luiz Fux. Destaca o Ministro que é a própria Constituição federal que estabelece, no art. 206, VII, o estabelecimento de um piso salarial para professores através da edição de lei federal. Além dos argumentos jurídicos já expostos pelos Ministros Joaquim Barbosa e Luiz Fux, acrescenta Ricardo Lewandowski que a imposição da carga horária de 40 horas semanais para os professores da rede básica prevista na Lei 11.738/08 evita a possibilidade de manipulação e burla por parte dos estados e municípios na alteração da carga horária dos docentes como alternativa para fugir desse piso salarial.

Especificamente quanto à constitucionalidade do art. 2º, § 4º da Lei em análise, prolonga-se o Ministro em explicitar porque o considera compatível, não só com a Constituição Federal como também em relação ao próprio desenvolvimento do trabalho docente. Afirma o Ministro em posicionamento oposto ao esposado pela Min. Carmen Lúcia:

Quem é professor sabe muito bem que essas atividades extra-aula são muito importantes. No que consistem elas? Consistem naqueles horários dedicados à preparação das aulas, encontros com pais, com colegas, com alunos, reuniões pedagógicas, didáticas; portanto, a meu ver, esse mínimo faz-se necessário para a melhoria da qualidade do ensino e também para a redução das desigualdades regionais. (BRASIL, 2011, p. 71).

O Min. Gilmar Mendes, contrariando o posicionamento até então adotado pelos Ministros votantes, afirma que o conceito de piso salarial contido na lei nº 11.738/08 deve ser entendido como remuneração, incluindo-se em seu cálculo todos os valores percebidos pelos docentes e não apenas o vencimento básico inicial da carreira. Para fundamentar sua afirmação, o Ministro cita precedentes da Corte que estipularam que o cálculo do salário mínimo deve basear-se na remuneração global do servidor bem como esposou seu entendimento de que o cálculo do piso salarial dos professores com base no vencimento básico da carreira acarretaria em inevitável impacto sobre as finanças dos Estados e municípios, paralisando o sistema educacional dos entes federados locais. Para o Ministro, entender de forma distinta significa violar o pacto federativo, permitindo à União legislar sobre aspecto particular da estruturação remuneratória dos âmbitos estadual e municipal.

Quanto ao art. 2º, § 1º da Lei 11.738/08, que estabelece a jornada de quarenta horas semanais para os docentes entende o Ministro pela sua constitucionalidade. No entanto, a

interpretação que Gilmar Mendes garante ao dispositivo é distinta do posicionamento adotado pelos demais Ministros que já expuseram seus votos. Entende o Ministro que a estipulação da jornada de trabalho foi estabelecida exclusivamente para efeito de estipulação do piso salarial, ou seja, “a interpretação que se deve dar a esse dispositivo é que a jornada dos profissionais da educação até pode ser superior a 40 horas semanais, mas a remuneração da carga excedente tem que ser proporcional ao piso salarial”. (BRASIL, 2011, p. 78).

Com relação ao art. 2º, § 4º da Lei 11.738/08, o Min. Gilmar Mendes posiciona-se pela sua inconstitucionalidade por entendê-lo como contrário ao pacto federativo e à autonomia dos Estados e Municípios. Destaca, no entanto, que considera o conteúdo do dispositivo “louvável, elogiável a todos os títulos” (Ibid., p. 79).

Ao analisar os dispositivos impugnados da Lei 11.738/08, o Min. Marco Aurélio, de forma singular, os declara inconstitucionais por entendê-los como violadores do pacto federativo. Segundo entende, é inimaginável ter-se a União a legislar sobre serviços que ocorram em áreas geográficas de estados e municípios porquanto a autonomia normativa dos entes federados é um dos princípios essenciais da Federação. Destaca o Ministro que a forma federativa de Estado não pode ser abolida mediante emenda constitucional (art. 60, §4, CF) tamanha é a sua importância. Nesse sentido, o autor critica e declara como inconstitucional a emenda constitucional nº 53/06, que inseriu o inc. VII ao art. 206, estabelecendo que o piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública fosse instituído por lei federal.

Destaca ainda o Ministro Marco Aurélio que, especificamente quanto à implementação do §4º do art. 2º da Lei 11.738/08, vislumbra cenário futuro problemático:

Faltarão professores nas salas de aula e deverá contratar-se novos professores. Mas estados e municípios não estão com o pires na mão no tocante à receita, ao contrário, talvez possam até mesmo emprestar- quem sabe, numa visão romântica lírica- dinheiro ao poder central. [...] Não será fácil, observando-se essa diminuição de tempo em sala de aula e a necessidade de atender à grade horária, contratar professores abalizados para o ensino em geral. (BRASIL, 2011, p. 89).

O Ministro Marco Aurélio vai afirmar então, em posicionamento singular na Corte, que toda a lei 11.738/08 – e não apenas os dispositivos impugnados pelos autores da ação- é inconstitucional, por violar a autonomia dos Estados e Municípios e, conseqüentemente, o pacto federativo.

Um intenso debate se faz entre os Ministros presentes no Plenário em torno do posicionamento esposado pelo Min. Marco Aurélio, cada qual defendendo o que já exposto em seus votos. Destaque-se nesse ponto a fala do Min. Gilmar Mendes que, em sintonia com o Min. Marco Aurélio, critica a redação do art. 4º da lei 11.738/08, que conta com a seguinte redação:

Art. 4º A União deverá complementar, na forma e no limite do disposto no inciso VI do caput do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e em regulamento, a integralização de que trata o art. 3º desta Lei, nos casos em que o ente federativo, a partir da consideração dos recursos constitucionalmente vinculados à educação, não tenha disponibilidade orçamentária para cumprir o valor fixado.

§ 1º O ente federativo deverá justificar sua necessidade e incapacidade, enviando ao Ministério da Educação solicitação fundamentada, acompanhada de planilha de custos comprovando a necessidade da complementação de que trata o caput deste artigo.

§ 2º A União será responsável por cooperar tecnicamente com o ente federativo que não conseguir assegurar o pagamento do piso, de forma a assessorá-lo no planejamento e aperfeiçoamento da aplicação de seus recursos

Para os Ministros, a redação desse dispositivo é vaga e pouco precisa ao definir a responsabilidade de complementação da União aos Estados e Municípios na composição do piso salarial dos professores o que, segundo afirmam, é fundamental frente à realidade orçamentária precária de grande parte dos entes federados locais. Ao não definir prazo, tempo, condições e procedimentos para solicitação e recebimento do auxílio financeiro da União, entendem os Ministros que a lei 11.348/08 poderá levar a um colapso do financiamento local dos serviços educacionais.

O Min. Gilmar Mendes ainda destaca que o aumento de despesas com a implementação da Lei em análise poderá resvalar em descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal e em um aumento significativo de ações judiciais relacionadas à implementação do Piso salarial dos professores.

O Min. Joaquim Barbosa, em resposta, afirma que essas questões de índole orçamentária não o preocupam face à importância dos direitos concretizados pela Lei 11.348/08. Diz o Ministro:

Eu lembro à Corte que tão logo essa ação foi ajuizada aqui, houve-digamos assim- uma pequena revoadada de governadores ao meu gabinete para tentar me convencer pela inconstitucionalidade da lei. [...] Então não me comove, não me sensibiliza nem um pouco os argumentos de ordem orçamentária. O

que me sensibiliza muito mais nessa questão [...] é a questão da igualdade, da desigualdade intrínseca que está envolvida aqui. Eu sou capaz de afirmar, com pouco medo de errar, que neste grande território nacional, nesta grande federação brasileira, eu duvido que não haja um grande número de estados em que haja um grande número de categorias de servidores públicos, que não esta categoria objeto dessa lei, que tenha rendimentos de pelo menos dez, doze vezes, senão quinze vezes mais do que este piso salarial que é concedido. E, para essas categorias jamais essas considerações orçamentárias são levadas em conta. Jamais. (BRASIL, 2011, p. 110).

Após o debate, o Min. Ayres Britto apresentou seu voto, entendendo pela constitucionalidade dos dispositivos legais impugnados na ação. Afirma que o federalismo brasileiro estabelecido constitucionalmente é o de cooperação, como estabelecido no art. 23 da CF e, especificamente quanto à educação, no art. 211 desse mesmo documento legal. Isso quer dizer, segundo o Ministro, que o pacto (ou “laço”, como prefere denominar) federativo brasileiro garante autonomia normativa e material aos Estados e Municípios desde que respeitados os princípios e regras constitucionais, dentre as quais o estabelecimento do piso salarial nacional para os professores da rede pública de educação básica e a valorização dos profissionais da educação (art. 206, inc. V e VII, CF). Ademais, destaca o Ministro que, sendo a educação prioridade das prioridades constitucionais, eventuais alegações de índole orçamentária são incabíveis.

O Min. Cezar Peluso, em voto breve, posiciona-se pela constitucionalidade dos dispositivos impugnados com exceção do §4º do art. 2º da Lei 11.738/08, que estipula a composição da jornada de trabalho dos professores, por entendê-lo violador da autonomia dos Estados.

Após o voto do Min. Cezar Peluso, em razão do grande dissenso de posicionamentos expostos pelos membros da Corte e em razão da complexidade das questões envolvidas no caso em análise, os Ministros adentraram em intenso debate quanto ao próprio resultado da ação, que não obteve maioria absoluta em nenhum sentido interpretativo. Ao final, decidiu-se, por maioria, pela constitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 11.738/08, com a ressalva do Min. Gilmar Mendes que dava interpretação conforme no sentido de que a referência do piso salarial é a remuneração e vencido o Min. Marco Aurélio que considerou o dispositivo inconstitucional. A essa decisão foi atribuída eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, ou seja, o entendimento pela constitucionalidade deste dispositivo vincula os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nos âmbitos federal, estadual e municipal (BRASIL, 1988). Isso quer dizer, como esclarece Moraes (2007, p. 733) que “uma vez proferida a decisão pelo STF, haverá uma vinculação obrigatória em relação a todos

os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, que deverão pautar o exercício de suas funções na interpretação constitucional dada pela Corte Suprema [...]”.

