

Direito à educação e direitos na educação

em perspectiva interdisciplinar

Organizadoras

Nina Beatriz Stocco Ranieri

Angela Limongi Alvarenga Alves



Organização
das Nações Unidas
para a Educação,
a Ciência e a Cultura



Cátedra UNESCO de
Direito à Educação – USP
Estabelecida em 2008

Direito à educação e direitos na educação

em perspectiva interdisciplinar

Organizadoras

Nina Beatriz Stocco Ranieri

Angela Limongi Alvarenga Alves



Organização
das Nações Unidas
para a Educação,
a Ciência e a Cultura



USP

Cátedra UNESCO de
Direito à Educação – USP
Estabelecida em 2008

Direito à educação e direitos na educação

em perspectiva interdisciplinar

Organizadoras

Nina Beatriz Stocco Ranieri
Angela Limongi Alvarenga Alves

Alessandra Gotti - Angela Limongi Alvarenga Alves - Danilo Valdir Viera Rossi - Eduardo Calmon de Almeida César - Fernando de Souza Coelho - Flávia Quintaes Louvain Alvarenga - Graziela Prates Viol - Gustavo Ferraz de Campos Monaco - Homero Batista Mateus da Silva - João Paulo Faustinoni e Silva - Larissa Gomes Ornellas Pedott - Letícia Antunes Tavares - Luís Henrique Sormani Barbugiani - Marcia Maurilio Souza - Meire Cristina de Souza - Michel Kurdoglian Lutaif - Nina Beatriz Stocco Ranieri - Rúbem Silva Soares - Salomão Barros Ximenes - Sara Tironi - Thaís Temer

São Paulo, 2018



Organização
das Nações Unidas
para a Educação,
a Ciência e a Cultura



USP

Cátedra UNESCO de
Direito à Educação – USP
Estabelecida em 2008

Publicado em 2018 pela Cátedra UNESCO de Direito à Educação da Universidade de São Paulo (USP).

© USP 2018



Esta publicação está disponível em acesso livre ao abrigo da licença Atribuição-Partilha 3.0 IGO (CC-BY-SA 3.0 IGO) (<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/igo/>). Ao utilizar o conteúdo da presente publicação, os usuários aceitam os termos de uso do Repositório UNESCO de acesso livre (<http://unesco.org/open-access/terms-use-ccbysa-en>).

Esta publicação tem a cooperação da Representação da UNESCO no Brasil no âmbito do Programa de Cátedras e Redes UNITWIN tem como principal objetivo a capacitação por meio da troca de conhecimentos e do espírito de solidariedade estabelecido entre os países em desenvolvimento. As indicações de nomes e a apresentação do material ao longo deste livro não implicam a manifestação de qualquer opinião por parte da UNESCO a respeito da condição jurídica de qualquer país, território, cidade, região ou de suas autoridades, tampouco da delimitação de suas fronteiras ou limites. As ideias e opiniões expressas nesta publicação são as dos autores e não refletem obrigatoriamente as da UNESCO nem comprometem a Organização.

Coordenação técnica na Representação da UNESCO no Brasil:

Marlova Jovchelovitch Noletto,
Representante *a.i.* e Diretora da Área Programática
Maria Rebeca Otero Gomes,
Coordenadora do Setor de Educação

Revisão técnica: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/Universidade de São Paulo

Projeto gráfico e revisão editorial: Unidade de Comunicação, Informação Pública e Publicações da Representação da UNESCO no Brasil

Foto da capa: © UNESCO/Edson Fogaça

Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar / organizado por Nina Beatriz Stocco Ranieri e Angela Limongi Alvarenga Alves. – São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2018.

520 p.

ISBN: 978-85-53062-00-3

<https://doi.org/10.11606/9788553062003>

1. Direito à educação 2. Interdisciplinaridade 4. Direitos Humanos I. Ranieri, Nina Beatriz Stocco II. Alves, Angela Limongi Alvarenga III. Universidade de São Paulo

CDD 344.079

Prefácio

A educação é um direito humano fundamental e central na missão da UNESCO. Previsto em vários instrumentos jurídicos internacionais, desde a Declaração dos Direitos do Homem (1948), o compromisso da comunidade internacional em garantir a realização desse direito foi renovado e ampliado pela Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável (ODS), adotados pela comunidade internacional em 2015.