Já em relação ao §4º do art. 2º da Lei 11.738/08 que estabelece que um terço da jornada seja destinado a atividades fora da sala de aula, o Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria, pela sua constitucionalidade mas não lhe atribuiu o efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* como na parcela da decisão anteriormente descrita. Isso quer dizer, na interpretação da Corte, que os juízes e demais Tribunais poderão decidir, se demandados, como se posicionam perante a constitucionalidade de referido dispositivo podendo, inclusive, julgá-lo inconstitucional. Trata-se de questão importante e problemática porquanto a não atribuição dos efeitos vinculante e *erga omnes* poderia acarretar, como salientaram os Ministros Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, no descumprimento desse dispositivo da lei 11.738/08. Nas palavras de Joaquim Barbosa:

Vou ter de declarar aqui, no resultado do julgamento, ou melhor, porque não vamos ter que convidar as prefeituras deste País a não obedecer à lei? É o que nós estamos fazendo aqui, exatamente isto: convidar às prefeituras a não obedecer, dizendo: bom, essa parte da lei não vincula, o que vincula é somente essa parte da lei. (BRASIL, 2011, p. 150).

Da análise da ação direta de inconstitucionalidade nº 4167, observou-se que a principal questão em discussão refere-se ao sentido e aos limites atribuídos pelos Ministros ao conceito de Pacto Federativo e à consequente delimitação da atuação normativa da União e dos Estados Membros na área educacional.

A noção de pacto federativo está relacionada com a própria compreensão do Federalismo, forma de Estado em que a soberania é compartilhada entre o órgão de Poder Central e as demais organizações de caráter regional, em oposição ao Estado Unitário em que a soberania se concentra no Governo Central. Nas palavras de Abrúcio (2013, p. 206):

Trata-se, portanto, de um modelo que distribui poderes originários e específicos de políticas públicas aos seus entes, que precisam ter graus importantes de autonomia, mas que necessitam também da construção de formas de entrelaçamento, coordenação e cooperação, algumas feitas pela linha da Lei, outras pela indução hierarquizada entre os níveis de governo e ainda há aquelas que derivam da negociação e da barganha intergovernamental, seja em arenas institucionalizadas, seja informalmente.

Deve-se destacar, no entanto, que a noção de Estado Federal não é unívoca e imutável uma vez que, como salienta Dallari (2006, p. 293), trata-se de “fenômeno político-social, vale

dizer humano, não sujeito a certezas matemáticas ou delimitações puramente racionais e previsíveis”. Nesse sentido, Cury (2010) irá destacar que, fundamentalmente, existem três tipos de federalismo: a) o federalismo centrípeto, em que a União assume especial relevância, concentrando as principais atribuições e competências políticas do Estado e relacionando-se com as demais entidades federadas através de um regime de subordinação; b) o federalismo centrífugo, em que as unidades subnacionais atuam com ampla autonomia em relação à União e c) o federalismo cooperativo, que implica na construção de uma relação equilibrada entre a União e os demais entes federados tendo como objetivo finalidades comuns.

Para Cury (Ibid.), essa última modalidade de federalismo é a principal marca da Constituição Federal de 1988, especialmente no que diz respeito ao direito à educação. De fato, logo em seu art. 1º, a carta constitucional estabelece que o Brasil é uma República Federativa formada pela união indissolúvel da União, dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Adiante, em seu art. 3º, o constituinte irá estabelecer os objetivos comuns que devem ser perseguidos por esse modelo de Estado, dentre os quais, a construção de uma sociedade justa e a redução das desigualdades sociais e regionais. Ainda, em seus artigos 18 e 23, a Constituição Federal irá salientar a autonomia dos entes federados, limitada, porém, pela construção de um sistema que garanta o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (BRASIL, 1988).

É com base nesses dispositivos legais que Cury (2010, p. 157) irá afirmar que:

A insistência na cooperação, a divisão de atribuições, a assinalação de objetivos comuns com normas nacionais gerais indicam que, nessa Constituição, a acepção de sistema se dá como sistema federativo por colaboração, tanto quanto de Estado Democrático de Direito.

Para a garantia desse modelo de Estado, a Carta Constitucional de 1988 estabeleceu um sistema de repartição de competências legais e materiais entre os diferentes entes do sistema federativo. Como já assinalado no tópico anterior, esse sistema é extremamente complexo, envolvendo competências privativas de repartição horizontal e competências concorrentes de repartição vertical (BARACHO JUNIOR; GALLUPO, 2006).

Especificamente em relação ao direito à educação, a Constituição Federal buscou garantir um verdadeiro Regime de Colaboração, em sintonia com os princípios do federalismo cooperativo. De acordo com Abrúcio (2013, p. 211-2112), esse regime “envolveria a existência de sistemas escolares autônomos em estados e municípios e a criação de

mecanismos para aumentar a coordenação e a cooperação entre os entes, inclusive com um forte papel da União”.

O art. 211 da Constituição Federal, ao mesmo tempo em que impõe uma pluralização de sistemas de ensino (CURY, 2010), estabelece o regime de colaboração na educação entre os distintos entes federados, evitando a construção de uma descentralização centrífuga na área educacional (ABRÚCIO, 2013). Além desses dois aspectos, é de se destacar nesse dispositivo constitucional que à União foi atribuída função redistributiva e supletiva, de forma de garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (BRASIL, 1988).

O papel de relevo dado constitucionalmente à União no campo educacional fica também claro quando a Constituição Federal atribui ao ente nacional a competência de estabelecer as normas sobre as diretrizes e bases da educação nacional, conforme disposto no inc. XXIV do seu art. 22. Destaque-se, no entanto, como já salientado no tópico anterior, que a interpretação desse artigo tem gerado inúmeros conflitos entre os Estados e União no exercício da função legislativa e que a mera inclusão de um dever em lei não significa seu cumprimento.

Nesse contexto, especialmente a partir de 1996, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 14, que instituiu o Fundo de desenvolvimento da Educação Fundamental (FUNDEF), tem-se observado por parte do Governo Federal uma tentativa de reordenação federativa no campo das atribuições educacionais. Esse processo foi ampliado com a edição da Emenda Constitucional nº 53/06, que não apenas instituiu o Fundo de Desenvolvimento da Educação Básica (FUNDEB) como também incluiu o inc. VII ao art. 206 da CF, prevendo o piso salarial nacional para os professores através de lei federal. Através de referida alteração legal, sinalizou-se constitucionalmente para a construção de um sistema educacional colaborativo, com um papel ampliado da União, especialmente na área orçamentária (BUCCI; VILLARINO, 2013). A lei que instituiu o piso salarial nacional para os professores (Lei 11.738/08) surge, então, nesse contexto de busca de cooperação federativa, objetivando garantir maior articulação entre os entes da federação na concretização dos direitos educacionais.

Todas as três medidas citadas (FUNDEF, FUNDEB e Lei do piso salarial nacional para o magistério público) tiveram como um dos objetivos previstos minimizar a desigualdade

educacional entre os diferentes entes federados. No entanto, deve-se destacar que esses objetivos não foram de todo cumpridos. Nesse sentido:

[...] o impacto das políticas de fundos é conhecido. Ampliaram o atendimento das redes municipais, inclusive no Nordeste, reduziram a desigualdade de recursos disponíveis entre diferentes redes no interior de cada estado, aumentaram os salários aviltantes existentes anteriormente à sua implantação (salários inferiores a um salário mínimo), impulsionaram o processo de universalização do ensino fundamental. Entretanto, a limitação dos montantes utilizados pela complementação da União, no caso do Fundef por não cumprimento da legislação e no caso do Fundeb por limitação do montante na lei, reduziu o impacto equalizador que as propostas poderiam ter. (OLIVEIRA; SOUSA, 2010, p. 19).

O papel da União na equalização orçamentária e diminuição das desigualdades regionais é questão problemática também na Lei 11.738/08. De fato, ao estabelecer que cabe à União complementar os recursos dos entes federados que não conseguirem cumprir o valor do piso salarial nacional para o magistério, a norma não estipula procedimentos, prazos ou regulamentos que garantam a necessária celeridade e eficiência desse processo. Trata-se de questão especialmente crítica em relação aos municípios, muitos dos quais não têm capacidade tributária para garantir integralmente o cumprimento da norma em questão. Ademais, a Lei 11.738/08 limitou o repasse da União à 10% do valor total do FUNDEB, nos termos do inciso VI do caput do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Essa questão foi levantada no acórdão analisado nesse tópico pelos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – [...] E veja como a lei foi econômica ao tratar da contraprestação da União, limitou-se a dizer que a União deverá complementar, falando do regulamento, a partir da consideração dos recursos constitucionalmente vinculados à educação, caso não tenha disponibilidade orçamentária para cumprir o valor fixado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E todos acreditamos que ela o fará. Todos acreditamos....

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES- O ente federativos deverá justificar a sua necessidade e incapacidade, enviando ao Ministério da Educação solicitação fundamentada, acompanhada de planilha de custos que comprove a necessidade da complementação de que trata o caput deste artigo. Senhor Presidente, nenhuma palavra sobre obrigação, prazo, tempo, condições, procedimentos. [...]

Fica evidente no artigo 4º-desculpe o cacoete burocrático de quem vivenciou essa realidade- como se faz essa prestação. A cada mês há uma folha pra pagar. Apresentou-se a conta, como se vai fazer este repasse? Isso não está dito na lei. Como se o artigo 4º fosse apenas uma obra retórica, com sérios problemas, o que pode levar, ao fim e ao cabo, a um congelamento do

serviço de educação, no tamanho que ele hoje eventualmente se encontra. (BRASIL, 2011, p. 99-100).

Retornando um pouco à discussão do pacto federativo e analisando a posição assumida pelos Ministros do STF durante a exposição de seus votos no acórdão, observou-se a formação de três correntes de pensamento. A primeira, formada pelos Ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Ayres Britto, compreende o federalismo brasileiro como um federalismo cooperativo, afirmando que a Constituição Federal garantiu aos Estados e Municípios autonomia na área educacional, com destaque à União no papel coordenativo do pacto federativo. Os Ministros entendem ainda que referida autonomia está limitada pelos princípios e regras constitucionais, dentre as quais o estabelecimento do piso salarial nacional para os professores da rede pública de educação básica e a valorização dos profissionais da educação. Uma segunda corrente, intermediária, é formada pelos Ministros Carmen Lúcia, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, que compreendem que o papel da União no federalismo brasileiro, embora assuma importante peso, está limitado ao papel de coordenador e à edição de normas gerais, não podendo imiscuir-se em questões particulares dos Estados Membros e Municípios. Por fim, a corrente esposada pelo Ministro Marco Aurélio compreende o federalismo brasileiro como um federalismo centrífugo, em que assume especial relevância a autonomia dos entes federados subnacionais.

Antes de finalizar a análise deste tópico cabe destacar ainda que a ação direta de inconstitucionalidade ora analisada apresenta-se como uma das mais importantes decisões no campo educacional promovida pelo STF não apenas por debater um tema de grande importância para a educação no país, como é a valorização dos profissionais da educação e a estipulação do seu piso salarial profissional, como também por contar, durante sua análise, com a intervenção de diversos atores integrantes da sociedade civil organizada. De fato, do conjunto documental analisado na presente pesquisa, essa é a primeira decisão em que o STF admite a atuação dos denominados *amici curiae* ou “amigos da Corte”, figura instituída pela lei nº 9.868/99, que permite ao Supremo Tribunal uma análise mais aprofundada e fundamentada das questões em debate através da manifestação de outros órgãos, entidades ou pessoas. Especificamente quanto à decisão em análise, admitiu a Corte como *amici curiae* apenas as entidades representativas da classe docente, por entendê-las como representativas do grupo social que será diretamente afetado pela análise da constitucionalidade dos dispositivos da Lei 11.738/08. São elas: a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino (CONTEE), que atuou como representante da Campanha

Nacional pelo Direito à Educação; o Sindicato dos Servidores do Magistério Municipal de Curitiba (SISMMAC); a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE); do Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública do Espírito Santo (SINDIUPES); do Sindicato dos Trabalhadores em Educação de Goiás (SINTEGO) e do Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza (SINDIFORT). A importância da participação de referidas entidades é explicitada por Almeida (2011, p. 34) que destaca:

Nota-se, desta forma, que foram as organizações de trabalhadores que apresentaram a defesa da Lei do Piso (Lei n. 11.738/2008) e demonstraram articulação social e resistência aos retrocessos legislativos. Nesse sentido, apresentaram um fundamental contraponto aos argumentos daqueles contrários à lei, influenciando o STF e a opinião pública em geral para a tomada de uma decisão mais correta.

Além de admitir a figura do *amicus curiae*, o STF realizou audiência com a Frente Parlamentar para a Educação, representada pelos senadores Cristovam Buarque (PDT/DF), Ideli Salvatti (PT/SC) e Fátima Cleide (PT/RO); pelos deputados federais Carlos Abicalil (PT/MT) e João Matos (PMDB/SC); pelo secretário adjunto do Ministério da Educação e por representante da Advocacia Geral da União.

Finalmente, é de se destacar que, apesar da importância da decisão esposada pelo STF no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade ora em análise e embora do ponto de vista jurídico a lei nº 11.738/08 deva ser imediatamente cumprida, a sua efetivação ainda comporta grande resistência por parte dos Estados e Municípios, demonstrando que a garantia de um direito pelo Poder Judiciário é apenas uma primeira etapa na luta pela concretização do direito à educação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Poder Judiciário e como Tribunal Constitucional, tem sido instado a decidir importantes e diversas questões relativas ao direito à educação de crianças e adolescentes na última década. Se inicialmente a temática educacional configurou-se como assunto marginal no STF, constata-se que a partir de 1988 até o início de 2013, foram julgados pela Suprema Corte cerca de 4.410 processos sobre a temática, dois quais 4.222 foram protocolados a partir de 2001 (RANIERI, 2013). Além do significativo aumento de demandas judiciais relacionadas ao direito à educação que foram analisadas pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se observar também uma mudança nas questões específicas analisadas sobre o tema e também no posicionamento adotado pela Corte durante os anos. De fato, enquanto no início dos anos 1990 prevaleciam decisões relativas à regulação estatal na prestação dos serviços educacionais por estabelecimentos privados de ensino, observa-se na última década um crescimento no número de demandas que requerem a efetivação do direito à educação, especialmente no âmbito da educação básica (Ibid.).

Dentre os motivos que podem explicar essa nova realidade, destaquem-se: as diversas alterações constitucionais que ampliaram a garantia do direito à educação, em especial no âmbito da educação infantil, com destaque para as Emendas Constitucionais nº 14/96 e 53/06; a promulgação de importantes legislações na área educacional, com destaque para a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96), para o Plano Nacional de Educação (Lei 10.172/01); as sucessivas crises (de legitimidade, de confiabilidade e de eficiência) que atingem o Legislativo e o Executivo; o novo papel assumido pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública e o protagonismo do Judiciário no campo das políticas públicas.

Quanto ao último aspecto destacado, é de se ressaltar que o fenômeno observado no STF com relação ao aumento de demandas judiciais educacionais insere-se no contexto mais amplo da judicialização da política, ou seja, do processo de transferência de questões políticas, tradicionalmente decididas no campo parlamentar e executivo, para o Poder Judiciário (BARBOZA; KOZICKI, 2012).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a posterior edição de importantes instrumentos normativos educacionais, passou-se a observar a crescente interferência do Poder Judiciário também no campo da política educacional, o que pode ser denominado como “judicialização da educação” (CURY; FERREIRA, 2009).

De fato, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social e Democrático de Direito estabelecido constitucionalmente, passa-se a exigir do Poder Judiciário, especialmente

do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal, um papel mais ativo na concretização dos direitos sociais, dentre os quais, os direitos educacionais. Como destaca Vicelli (2012, p. 265):

[...] o modelo de Estado providência (Estado Social) constitui força impulsionadora do ativismo judicial, vez que o Poder Judiciário passa a suprimir etapas determinadas pela burocracia estatal para que formule uma prestação jurisdicional líquida e eficaz que entregue o bem jurídico constitucionalmente garantido.

Nesse contexto, o Judiciário torna-se coautor das políticas públicas (GRINOVER, 2008). A atividade judicial, no entanto, é bem distinta da realizada pelos agentes legislativos e executivos na elaboração dessas políticas uma vez que se pauta essencialmente- embora não exclusivamente- na análise e interpretação jurídica dos dispositivos normativos. Assim, se à primeira vista e sob o olhar leigo de um não estudioso do Direito, a análise do ordenamento jurídico educacional aponta para a clara e inequívoca declaração de um direito à educação de qualidade para todos e como dever do Estado, aos olhos dos profissionais do Direito essa análise apresenta vicissitudes interpretativas que modificam, na prática, o grau de efetividade dos direitos educacionais. Nesse contexto, questionou-se na presente pesquisa: quando demandado, como o Supremo Tribunal Federal tem atuado e interpretado os documentos normativos com relação aos direitos educacionais?

Além de ser a temática mais presente no Supremo Tribunal Federal com relação ao direito à educação no período estudado, a análise dos acórdãos referentes às demandas por vaga na educação infantil, permitem afirmar que o STF tem adotado posicionamento favorável em prol da efetivação do direito à educação. Isso porque, de forma unânime, a Corte assentou que a educação-incluindo-se a educação infantil- é direito fundamental social, imediatamente exigível do Estado (em sentido amplo) através da via judicial. Em outras palavras, o STF declarou que o direito à educação é direito público subjetivo.

Ademais, dentro dessa mesma temática, a Corte enfrentou as principais objeções apostas pelo Estado em relação à exigibilidade judicial dos direitos sociais educacionais, estabelecendo que cabe ao Poder Judiciário –especialmente o STF em razão de sua dimensão política- atuar na formulação e implementação de políticas públicas nos casos em que os demais órgãos ou Poderes estatais competentes não o fizerem, descumprindo expressos mandamentos constitucionais, como é o caso do direito à educação. Estabelece ainda que a mera alegação de escassez de recursos públicos por parte da Administração Pública, sem

comprovação objetiva, não é suficiente para negar a exigibilidade imediata do direito à educação infantil.

Apesar de importante e de ter-se apresentado como relevante indutor de decisões judiciais nos órgãos inferiores no mesmo sentido da decisão emanada (VICELLI, 2012), a decisão judicial do Supremo Tribunal Federal no sentido de reconhecer o direito de acesso à educação não surpreende uma vez que, como destaca Silveira (2012), as demandas judiciais com pedidos individuais em prol da garantia do acesso a vagas têm sido acatadas de forma quase unânime pelo Poder Judiciário. Mas o Supremo Tribunal Federal foi além. Ao analisar os acórdãos referentes à categoria “responsabilidade estatal na garantia ampla do direito à educação”, a Corte estabeleceu de forma unânime que é dever do Estado propiciar não apenas o direito individual de acesso ao ensino, mas também a garantia dos meios que viabilizem amplamente o exercício do direito social à educação. Embora cada acórdão analisado nessa categoria trate de um direito específico (quais sejam, contratação de professores a fim de suprir a carência de rede de ensino público, a garantia de transporte escolar gratuito e a adequação do número de salas de aula em relação ao número de alunos), a fundamentação das decisões do STF sobre a temática é ampla: sendo a educação direito fundamental social, é dever do Estado garanti-lo em todas as suas dimensões. Ao não adotar argumentação específica em relação a cada direito pleiteado, pode-se inferir duas considerações. A primeira é a de que o Supremo Tribunal Federal não limitou o direito à educação a nenhuma legislação ou dispositivo legal existente, apontando para um posicionamento abrangente em relação ao que compreende como responsabilidade estatal na educação, garantindo em amplitude sua efetividade. A segunda questão aponta para o lado oposto. Ao não debater em profundidade as questões específicas atinentes a cada direito pleiteado, corre-se o risco de, na prática, não se garantir a exequibilidade da decisão judicial emanada.