Até 2030, acordou-se “assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos” (Agenda 2030, ODS 4). Além de ampliar a garantia do acesso da educação básica para além do ensino primário, incluindo a oferta de ensino secundário e pré-primário de forma gratuita, e o ensino superior, o foco da nova agenda é garantir uma educação de qualidade, com inclusão e equidade – para que todos tenham oportunidades iguais e ninguém seja deixado para trás.

O ODS 4 indica, assim, a dimensão e a complexidade da nova agenda e aponta a necessidade de esforços maiores, e conjuntos, pois, apesar das conquistas em torno do acesso à educação primária, ainda restam 100 milhões de jovens sem alfabetização no mundo, o número global de adultos analfabetos se eleva para 700 milhões, de acordo com os dados apresentados no Relatório de Monitoramento Global da Educação 2017/18. No Brasil, são 13 milhões de analfabetos, segundo dados oficiais. Isso significa que o Direito à educação não é cumprido de forma efetiva. Fatores econômicos, sociais e culturais influenciam para a persistência desses problemas.

Além dos níveis educacionais e de aprendizagem, compreende-se educação de qualidade de forma mais ampla. De acordo com a meta 4.7 do ODS 4, deve-se “garantir que todos os alunos adquiram conhecimentos e habilidades necessárias para promover o desenvolvimento sustentável, inclusive, entre outros, por meio da educação para o desenvolvimento sustentável e estilos de vida sustentáveis, direitos humanos, igualdade de gênero, promoção de uma

cultura de paz e não violência, cidadania global, e valorização da diversidade cultural e da contribuição da cultura para o desenvolvimento sustentável”. Trata-se de temas fundamentais para a UNESCO desde a sua Constituição, e que permanecem atuais, na busca permanente de sua concretização.

Para que o direito à educação seja plenamente realizado, o seu conteúdo deve integrar as disposições constitucionais e ser previsto nas leis e nas políticas. Além disso, é necessário que existam mecanismos para executá-lo, o que inclui a possibilidade de o direito à educação ser sujeito à jurisdição. Isso significa que “o direito à educação não é um ideal ou uma aspiração, mas um direito legalmente executável”, e isto indica que o “sistema judicial possui um papel essencial em protegê-lo e salvaguardá-lo”. Mecanismos quase-judiciais, como tribunais administrativos, comissões nacionais de direitos humanos, *ombudsman*, etc., também são importantes para pressionar politicamente. Isso também significa que a sociedade civil pode colaborar “por meio de campanhas, defesa (*advocacy*) e mobilização para a responsabilização e a mudança”².

A presente publicação da Cátedra UNESCO de Direito à Educação, “Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar” traz uma abordagem jurídica e interdisciplinar, de grande qualidade técnica, fundada em larga experiência prática, passando por várias áreas do direito. Dessa forma, aprofunda a compreensão do direito humano à educação à luz do sistema legal brasileiro, revelando-se como uma ferramenta que certamente ajudará no processo de compreender melhor os mecanismos e a responsabilidade de cada um no âmbito do sistema, o que permitirá a construção de caminhos para a concretização do direito à educação de qualidade, com resultados educacionais eficazes, inclusivos e para todos.

Marlova Jovchelovitch Noletto

Representante *a.i.* e Diretora da Área Programática
Representação da UNESCO no Brasil

-
1. ABMP; TODOS PELA EDUCAÇÃO (org.). Justiça pela qualidade na educação. ABMP, Todos Pela Educação. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 28.
 2. Right to Education Project. The importance of justiciability. Disponível em: <http://www.right-to-education.org/fr/issue-page/la-justiciabilit>, acesso em: 22/01/2018, às 15h35.