De fato, ao adotar em diversas decisões uma fundamentação jurídica ampla- sempre pautada na declaração constitucional da educação como direito fundamental social-, com pouco aprofundamento teórico e quase nenhuma discussão dos aspectos técnicos e práticos envolvidos na demanda, o STF deixou margem para a não aplicação de suas decisões judiciais na realidade fática, permitindo manobras jurídicas que adiem a exequibilidade dos direitos garantidos pela Corte. Especialmente no contexto da judicialização da política, não se trata simplesmente de conceder o direito à educação, trata-se de analisar e decidir como esse direito será concedido: quem são seus responsáveis, o prazo para cumprimento da decisão, a eventual inclusão do gasto previsto no orçamento, entre outros aspectos técnicos envolvidos na

demanda analisada.

É de se destacar também que, pela primeira vez na história do Supremo Tribunal Federal, a Corte “flertou” com o tema de qualidade do ensino. Embora não tenha adentrado em discussões teóricas sobre o conceito de qualidade na área educacional, restringindo-se à análise da legislação educacional estadual sobre o tema, trata-se de questão cuja análise judicial o Supremo Tribunal Federal demonstrou não ter problema em discutir.

Apesar do posicionamento unânime do Supremo Tribunal Federal no sentido de compreender a educação como direito fundamental social, é de destacar que todas as ações analisadas pela Corte referiam-se a demandas individuais ou em que os demandantes poderiam ser individualizados. Ademais, em nenhum momento o STF discutiu o caráter coletivo, propriamente social, do direito fundamental à educação. Como já analisado no primeiro capítulo, compreender a educação como direito fundamental de natureza social no atual Estado Social Democrático de Direito, significa compreendê-la como um direito supraindividual, “com conteúdo multifacetado, envolvendo não apenas o direito à instrução como um processo de desenvolvimento individual, mas, também o direito a uma política educacional.” (CAGGIANO, 2009, p. 23).

Nesse ponto, é importante perceber no campo dos direitos sociais que, embora as demandas judiciais individuais sejam possíveis – e importantes – deve-se dar prioridade às demandas coletivas e, conseqüentemente, às ações que visem a concretização de políticas públicas justamente em decorrência do caráter coletivo e social desses direitos (DUARTE, 2004). Essa afirmação, no entanto, ainda encontra muita resistência no campo jurídico, particularmente perante o Poder Judiciário que, ainda arraigado nos conceitos individualistas dos direitos fundamentais cunhados no contexto do Estado Liberal, restringem a eficácia dos direitos sociais à sua dimensão individual admitindo-se, por exemplo no caso da educação, o direito individual do educando à uma vaga em estabelecimento de ensino e rechaçando a condenação do Estado a implementar uma política pública de ampliação de vagas escolares que beneficie toda a coletividade. De fato, o Supremo Tribunal Federal não parece ter claro o que compreende por políticas públicas uma vez que, ao afirmar que sua interferência nesse campo é legítima, confunde a garantia de um direito individual através da via judicial com o próprio processo de formulação e implementação de políticas públicas.

Trata-se de importante questão, especialmente em um contexto em que o Poder Judiciário prioriza o atendimento individual em prejuízo de demandas coletivas ou mesmo difusas em temáticas relacionadas aos direitos fundamentais sociais. As conseqüências das

demandas judiciais educacionais na organização da Administração Pública ainda não foram objeto de um estudo aprofundado. No caso do direito à saúde, no entanto, diversas pesquisas vêm demonstrando que o atendimento das decisões judiciais que envolvem o referido direito, em grande parte demandas individuais por medicamentos de alto custo, tem levado à Administração a realocar os recursos públicos que foram inicialmente comprometidos para a manutenção e estruturação das instituições públicas de saúde e para a aquisição de materiais e medicamentos básicos que atendam às enfermidades mais comuns da população em prol do cumprimento de demandas judiciais individuais (AFONSO DA SILVA, 2010). Nesses casos, observa-se a garantia do direito à saúde de um indivíduo em face da garantia do direito à saúde de outros indivíduos. Ademais, tendo em vista que, muitas das vezes, as decisões judiciais preveem consequências graves em caso de descumprimento, tais como a prisão dos secretários municipais de saúde ou altas multas diárias, os Administradores tem se empenhado, inclusive com o gasto de recursos públicos, para criar mecanismos que limitem a atuação do Poder Judiciário na esfera dos direitos sociais (BENTES; HOFFMANN, 2010). Com efeito, deve-se lembrar de que não apenas o cumprimento das decisões judiciais que envolvem a garantia de direitos sociais reflete em gastos públicos; o próprio movimento da máquina Judiciária e a manutenção de instituições como a Defensoria Pública, o Ministério Público e as Procuradorias do Estado e do Município, bem como a Advocacia Geral da União, representam importante dispêndio de recursos públicos.

No caso da educação, embora não tenham sido realizadas pesquisas mais aprofundadas sobre a temática, é possível observar uma insatisfação da Administração e mesmo de profissionais da educação com a expansão do número de demandas judiciais que envolvem o direito à educação. Nesse sentido, pesquisa realizada por Bentes e Hoffmann (2010, p. 412) aponta que:

O sistema político está começando a responder a esse aumento crescente dos processos no judiciário. Já há algum tempo vem crescendo, nas agências executivas de todos os escalões federais, o descontentamento tanto com o impacto orçamentário cada vez maior dos litígios envolvendo os direitos à saúde quanto com a efetiva gestão judicial de determinadas políticas sanitárias e educacionais.

A mesma pesquisa aponta, no entanto, que as demandas judiciais envolvendo direitos prestacionais podem representar um importante caminho para efetividade dos direitos sociais quando envolvem a gestão e implementação de uma política. Corroborando essa afirmativa, os autores, analisando as demandas judiciais relacionadas à requisição de novos

medicamentos para o tratamento de HIV/AIDS, observaram que, embora inicialmente não previstos nos programas do Ministério da Saúde, a requisição judicial das novas drogas levou à Administração a incluí-las em suas políticas de saúde. Nesse sentido, “os primeiros casos de terapia HAART demonstram que o litígio pode funcionar como um mecanismo que sinaliza a demanda por novos remédios e, portanto, a expansão de uma política pública vigente” (Ibid.).

Nesse mesmo contexto, é preciso destacar também a falta de diálogo do Supremo Tribunal Federal com a área de conhecimento educacional. Com exceção da ação direta de inconstitucionalidade nº 4167, que analisou a constitucionalidade da Lei do Piso Salarial Nacional para os professores, o STF não se utilizou de estudos realizados por autores e pesquisadores da área educacional, não solicitou esclarecimento de peritos em temáticas que envolvessem questões que extrapolassem a dimensão jurídica do direito à educação nem abriu o debate para outros atores da sociedade civil que pudessem fundamentar a decisão judicial nos aspectos propriamente educacionais. É de se destacar que enquanto os Poderes Executivo e Legislativo possuem uma ampla estrutura de apoio com quadro de pessoal dotado de conhecimentos técnicos e específicos para assessorar na formulação e implementação de políticas públicas de determinada área, o mesmo não pode ser afirmado em relação ao Poder Judiciário (SARMENTO, 2010).

Embora se concorde com alguns autores, como Neto (2010) e Arnesen (2009), que apontam que o juiz contemporâneo deve assumir um novo papel, superando o perfil meramente jurídico e passando a ser capaz de analisar dados econômicos, sociais e políticos, entende-se também que, no atual contexto do ensino jurídico no país, excessivamente formalista e legalista, os juízes não possuem conhecimentos técnicos específicos para julgar demandas relacionadas, por exemplo, à educação ou saúde.

A questão parece ser ainda mais complicada em relação ao direito à educação tendo em vista que, como observado pela fala dos Ministros do STF, é comum entre os membros do Poder Judiciário a crença de que, diante da sua experiência educacional como alunos e diante da sua formação em um curso de graduação da área de ciências sociais, têm a capacidade técnica para analisar demandas educacionais. Esse posicionamento é exemplificado por Neto (2010, p. 531) que afirma que “em regra, o Judiciário possui capacidades institucionais mais próprias para apreciar questões relativas ao direito à educação que ao direito à saúde.” Embora essa afirmação possa ser verdadeira, entende-se que o juiz não pode objetivar exercer o papel de pedagogo ou negligenciar os estudos e autores da área educacional quando estiver diante de uma demanda relacionada ao direito à educação. É essencial que o juiz busque

informações técnicas e científicas dos especialistas para fazer um juízo de valor embasado e não decida apenas com base na lei ou em autores da área jurídica. Se em demandas relacionadas à saúde o parecer de, pelo menos, um especialista da área médica é sempre solicitado, não haveria razão para agir-se diferente em demandas educacionais. Nesse sentido, Cury e Ferreira (2009) apontam o despreparo não apenas dos juízes, mas também dos Promotores de Justiça, Delegados de Política, Policiais Militares, Conselheiros Tutelares e Municipais, para atuar em questões relativas aos problemas educacionais. Segundo os autores, é comum entre os referidos atores do sistema de Justiça o entendimento simplista de que os problemas educacionais no país estão quase que exclusivamente relacionados ao mau desempenho dos professores o que, como vem sendo sistematicamente apontado por diversas pesquisas da área da educação, não condiz com a realidade.

Nesse sentido, o STF quando demandado para atuar na concretização de direitos educacionais complexos poderá recorrer, por exemplo: a) ao auxílio da perícia, meio legal previsto para suprir a carência de conhecimentos técnicos do juiz (THEODORO JÚNIOR, 2009), b) ao pronunciamento dos *amici curiae* ou “amigos da corte”, entidades e instituições com representatividade que intervêm em processos de controle de constitucionalidade com o objetivo de proteger valores essenciais a determinado grupo social ou relativo a determinado direito (LENZA, 2006); c) audiências públicas com especialistas sobre a matéria em discussão, como a realizada pelo STF sobre a lei de biossegurança em 2007 (CÉSAR, 2011).

Ademais, deve-se sempre, como salientado por Neto (2010, p. 531) “aprofundar o diálogo com a sociedade e com as demais instituições, evitando se restringir às partes formalmente legitimadas”. Em uma demanda educacional impetrada por um aluno em face do município, por exemplo, pode o Poder Judiciário escutar não apenas as referidas partes diretamente envolvidas no processo como também a escola, os gestores e mesmo os professores do referido aluno com o objetivo de construir a melhor e mais efetiva solução para o caso em julgamento. Se a interferência do Poder Judiciário no campo das políticas públicas educacionais já é realidade cuja tendência é se expandir, deve-se destacar que a construção de uma decisão judicial que realmente reflita na realidade social e que dialogue com o campo educacional é o significado dado pela Constituição Federal ao direito fundamental social à educação.

REFERÊNCIAS

ABRÚCIO, Fernando Luiz. Federalismo e Educação no Brasil: trajetória recente e principais desafios. In: KIM, Richard Pae; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel (Orgs.). **Justiça pela qualidade na educação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 205-222.

ADRIÃO, Theresa et al . As parcerias entre prefeituras paulistas e o setor privado na política educacional: expressão de simbiose?. **Educ. Soc.**, Campinas , v. 33, n. 119, June 2012 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302012000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 17 Dec. 2013.

ADRIÃO, Theresa; PERONI, Vera Maria Vidal. Implicações do Programa Dinheiro Direto na Escola para a gestão da escola pública. **Educ. Soc.**, Campinas , v. 28, n. 98, Apr. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302007000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 13 Dez. 2013.

_____. A educação pública e sua relação com o setor privado: implicações para a democracia educacional. **Retratos da Escola**, Brasília, DF, n. 3, p. 107-116, 2009.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. O judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2010. p. 587-599.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais e jurisdição constitucional . **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, v. 217, jul./set. 1999. Tradução Luís Afonso Heck.

ALMEIDA, Eloísa Machado. Participação social no Supremo Tribunal Federal. In: XIMENES, Salomão Barros. **Lei do piso: debates sobre a valorização do magistério e o direito à educação no STF**. São Paulo: Ação Educativa, 2011. p. 31-36.

ARAÚJO, Alessandra Matos de. **Legitimidade democrática do controle judicial do direito à educação**. 2011. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Instituto Brasiliense de Direito Público, 2011.

ARAÚJO, Gilda Cardoso. Direito à educação básica: a cooperação entre os entes federados. **Revista Retratos da Escola**, Brasília, v. 4, n. 7, p. 231-243, jul./dez. 2010.

_____. Estado, política educacional e o direito à educação no Brasil: “O problema maior é o de estudar”. **Educar em Revista**, Curitiba, Brasil, n. 39, jan./abr. 2011. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/educar/article/viewFile/15800/14128>>. Acesso em 20 mar 2013.

ARNESSEN, Erik Saadi. Direito à educação de qualidade na perspectiva neoconstitucionalista. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord.); RIGHETTI, Sabine (Org.). **Direito à educação: aspectos constitucionais**. São Paulo: Edusp, 2009. p. 145-167.

_____. **Educação e cidadania na Constituição Federal de 1988**. 2010. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

BABINSKI, Daniel Bernardes de Oliveira. **O direito à educação básica no âmbito do MERCOSUL**: proteção normativa nos planos constitucional, internacional e regional. 2010. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

BARACHO JUNIOR, José Afonso de Oliveira; GALUPPO, Marcelo Campos . A competência legislativa concorrente no Brasil: a participação restrita dos Estados. In: Marcelo Campos Galuppo. (Org.). **O Brasil que queremos**: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 271-281.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Rev. direito GV**, São Paulo , v. 8, n. 1, jun. 2012 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 29 maio 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BAZÍLIO, Luiz Cavalieri. Avaliando a implantação do Estatuto da Criança e do Adolescente. In:_____; KRAMER, Sonia (Orgs.). **Infância, educação e direitos humanos**. 2 ed. São Paulo: Cortex, 2006. p. 19-28.

BENTES, Fernando Ramalho Ney Montenegro; HOFFMANN, Florian Fabian. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma abordagem empírica. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2010, p. 383-416.

BEZERRA, Egle Pessoa. A constituição das parcerias público-privadas e seus reflexos para a educação dos municípios paulistas de Pirassununga e Brotas. In: Simpósio Brasileiro De Política E Administração Da Educação, 24., 2009, Vitória. **Trabalho Completo**. Disponível em: <http://www.anpae.org.br/congressos_antigos/simposio2009/92.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Malheiros editores. 2009

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Marina Soares Vital. **A atuação do sistema de justiça na efetivação dos direitos fundamentais**: Um estudo sobre o direito à educação básica, na Comarca de Florianópolis/SC

no período de 2000 a 2005. 2007. 1 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 2007.

BOWE, Richard; BALL, Stephen; GOLD, Anne. **Reforming education & changing schools: case studies in policy sociology**. London: Routledge, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: versão atualizada até a emenda nº 59/2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 10 out. 2012.

_____. **Lei nº 11.738, de 16 de julho de 2008**. Regulamenta a alínea “e” do inciso III do caput do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11738.htm>. Acesso em 11 de ago. 2013.

_____. **Lei nº 5.682, de 11 de agosto de 1971**. Fixa Diretrizes e Bases para o ensino de 1º e 2º graus, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5692-11-agosto-1971-357752-norma-pl.html>>. Acesso em 11 out. 2013.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em 20 jan. 2013.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente dá outras providências. **Diário Oficial da União**: República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em 12 out. 2012.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em 20 out. 2013.

_____. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em 15 jun. 2013.

_____. Ministério da administração e Reforma do Estado. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília: DF, 1995.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento Interno**. Brasília: STF, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Maio_2013_versao_eletronica.pdf>. Acesso em 12 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento Interno**. Brasília: STF, 2012.

Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Maio_2013_versao_eletronica.pdf>. Acesso em 12 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1399**. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 2004.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1266**. Rel. Min. Eros Grau. Brasília, 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 820**. Rel. Min. Eros Grau. Brasília, 2007a.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1864**. Rel. Min. Maurício Corrêa. Brasília, 2007b.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3669**. Rel. Min. Carmen Lúcia. Brasília, 2007c.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2997**. Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 1698**. Rel. Min. Carmen Lúcia. Brasília, 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4167**. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Brasília: 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação direta de inconstitucionalidade nº 2997**. Rel. Min. Cezar Peluso. Brasília, 2003.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle. **Cadernos MARE da Reforma do Estado**, Brasília, v. 1, jul. 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____; VILARINO, Marisa Alves. A ordenação federativa da Educação brasileira e seu impacto sobre a formação e o controle das políticas educacionais. In: KIM, Richard Pae; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel (Orgs.). **Justiça pela qualidade na educação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 117-150.

CAGGIANO, Monica Herman S. A educação. Direito Fundamental. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord); RIGHETTI, Sabine (Org.). **Direito à educação: aspectos constitucionais**. São Paulo: Edusp, 2009. p. 19-39.

_____. Federalismo incompleto: descentralização e indefinição de competências. **Revista de Direito Mackenzie**, São Paulo, n. 2, p. 31-44, mar. 2003. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/num2_ano1.html>. Acesso em: 10 nov. 2012.

CAMPOS, Maria Malta. A educação infantil como direito. In: CAMPANHA NACIONAL PELO DIREITO À EDUCAÇÃO. **Insumos para debate 2: Emenda Constitucional nº 59/2009 e a educação infantil: impactos e perspectivas.** São Paulo: Campanha Nacional pelo Direito à Educação, 2010, p. 08-15.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6 ed. Lisboa: Almedina, 2002.

_____. **Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais.** Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO, Ernani; LEITAO, Natália. O poder dos juízes: Supremo Tribunal Federal e o desenho institucional do Conselho Nacional de Justiça. **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, v. 21, n. 45, mar. 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782013000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 18 dez. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, 1997.

CÉSAR, João Batista Martins. A audiência pública como instrumento de efetivação dos direitos sociais. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília**, Brasília, v. 5, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/3124/1933>>. Acesso em 25 mai 2013.

CHRISPINO, Alvaro. Ensino público gratuito: flexibilidades e desvios. **Ensaio: aval. pol. públ. Educ.**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 47, Jan. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40362005000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 15 mar. 2013.

_____; CHRISPINO, Raquel Santos Pereira. A judicialização das relações escolares e a responsabilidade civil dos educadores. **Ensaio: aval. pol. públ. Educ.**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 58, mar. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40362008000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 25 nov. 2013.

COIMBRA, Marcos Antônio. Abordagens Teóricas ao Estudo das Políticas Sociais. In: ABRANCHES, Sérgio Henrique; SANTOS, Wanderley Guilherme; COIMBRA, Marcos Antônio. **Política Social e Combate à Pobreza.** Rio: Jorge Zahar, 1987.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos sociais e culturais: uma breve exploração. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Coords.). **Direitos**

sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2010. p. 487-515.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A Educação Básica no Brasil. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 23, n. 80, Sept. 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302002008000010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 22 Nov. 2013

_____. A educação escolar no Brasil: o público e o privado. **Trabalho, Educação e Saúde**, v. 4 n. 1, p. 143-158, 2006.

_____. A questão federativa e a educação escolar. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela; SANTANA, Wagner (Orgs.). **Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade.** Brasília: Unesco, 2010. p. 149-168.