Sumário

Apresentação11

Nina Ranieri

I – ASPECTOS TEÓRICOS

Parte 1: Direito à educação na perspectiva histórica

Educação obrigatória e gratuita no Brasil:
um longo caminho, avanços e perspectivas 15

Nina Ranieri

O financiamento da educação pública nas Constituições Brasileiras..... 49

Rúbem da Silva Soares

A organização legislativa brasileira na educação especial: resgate histórico da
legislação e competência dos entes federativos na oferta desta modalidade
educacional 77

Larissa Gomes Ornellas Pedott

Parte 2: Direito à educação e aspectos conceituais

O direito à educação de qualidade e o princípio da dignidade humana 115

Angela Limongi Alvarenga Alves

Parte 3: Direito à educação e Administração Pública

O relativismo do direito à educação no Brasil: um ensaio 149

Luiz Henrique Sormani Barbugiani

Fernando de Souza Coelho

Parceria público-privada na educação 171

Eduardo Calmon de Almeida César

Sistemas estaduais de ensino da região Sul: arranjos para o oferecimento
de educação especial e parcerias público-privadas entre Estados e escolas
especializadas..... 195

Marcia Maurilio Souza

Parte 4: Direito à educação no Direito Penal, Internacional e do Trabalho

Direito à educação nas normas internacionais:
conteúdo, alcance e mecanismos de acompanhamento225

Gustavo Ferraz de Campos Mônaco

Reflexões sobre as idades mínimas para o trabalho e o
emprego na sociedade brasileira245

Homero Batista Mateus da Silva

Considerações sobre Direito Penal e Direito Educacional269

João Paulo Faustinoni e Silva

Parte 5: Direitos na educação

A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e a questão da demanda
por ensino infantil291

Flávia Quintaes Louvain Alvarenga

Enfrentando as causas exógenas da evasão e abandono escolar:
considerações sobre o sistema brasileiro de proteção à criança e
ao adolescente303

Sara Tironi

Do ativismo judicial na formação de políticas públicas:
a falta de vagas em creches327

Danilo Valdir Vieira Rossi

Proposta de litígio estrutural para solucionar o déficit de vagas
em educação infantil365

Alessandra Gotti

Salomão Barros Ximenes

II – ASPECTOS PRÁTICOS

Direito à educação e Poderes Legislativo e Judiciário

O Congresso Nacional e a produção legislativa educacional:
um balanço crítico403

Michel Kurdoglian Lutaif

As leis e projetos de lei sobre “ideologia de gênero” nas escolas:
uma análise sob a perspectiva das competências legislativas em
matéria educacional.....431

Thaís Temer

A questão da identidade de gênero e da orientação sexual:
a necessidade da atuação da União, no exercício de sua competência
educacional legislativa, para o tratamento coeso do assunto453

Letícia Antunes Tavares

A competência suplementar do município e da Lei Complementar nº 009/2014
que instituiu o “Programa Escola sem Partido” no âmbito do sistema
municipal de ensino de Santa Cruz de Monte Castelo - Paraná.....475

Meire Cristina de Souza

Competência legislativa concorrente em matéria educacional:
a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.060 – Santa Catarina499

Graziela Prates Viol

Apresentação

Nina Ranieri

Coordenadora da Cátedra UNESCO de Direito à Educação

Em 2008 foi criada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo a primeira Cátedra UNESCO de Direito à Educação do país, da qual participam docentes e alunos de graduação e pós-graduação, com o objetivo de promover estudos e pesquisas na área do direito à educação no sistema jurídico brasileiro e no direito internacional.

A Cátedra iniciou seus trabalhos com o oferecimento de disciplinas de pós-graduação no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da FDUSP; atualmente, além da oferta dos cursos de pós-graduação, mantém o Grupo de Pesquisa em Direito Educacional – GEDE e o Lab-Doc (Laboratório de Docência), Grupo de Extensão em Direitos Humanos e Teoria do Estado desenvolvido conjuntamente com a Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas, destinado a elaborar material docente para cursinhos preparatórios populares.

Em dez anos de existência, a Cátedra elaborou duas obras de referência (Temas Relevantes do Direito à Educação e O Direito à Educação: igualdade e discriminação no ensino, ambas editadas pela Editora da Universidade de São Paulo - EDUSP), e colabora regularmente com o Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas da Universidade de São Paulo – NUPPS, para publicação de artigos científicos, transcrições de seminários, manifestações em mesas de debates e palestras organizadas pela Cátedra ou dos quais esta participe.