_____. O público e o privado na história da educação brasileira: concepções e práticas educativas. In: LOMBARDI, J.C.; JACONELI, M.R.M.; SILVA, T.M. (Org.). **O público e o privado na história da educação brasileira: concepções e práticas educativas.** Campinas: Autores Associados, 2005.

_____. Sistema nacional de educação: desafio para uma educação igualitária e federativa. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 29, n. 105, Dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302008000400012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 08 jan 2013.

_____; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. A judicialização da educação. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIII, n. 45, p. 32-45, abr./jun. 2009.

_____; _____. Obrigatoriedade da educação das crianças e Adolescentes: uma questão de oferta ou de efetivo atendimento?. **Nuances: estudos sobre educação**, Presidente Prudente, v. 17, n. 18, jan./dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.fct.unesp.br/index.php/Nuances/article/viewFile/729/741>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

DALE, Roger. A promoção do mercado educacional e a polarização da educação. **Educação, Sociedade e Culturas**, Porto, n. 2, p. 109-139, 1994.

DALLARI, Adilson Abreu. **Regime constitucional dos servidores públicos.** São Paulo: RT, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Art. 4º. In: CURY, Munir (coord). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Elementos de teoria geral do Estado.** São Paulo: Saraiva, 2006.

DE MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores. 14º Ed. 2001. São Paulo, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIGIÁCOMO, Murillo José. Instrumentos jurídicos para garantia do direito à educação. In: LIBERATI, Wilson Donizeti. (Org.). **Direito à educação: uma questão de justiça.** São Paulo: Malheiros, 2004. p. 273-369.

DOURADO, Luiz Fernandes. A escolha dos dirigentes escolares: políticas e gestão da educação no Brasil. In: FERREIRA, Naura Syria Carrapeto. **Gestão democrática da Educação: atuais tendências, novos desafios.** São Paulo: Cortez, 2001.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 28, n. 100, out. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302007000300004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 16 fev. 2013.

_____. Direito público subjetivo e políticas educacionais. **São Paulo Perspec.**, São Paulo, v. 18, n. 2, Jun. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 19 Fev. 2013.

_____. **O direito público subjetivo ao ensino fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988.** 2003. 328 p. Tese (Doutorado) – Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

ESTEBAN, Maria Paz Sandín. **Pesquisa qualitativa em educação: fundamentos e tradições.** Porto Alegre: Artemed, 2010.

FELLMAN, David. **The Supreme Court and Education.** New York: Teachers College, Columbia University, 1961.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988.** São Paulo: Saraiva, 2000.

FERREIRA, Siddharta Legale; FERNANDES, Eric Baracho Dore. O STF nas "Cortes" Victor Nunes Leal, Moreira Alves e Gilmar Mendes. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 1, jun. 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em 17 dez. 2013.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O Controle Judicial de Políticas Públicas no Brasil.** 2004. 200 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória, Faculdades de Vitória, 2004. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098343.pdf>>. Acesso em 17 maio 2013.

FROTA, Maria Guiomar da Cunha. A cidadania da infância e da adolescência: da situação irregular à proteção integral. In: Carvalho, Alysson (Org.). **Políticas Públicas.** 1 ed. Belo Horizonte: UFMG, 2002. v. 1. p. 59-85.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Direito GV. **Relatório Índice de confiança na Justiça brasileira do 4º trimestre de 2012**. São Paulo, 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10754/Relatorio_ICJBrasil_4TRI_2012.pdf?sequence=1>. Acesso em 10 mai 2013.

GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais, **Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**, n.10, p.50-88, jan./jun., 2008. Disponível em: <https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/175/principio%20da%20separa%c3%a7ao%20poderes_Garcia.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 de maio 2013.

GIBSON, James L. From simplicity to complexity: The development of theory in the study of judicial behavior. **Political Behavior**, v. 5, n. 1, 1983, p. 7-49.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1994.

GONÇALVES, Thiago de Oliveira. **A absoluta prioridade dos direitos da criança, do adolescente e do jovem: análise empírico-normativa da aplicação judicial da norma atribuída ao art. 227 da Constituição**. 2011. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Centro Universitário de Brasília, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 2, n. 8, Belo Horizonte, out. 2008.

HADDAD, Sérgio; DI PIERRO, Maria Clara. Escolarização de jovens e adultos. **Revista Brasileira de Educação**, n. 14, p. 108-130, maio/ago. 2000.

HORTA, José Luiz Borges. **Direito Constitucional da educação**. Belo Horizonte: Decálogo, 2007.

KONZEN, A. O direito à educação escolar. In: KONZEN, A. et al. **Pela justiça na educação**. Brasília, DF: MEC; Fundescola, 2000. p. 659-668. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32572-39735-1-PB.pdf>>. Acesso em 20 março 2013.

KRELL, Andréas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Método, 2006.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Conteúdo material do direito à educação escolar. In: _____. **Direito à educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 208-271.

_____. **O Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: IBPS. 1991.

LIMA, Isabela Bentes de. **A exigibilidade judicial do direito fundamental à educação na Constituição de 1988**. 2009. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Pará, 2009.

LIMA, Maria Cristina de Brito **A educação como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

LÜDKE, Menga; ANDRÉ, Marli Eliza Dalmazo Afonso. **Pesquisa em educação: abordagens qualitativas**. São Paulo, EPU, 1986.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos humanos, significación, estatuto jurídico y sistema**. Sevilla: 1979.

MACHADO JUNIOR, Cesar Pereira da Silva. **A educação como direito social na realidade brasileira**. 1999. 198 f. Dissertação (Mestrado em Educação), Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 1999.

MACHADO, Edson. **A Educação e o Poder Judiciário: a jurisprudência educacional do Supremo Tribunal Federal, na vigência da Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil**. 2004. 122 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, 2004.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452002000200006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 29 maio 2013

MARINHO, Carolina Martins. **Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional**. 2009. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009.

MARONEZES; Luciane Francielli Zorzetti; LARA, Angela Mara de Barros. Desafios da precarização do trabalho dos professores na rede estadual de educação básica do Paraná (1995-2002). In: LARA, Angela Mara de Barros; DEITOS, Roberto Antônio (Orgs.). **Política educacionais: um exame de proposições e reformas educacionais**. Cascavel: Edunioste, 2012. p. 117-146.

MARQUES, Márcio Thadeu Silva. Sistema de garantia de direitos da infância e da juventude. In: LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). **Direito à educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 15-66

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 1, fev. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102007000100014&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 28 maio 2013

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1967.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites da revisão constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 5, n. 21, out./dez. 1997. Disponível em: <http://www.gilmarmendes.com.br/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=13:reforma-constitucional&Itemid=74>. Acesso em 18 abr. 2013.

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2010, p. 231-278.

METZLER, Jeffrey. **Inequitable Equilibrium: School Finance in the United States**. **Indiana: Indiana Law Review**, 2003.

MONTEIRO, Agostinho dos Reis. O pão do Direito à educação. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 24, set. 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302003000300003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 maio 2010.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORRIS, Arval. **Constitution and American Public Education**. 2.ed. Durham: Carolina Academic Press, 1999.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: _____; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2010, p. 515-551).

OLIVEIRA, Dalila Andrade. A reestruturação do trabalho docente: precarização e flexibilização. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 25, n. 89, Dec. 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302004000400003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 18 Dez. 2013.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. **Rev. bras. Ci. Soc.**, São Paulo, v. 27, n. 80, out. 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092012000300006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 12 jun. 2013.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Servidores públicos**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

OLIVEIRA, Romualdo Luiz Portela de. **Educação e cidadania: o direito à educação na Constituição de 1988 da República Federativa do Brasil**. 1995. 188 f. Tese (Doutorado em Educação)– Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, 1995.

_____. O direito à educação. In: _____; ADRIÃO, Theresa (orgs.). **Gestão, financiamento e direito à educação**: Análise da LDB e Constituição Federal. 2 ed. São Paulo: Xamã, 2002, p. 15-43.

_____; ARAUJO, Gilda Cardoso de. Qualidade do ensino: uma nova dimensão da luta pelo direito à educação. **Rev. Bras. Educ.**, Rio de Janeiro, n. 28, abr. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782005000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 17 abr. 2013.

_____; SOUSA, Sandra Zákia. Introdução. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela de; SANTANA, Wagner (Orgs.). **Educação e federalismo no Brasil**: combater as desigualdades e garantir a diversidade. Brasília, DF: UNESCO, 2010. p. 9-35.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. Juízes Legisladores: O Controle de Constitucionalidade das leis como forma de exercício do Direito Judiciário. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 21, n. 41, p. 83-112, 2010.

PALUMBO, Dennis J. A abordagem de política pública para o desenvolvimento político na América. In: Ministério da Educação e Instituto de Recursos Humanos João Pinheiro (org.). **Política de capacitação dos profissionais da educação**. Belo Horizonte: Departamento Técnico-Pedagógico; Divisão de Produção de Materiais e Publicações; FAE/IRHJP, 1989. p. 35-61.

PANNUNZIO, Eduardo. O poder Judiciário e o Direito à educação. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord.); RIGHETTI, Sabine (Org.). **Direito à educação**: aspectos constitucionais. São Paulo: Edusp, 2009. p. 61-89.

PARANÁ. **Lei 11.970, de 19 de dezembro de 1997**. Institui o PARANAEDUCAÇÃO, pessoa jurídica de direito privado, sob a modalidade de serviço social autônomo, na forma que especifica. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/pesquisarAto.do?action=exibir&codAto=8825&indice=1&totalRegistros=1>>. Acesso em 10 nov. 2013.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Educação, Direito e cidadania. **Revista igualdade**, Curitiba, v. 9, s/ed., p. 13-25, out/dez. 1995. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpca/telas/ca_igualdade_5_2_2.php>. Acesso em: 23 abr. 2013.