As atividades da Cátedra expressam a crença, defendida pelos fundadores da UNESCO de se garantirem oportunidades iguais de educação para todos; nesse sentido, dedica-se a cobrir os diversos aspectos da educação presentes no objetivo 4 da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e da Educação 2030, forjada à luz dos compromissos assumidos pelos Estados na

Declaração de Incheon de 2015, como se pode verificar na presente obra, organizada a partir de artigos produzidos por docentes e pesquisadores da Cátedra entre 2015 e 2017.

Os 19 artigos que compõem esta coletânea giram em torno de duas vertentes – os aspectos teóricos e práticos do direito à educação e dos direitos à educação; a abordagem é interdisciplinar: o direito constitucional, o direito administrativo, o direito penal, o direito do trabalho e o direito internacional oferecem diferentes perspectivas de análise de problemas recentes ou recorrentes em matéria de acesso, permanência e qualidade da educação, com foco na realidade brasileira. Também são apresentadas análises da atividade legislativa e judicial na promoção e garantia do direito à educação. A produção reflete, enfim, o esforço empreendido na qualificação de operadores do Direito no campo específico do direito à educação, onde a litigância judicial é complexa assim como a aplicação e a interpretação da legislação educacional.

Tal complexidade decorre tanto da natureza do direito individual e social envolvido quanto da pluralidade das fontes legislativas e das autoridades públicas que interferem na normatização da educação no Brasil. Todos esses aspectos são abordados e enfrentados nos artigos aqui selecionados, que certamente serão de grande interesse para todos aqueles que estudam e militam na área educacional.

I. ASPECTOS TEÓRICOS

PARTE 1

DIREITO À EDUCAÇÃO NA
PERSPECTIVA HISTÓRICA

Educação obrigatória e gratuita no Brasil: um longo caminho, avanços e perspectivas

Nina Ranieri

*Professora Associada do Departamento de Direito do Estado
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*

Introdução

Diversos países utilizam termos específicos para designar os anos de escolaridade obrigatória que antecedem o ensino superior: “K 12”, nos Estados Unidos, Canadá, Índia e Austrália, entre outros; “primary” e “secondary schools” no Reino Unido; “école élémentaire” e “lycée” na França e na Bélgica, por exemplo. No Brasil, os atuais 14 anos de escolaridade compulsória, compreendidos entre o ensino fundamental e o ensino médio, são denominados “educação básica”.

O termo é inovador no direito educacional brasileiro. Introduzido originalmente pela Lei nº 9.394, de 20/12/1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), designa os 14 anos de educação compulsória e gratuita, dos 4 aos 17 anos, estabelecidos pelo artigo 208, I, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 59/09, assegurada sua oferta gratuita inclusive àqueles que não tiveram acesso na idade própria.

A Lei nº 9.394/96 é modernizadora e inédita em vários aspectos. Ao romper com as rígidas prescrições da legislação anterior, insinua a possibilidade de haver uma revisão das posições do Estado ante questões recorrentes no ensino brasileiro, tais como descentralização e controle das atividades, financiamento da educação pública, competências normativas e executivas nos diversos sistemas de ensino, regime jurídico das instituições públicas e sua autonomia frente aos governos mantenedores, dentre outros.

É o caso da educação básica, que se inicia com a pré-escola, seguida pelo ensino fundamental (a partir de seis anos de idade, com duração de nove anos) e ensino médio (duração de três anos), visando “desenvolver o

educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores” (art. 22, da LDB).

Sua concepção pedagógica e de gestão escolar também são revolucionárias na história da educação brasileira, posto que articula e organiza, de forma orgânica e sequencial, o desenvolvimento propedêutico da educação. Do ponto de vista da gestão escolar “poderá organizar-se em séries anuais, períodos semestrais, ciclos, alternância regular de períodos de estudos, grupos não-seriados, com base na idade, na competência e em outros critérios, ou por forma diversa de organização, sempre que o interesse do processo de aprendizagem assim o recomendar” (art. 23). Além disso, poderá reclassificar alunos, adequar-se às peculiaridades locais, inclusive climáticas e econômicas, a critério dos sistemas de ensino, observadas as horas letivas previstas em lei (art. 23, §§ 1º e 2º).