PERONI, Vera Maria Vidal; OLIVEIRA, Regina Tereza Cestari de; FERNANDES, Maria Dilnéia Espíndola. Estado e terceiro setor: as novas regulações entre o público e o privado na gestão da educação básica brasileira. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 30, n. 108, Oct. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302009000300007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 13 Dez. 2013.

PERONI, Vera Maria. Redefinições no papel do Estado: parcerias público/privadas e a gestão da educação. In: CONGRESSO IBERO-BRASILEIRO, 1.; CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO, 4.; CONGRESSO DO FÓRUM PORTUGUÊS DE ADMINISTRAÇÃO EDUCACIONAL, 4., 2010, Portugal e Espanha. **Anais...** Portugal: Elvas; Espanha: Cáceres, Mérida, 2010.

PINTO, José Marcelino de Rezende. O custo de uma educação de qualidade. In: CORREA, Bianca Cristina; GARCIA, Teise Oliveira (Orgs.). **Políticas educacionais e organização do trabalho na escola**. São Paulo: xamã, 2008. P. 57-81.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**, Espanha, n. 15, abr. 2006. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>. Acesso em: 15 jan 2013.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **Educação superior, direito e estado na lei de diretrizes e bases (Lei 9394/96)**. São Paulo: Edusp, 2000.

_____. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: KIM, Richard Pae; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel (Orgs.). **Justiça pela qualidade na educação**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55-103.

_____. Os Estados e o direito à educação na Constituição de 1988: Comentários acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord.); RIGHETTI, Sabine (Org.). **Direito à educação: aspectos constitucionais**. São Paulo: Edusp, 2009. p. 145-167.

REBELL, Michael A. **Educational adequacy, democracy and the Courts**. Washington, DC: The National Academies Press, 2002.

REGULES, Luis Eduardo Patrone. **Terceiro Setor: regime jurídico das OSCIPS**. Método, 2006.

RIBEIRO, Ricardo Silveira. Política e economia na jurisdição constitucional abstrata (1999-2004). **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, jun. 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 10 jun. 2013.

RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa social: métodos e técnicas**. São Paulo: Atlas, 1999.

SANTOS, Alvacir Correa dos. **Contratação temporária na administração Pública**. Curitiba: Gênese, 1998.

SANTOS, Eliane Araque dos. Criança e adolescente: sujeitos de direitos. **Inclusão Social**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 130-134, out. 2006/mar. 2007.

SARI, Marisa Timm. A organização da educação nacional. In: LIBERATI, Wilson Donizeti. (Org.). **Direito à educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 67-120.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987/1988 e a Experiência Constitucional Brasileira sob a Carta de 1988. **Direito Público**, v. 1, n. 30, p. 7-41, nov/dez 2009. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/788/656>. Acesso em: 02 mar. 2013.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2010, p. 553-586.

SAVIANI, Dermeval. O Estado e a promiscuidade entre o público e o privado na história da educação brasileira. In: SAVIANI, Dermeval. (Org.). **Estado e políticas educacionais na história da educação brasileira**. Vitória: EDUFES, 2010, p. 17-44.

_____. Sistema Nacional de Educação articulado ao Plano Nacional de Educação. **Rev. Bras. Educ.**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 44, ago. 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782010000200013&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 26 abr. 2013.

SCAFF, Elisângela Alves da Silva. O modelo gerencial de gestão pública e sua aplicação na educação brasileira. In: LIMA, Paulo Gomes; FURTADO, Alessandra Cristina. **Educação brasileira: interfaces e solicitações recorrentes**. Dourados, MS: UFGD, 2011.

SCHMIT, Carl. Teoría de La Constitución. Munchen: 1928. In: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone. Atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo com relação ao direito de crianças e adolescentes à educação. **Rev. Bras. Educ.**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 50, ago. 2012. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782012000200006&lng=pt&nrm=iso>.

_____. **Direito à educação e o Ministério Público: uma análise da atuação de duas promotorias de Justiça da Infância e Juventude do interior paulista**. 2006. 234 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, 2006.

_____. Judicialização da educação para a efetivação do direito à educação básica. **Jornal de Políticas Educacionais**, v. 5, p. 30-40, 2011.

_____. **O direito à educação de crianças e adolescentes: análise da atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (1991-2008)**. 2010. 303 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, 2010.

SLHESSARENKO JUNIOR, Miguel. **A concretização responsável dos direitos fundamentais sociais:** constitucionalização das políticas públicas, reserva do possível e ponderação social da educação. 2010. 198 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Instituto Brasiliense de Direito Público, 2010.

SMOSINKI, Suellen; HARNIK, Simone. **Em 7 Estados, mais da metade dos contratos de professores são temporários.** São Paulo, UOL, 2013. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/05/08/em-7-estados-mais-da-metade-dos-contratos-de-professores-sao-temporarios.htm>>. Acesso em 18 nov. 2013.

SOUZA, Angelo Ricardo de. **Perfil da Gestão Escolar no Brasil.** PUC/SP, 302 p. Tese de Doutorado em Educação (Programa de Pós-Graduação em Educação, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). São Paulo, 2007.

_____; GOUVEIA, Andréa Barbosa. Diretores de escolas públicas: aspectos do trabalho docente. **Educ. rev.**, Curitiba, n. spe1, 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40602010000400009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 Dez. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Sobre o STF: Composição.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfComposicaoComposicaoPlenariaApresentacao>. Acesso em 10 jun. 2013.

TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2010. p. 771-789.

_____. **Fronteiras da hermenêutica constitucional.** São Paulo: Método, 2006.

TAYLOR, Matthew M.. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582007000200001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 Maio 2013.

TEIXEIRA, Anísio. A escola pública universal e gratuita. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos.** Rio de Janeiro, v.26, n.64, out./dez. 1956. p.3-27. Disponível em: <<http://www.bvanisioteixeira.ufba.br/artigos/gratuita.html>>. Acesso em: 22 abr. 2013.
THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil:** teoria geral e processo do conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TROPARDI FILHO, Luiz. A exploração da atividade educacional pela iniciativa privada e seus limites legais. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord.); RIGHETTI, Sabine (Org.). **Direito à educação:** aspectos constitucionais. São Paulo: Edusp, 2009. p. 219-240.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil: a study about the conditions that make it possible. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, Dec. 2008. Available from

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 29 Maio 2013.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial "à brasileira". **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, dez. 2008.

Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 14 jun. 2013.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo soc.**, São Paulo, v. 19, n. 2, Nov. 2007.

Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14 Jun. 2013.

VICELLI, Roberto Del Conte. O ciclo de Judicialização das políticas públicas: a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996 e os efeitos indiretos externos das decisões do STJ e STF. **Revista de Direito Educacional**, ano 3, v. 6, jul-dez 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Supremocracia. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, Dec. 2008. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005&lng=en&nrm=iso>. access on 17 June 2013.

VIEIRA, Sofia Lerche. A educação nas constituições brasileiras: texto e contexto. **R. bras. Est. pedag.**, Brasília, v. 88, n. 219, p. 291-309, maio/ago. 2007.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, dez. 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200009&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 27 maio 2013

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WEST, Martin; PETERSON, Paul. **School Money Trials: The Legal Pursuit of Education**. Brookings Institutional Press, 2007.

XIMENES, Salomão Barros. Responsabilidade educacional: concepções diferentes e riscos iminentes ao direito à educação. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 33, n. 119, Jun. 2012.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302012000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 25 Abr. 2013.

APÊNDICE: organização das decisões judiciais proferidas pelo STF sobre o direito à educação de crianças e adolescentes (2003-2012)

Número do processo	Natureza do recurso/ação	Ministro Relator	Data do julgamento	Identificação do(s) autor(es)/recorrente(s)	Identificação do(s) requerido(s) / recorrido(s)	Demanda citada no acórdão/Tema/Categoria	Resultado
680296	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo	Min. Gilmar Mendes	13/11/2012	Esmeralda Gomes Espíndola e Outro (a/s)	Município de Campinas	Contratação temporária de profissionais da educação pública	Agravo regimental não provido
649046	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo	Min. Luiz Fux	28/08/2012	Estado do Maranhão	Elisnaldo Gonçalves de Lima	Contratação temporária de profissionais da educação pública	Agravo regimental não provido
658491	Agravo Regimental no Agravo de Instrumento	Min. Dias Toffoli	20/03/2012	Estado de Goiás	Ministério Público do Estado de Goiás	Manutenção de turma do ensino fundamental na modalidade “Educação de Jovens e Adultos”	Agravo regimental não provido.
635679	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo	Min. Dias Toffoli	06/12/2011	Estado de Goiás	Ministério Público do Estado de Goiás	Responsabilidade estatal na garantia ampla do direito à educação – Qualidade do ensino	Agravo não provido

Número do processo	Natureza do recurso/ação	Ministro Relator	Data do julgamento	Identificação do(s) autor(es)/recorrente(s)	Identificação do(s) requerido(s) / recorrido(s)	Demanda citada no acórdão/Tema/Categoria	Resultado
661070	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo	Mín. Ayres Britto	29/11/2011	Estado do Maranhão	Raimundo Nonato de lima Macatrão Neto	Contratação temporária de profissionais da educação pública	Agravo regimental não provido.
639337	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo	Mín. Celso de Mello	23/08/2011	Município de São Paulo	Ministério Público do Estado de São Paulo	Acesso à educação infantil	Agravo regimental não provido.
4167	Ação Direta de Inconstitucionalidade	Mín. Joaquim Barbosa	27/04/2011	Governador do Estado do Mato Grosso do Sul; Governador do Estado do Paraná; Governador do Estado de Santa Catarina; Governadora do Estado do Rio Grande do Sul; Governador do Estado do Ceará		Piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica	Ação direta de inconstitucionalidade improcedente
3116	Ação Direta de Inconstitucionalidade	Mín. Carmen Lúcia	14/04/2011	Procurador Geral da República	Governador do Estado do Amapá; Assembleia Legislativa do Estado do Amapá	Contratação temporária de profissionais da educação	Ação direta de inconstitucionalidade procedente

Número do processo	Natureza do recurso/ação	Ministro Relator	Data do julgamento	Identificação do(s) autor(es)/recorrente(s)	Identificação do(s) requerido(s) / recorrido(s)	Demanda citada no acórdão/Tema/Categoria	Resultado
3179	Ação direta de inconstitucionalidade	Min. Cezar Peluso	27/05/2010	Governador do Estado ao Amapá	Assembléia Legislativa do Estado do Amapá	Inconstitucionalidade em razão da inobservância dos requisitos formais de produção das normas: o conflito entre os Poderes Legislativo e Executivo na elaboração de normas para a educação	Ação direta de inconstitucionalidade procedente
603575	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	Min. Eros Grau	20/04/2010	Estado de Santa Catarina	Ministério Público do Estado de Santa Catarina	Responsabilidade estatal na garantia ampla do direito à educação – Transporte escolar	Agravo regimental não provido
2329	Ação Direta de Inconstitucionalidade	Min. Carmen Lúcia	14/04/2010	Governador do Estado de Alagoas	Assembléia Legislativa do Estado de Alagoas	Inconstitucionalidade em razão da inobservância dos requisitos formais de produção das normas: o conflito entre os Poderes Legislativo e Executivo na elaboração de normas para a educação	Ação direta de inconstitucionalidade procedente

Número do processo	Natureza do recurso/ação	Ministro Relator	Data do julgamento	Identificação do(s) autor(es)/recorrente(s)	Identificação do do(s) requerido(s) / recorrido(s)	Demanda citada no acórdão/Tema/Categoria	Resultado
1698	Ação direta de inconstitucionalidade por omissão	Min. Carmen Lúcia	25/02/2010	Partido dos Trabalhadores (PT); Partido Comunista do Brasil (PC do B); Partido Democrático Trabalhista (PDT)	Presidente da República; Ministro de Estado da Educação	Inércia do Presidente da República para erradicar o analfabetismo no país e para implementar o ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos	Ação direta de inconstitucionalidade por omissão improcedente
464143	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	Min. Ellen Gracie	15/12/2009	Município de Santo André	Gabriel Duarte Galero	Acesso à educação infantil	Agravo regimental não provido
2997	Ação direta de inconstitucionalidade	Min. Cezar Peluso	12/08/2009	Partido Social Cristão (PSC)	Governador do Estado do Rio de Janeiro; Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro; Secretária de Estado de Educação do Estado do Rio de Janeiro	Escolha de dirigentes educacionais mediante eleições diretas	Ação Direta de inconstitucionalidade Procedente

Número do processo	Natureza do recurso/ação	Ministro Relator	Data do julgamento	Identificação do(s) autor(es)/recorrente(s)	Identificação do(s) requerido(s) / recorrido(s)	Demanda citada no acórdão/Tema/Categoria	Resultado
594018	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	Min. Eros Grau	23/06/2009	Estado do Rio de Janeiro	Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro	Responsabilidade estatal na garantia ampla do direito à educação - Contratação de professores	Agravo não provido.
592937	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	Min. Cezar Peluso	12/05/2009	Município de Criciúma	Ministério Público do Estado de Santa Catarina	Acesso à educação infantil	Agravo não provido
595595	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	Min. Eros Grau	28/04/2009	Município de Criciúma	Ministério Público do Estado de Santa Catarina	Acesso à educação infantil	Agravo não provido.
1864	Ação Direta de inconstitucionalidade	Min. Maurício Corrêa	08/08/2007	Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação; Partido dos Trabalhadores (PT)	Governador do Estado do Paraná; Assembléia Legislativa do Estado do Paraná	Financiamento da educação - Competência de entidade de direito privado para gerir recursos públicos destinados à educação	Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente

Número do processo	Natureza do recurso/ação	Ministro Relator	Data do julgamento	Identificação do(s) autor(es)/recorrente(s)	Identificação do do(s) requerido(s) / recorrido(s)	Demanda citada no acórdão/Tema/Categoria	Resultado
1895	Ação direta de inconstitucionalidade	Min. Sepúlveda Pertence	02/08/2007	Governador do Estado de Santa Catarina	Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina	Inconstitucionalidade de em razão da inobservância dos requisitos formais de produção das normas: o conflito entre os Poderes Legislativo e Executivo na elaboração de normas para a educação	Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente
3669	Ação Direta de Inconstitucionalidade	Min. Carmén Lúcia	18/06/2007	Governador do Distrito Federal	Câmara Legislativa do Distrito Federal	Competências para legislar: o conflito entre a União e os Estados Membros na elaboração de normas para a educação	Ação direta de inconstitucionalidade improcedente
384201	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	Min. Marco Aurélio	26/04/2007	Município de Santo André	Ministério Público do Estado de São Paulo	Acesso à educação infantil	Agravo regimental improcedente
820	Ação direta de inconstitucionalidade	Min. Eros Grau	15/03/2007	Governador do Estado do Rio Grande do Sul	Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul	Financiamento da educação - Aplicação de parte dos recursos vinculados à educação para uma demanda educacional específica	Ação de inconstitucionalidade procedente

Número do processo	Natureza do recurso/ação	Ministro Relator	Data do julgamento	Identificação do(s) autor(es)/recorrente(s)	Identificação do do(s) requerido(s) / recorrido(s)	Demanda citada no acórdão/Tema/Categoria	Resultado
682	Ação direta de inconstitucionalidade	Min. Maurício Corrêa/Min. Joaquim Barbosa	08/03/2007	Governador do Estado do Paraná	Governador do Estado do Paraná; Assembléia Legislativa do Estado do Paraná	Inconstitucionalidade de em razão da inobservância dos requisitos formais de produção das normas: o conflito entre os Poderes Legislativo e Executivo na elaboração de normas para a educação	Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.
440895	Agravo Regimental no Agravo de Instrumento	Min. Sepúlveda Pertence	26/09/2006	Estado de Sergipe	Sindicato dos Trabalhadores em educação no Ensino de 1º e 2º Graus da rede oficial do Estado de Sergipe (SINTESE)	Contratação temporária de profissionais da educação pública	Agravo não provido
190938	Recurso Extraordinário	Min. Carlos Velloso	14/03/2006	Ministério Público Estadual	Município de Fortaleza de Minas	Financiamento da educação	Recurso extraordinário conhecido e provido
463210	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	Min. Carlos Velloso	06/12/2005	Município de Santo André	Ministério Público do Estado de São Paulo	Acesso à educação infantil	Agravo não provido

Número do processo	Natureza do recurso/ação	Ministro Relator	Data do julgamento	Identificação do(s) autor(es)/recorrente(s)	Identificação do do(s) requerido(s) / recorrido(s)	Demanda citada no acórdão/Tema/Categoria	Resultado
410715	Agravo Regimental no Recurso Extraordinário	Min. Celso de Mello	22/11/2005	Município de Santo André	Ministério Público do Estado de São Paulo	Acesso à educação infantil	Agravo não provido
1950	Ação direta de inconstitucionalidade	Min. Eros Grau	03/11/2005	Confederação Nacional do Comércio (CNC)	Governador do Estado de São Paulo; Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo	Direito dos estudantes à meia-entrada	Ação direta de inconstitucionalidade improcedente
1007	Ação direta de inconstitucionalidade	Min. Eros Grau	31/08/2005	Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN)	Governador do Estado de Pernambuco; Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco	Poder de regulação estatal em relação aos estabelecimentos privados de ensino	Ação direta de inconstitucionalidade procedente
1266	Ação direta de inconstitucionalidade	Min. Eros Grau	06/04/2005	Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN)	Assembléia Legislativa do Estado da Bahia	Poder de regulação estatal em relação aos estabelecimentos privados de ensino	Ação direta de inconstitucionalidade improcedente

Número do processo	Natureza do recurso/ação	Ministro Relator	Data do julgamento	Identificação do(s) autor(es)/recorrente(s)	Identificação do do(s) requerido(s) / recorrido(s)	Demanda citada no acórdão/Tema/Categoria	Resultado
2804	Ação direta de inconstitucionalidade	Min. Eros Grau	02/03/2005	Governador do Estado do Rio Grande do Sul	Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul	Inconstitucionalidade em razão da inobservância dos requisitos formais de produção das normas: o conflito entre os Poderes Legislativo e Executivo na elaboração de normas para a educação	Ação direta de inconstitucionalidade procedente
1991	Ação direta de inconstitucionalidade	Min. Eros Grau	03/11/2004	Governador do Distrito Federal	Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador do Distrito Federal	Competências para legislar: o conflito entre a União e os Estados Membros na elaboração de normas para a educação	Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente
1399	Ação Direta de Inconstitucionalidade	Min. Maurício Côrrea	03/03/2004	Governador do Estado de São Paulo	Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo	Competências para legislar: o conflito entre a União e os Estados Membros na elaboração de normas para a educação	Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente

Número do processo	Natureza do recurso/ação	Ministro Relator	Data do julgamento	Identificação do(s) autor(es)/recorrente(s)	Identificação do do(s) requerido(s) / recorrido(s)	Demanda citada no acórdão/Tema/Categoria	Resultado
2806	Ação direta de inconstitucionalidade	Min. Ilmar Galvão	23/04/2003	Governador do Estado do Rio Grande do Sul	Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul	Inconstitucionalidade em razão da inobservância dos requisitos formais de produção das normas: o conflito entre os Poderes Legislativo e Executivo na elaboração de normas para a educação	Ação direta de inconstitucionalidade procedente
1689	Ação direta de inconstitucionalidade	Min. Sydney Sanches	12/03/2003	Procurador Geral da República	Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco	Inconstitucionalidade em razão da inobservância dos requisitos formais de produção das normas: o conflito entre os Poderes Legislativo e Executivo na elaboração de normas para a educação	Ação direta de inconstitucionalidade procedente