Os fatos apontados são relevantes, dado que, no Brasil, a trajetória da educação básica como direito – atrasada em relação aos países mais desenvolvidos e ao conjunto da América Latina – foi marcada pelos traços dominantes de nossa cultura católica, agrícola e escravocrata, refletidos em um sistema de ensino desorganizado, elitista e seletivo.

Para se ter uma ideia, o país tornou-se independente em 1822 com praticamente toda a população analfabeta. Em 1900, a taxa de alfabetização era de 35%; em 1959, de 49%; em 1990, de 80% (Coelho de Souza, 1999). As Constituições de 1824, 1891, 1934, 1946 e 1967 – sob as quais foram produzidas ao menos seis reformas educacionais, enfrentaram desafios educacionais relacionados à equidade, financiamento, acesso e qualidade, sem resultados substanciais. Tal padrão foi apenas alterado com a Constituição Federal de 1988, que instituiu a previsão de escolarização universal, gratuita e compulsória, de nível primário e secundário.

Mudanças econômicas e financeiras permitiram controlar a inflação, e foram criadas políticas sociais que reduziram a pobreza e asseguraram níveis satisfatórios de renda e emprego a populações que tradicionalmente caminharam à margem do desenvolvimento do País. Nesse conjunto, no caso específico da educação, novas formas de financiamento da educação compulsória, o reconhecimento da natureza de direito público subjetivo à

educação fundamental, a consolidação de políticas de avaliação em larga escala, entre outras medidas, foram iniciativas de inegável alcance. Desde então, a garantia, proteção e promoção da educação básica pública, gratuita e compulsória, vem se consolidado.

A Constituição Federal de 1988 atacou, sobretudo, os problemas históricos da educação nacional resultantes da omissão da elite dirigente: universalizou a educação básica, obrigatória e gratuita, inicialmente dos 7 aos 17 anos e, após a Emenda Constitucional (EC) nº 59/2009, dos 4 aos 17 anos de idade. Com isso, ampliou a duração da escolaridade obrigatória, além de determinar prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade. Outro passo importante foi a redefinição das formas de colaboração entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios na organização dos sistemas de ensino, para assegurar a universalização da obrigatoriedade, assim como a elaboração do plano nacional de educação, com duração decenal, como instrumento de articulação do sistema nacional de educação em regime de colaboração.

O Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/2014) para o período 2014/2024, estabeleceu para a educação básica as seguintes metas: universalização; alfabetização até o final do 3º ano do ensino fundamental; educação integral em 50% das escolas públicas, pelo menos; fomentar a qualidade da educação básica; elevar a taxa de alfabetização da população com 15 (quinze) anos ou mais; ampliar a educação profissional; universalizar o atendimento de crianças e jovens com deficiências; assegurar política nacional de formação e qualificação de professores.

Em 2015, o País tinha cerca de 50 milhões de alunos matriculados na educação básica, dos quais 28 milhões no ensino fundamental, em idade adequada para as séries.¹ A porcentagem de crianças na faixa etária de 6 a 14 anos, que frequentam o ensino fundamental é elevada: 94,4%; no ensino médio, hoje, cerca de 82% de jovens entre 15 e 17 anos encontram-se matriculados.

1. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/visualizar/-/asset_publisher/6AhJ/content/matriculas-em-educacao-integral-apresentam-crescimento-de-41-2>. Acesso em: 10 maio 2016.

Este artigo traz um breve relato sobre o tratamento jurídico da educação compulsória e gratuita no Brasil, com foco na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 9.394/1996. O objetivo é demonstrar que embora os processos de reforma social tenham promovido progressos significativos quando comparados a outros períodos da história nacional, ainda são incompletos e há amplo espaço para melhorias, especialmente no que diz respeito à educação básica.

O caminho percorrido até 1988

Reino e Império. A Constituição de 1824

Até meados do século XVIII, o único ensino formal existente no Brasil foi oferecido pelos jesuítas, sobretudo no nível secundário e com o intuito de formação sacerdotal; no ano de sua expulsão do País (1759), seminários e missões da Companhia de Jesus não alcançam 0,1% da população brasileira. De fato, nos séculos XVI e XVII, ler e escrever não era exigência ou condição da vida social; em nenhum momento, a educação popular esteve entre as ações prioritárias da Coroa Portuguesa.

Paradoxalmente, o mesmo decreto real que expulsou os jesuítas de Portugal e do Brasil introduziu o ensino público nessas regiões: instrução primária e secundária leiga e gratuita. Da colônia (1500) à independência de Portugal (1822), porém, e ao longo do século XIX, a instrução primária pública no Brasil não passou de um arremedo de ensino, devido à sua estreiteza (ler, escrever e fazer contas), precariedade das instalações físicas e baixa qualidade dos professores, mal preparados e mal pagos. Tal padrão não atendeu às necessidades de instrução popular, nem mesmo dos restritos grupos das classes dominantes que eram educados em casa. Além disso, as meninas, até 1827, não foram expressamente incluídas entre os que poderiam frequentar as escolas; mesmo depois disso, sua presença nas escolas é ínfima e apenas nas grandes cidades.

O País torna-se independente com, praticamente, toda a população analfabeta. Foi Pedro I quem introduziu o tema da instrução pública na Assembleia Constituinte de 1823, ressaltando a necessidade de que fosse promovida por uma legislação especial, editada em 1827, sob inspiração da lei votada pelas Cortes Constituintes de Portugal, para diminuir o controle

da Coroa sobre o ensino privado. O Imperador, porém, com a outorga da Carta de 1824, reduziu o escopo e a abrangência do ensino público, tal como previsto originalmente pela Assembleia Constituinte².

O fato é que embora a Constituição do Império de 1824 houvesse instituído a instrução primária gratuita (art. 179, § 32), o fez de forma excludente. O ensino estava destinado exclusivamente aos cidadãos brasileiros, isto é, àqueles nascidos no Brasil, livres ou libertos (art. 6º), excluídos escravos e índios. Segundo Carlos Roberto Jamil Cury, “à época da independência, apenas por exclusão sócio étnica, 40% dos habitantes não teriam acesso à educação como também não eram considerados cidadãos” (Cury, 2016). No entanto, surpreendentemente, mesmo dentro do sistema escravocrata, excludente e oligárquico, os filhos de escravos, em toda a primeira metade do século XIX e até a Lei de 1854, e os filhos ilegítimos foram admitidos nas aulas públicas de primeiras letras e com eles os “expostos”, que se situavam na mais baixa categoria livre da sociedade.³ A situação é tão mais surpreendente quando consideramos que a instrução primária foi incluída no capítulo das Disposições Gerais e das Garantias dos Direitos Cíveis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, sendo que os escravos, as mulheres e todos os homens que não atendessem às exigências do voto censitário não se incluíam, formalmente, neste rol.

Posteriormente, a Lei Geral do Ensino de 1827 e o Ato Adicional de 1834 transferiram para as Assembleias Provinciais a responsabilidade pelo ensino primário e secundário e pela formação dos professores, o sistema educacional do País não se organizou em bases uniformes e nacionais, dadas as condições econômicas, sociais e culturais vigentes. Em verdade, o País tornou-se uma república em 1889 com, praticamente, a maioria da população analfabeta.

2. No projeto de Constituição apresentado em 01/09/1823, constavam três art.s sobre a instrução pública, no seguinte teor: “Art. 250 – Haverá no Império escolas primárias em cada termo, ginásios em cada comarca e universidades nos mais apropriados locais. Art. 251 – Leis e regulamentos marcarão o número e a constituição desses úteis estabelecimentos. Art. 252 – É livre a cada cidadão abrir aulas para o ensino público, contanto que responda pelos abusos.”

3. Institui-se, com o decreto nº 1331-A de 17 de fevereiro de 1854, uma reforma na educação, sob o comando do então Ministro dos Negócios do Império, Luiz Pedreira do Couto Ferraz. A lei visava essencialmente estabelecer a obrigatoriedade do ensino elementar, reforçar o princípio da gratuidade (previsto constitucionalmente), vetar o acesso de escravos ao ensino público e prever a criação de classes especiais para os adultos.

República Velha e era Vargas (1889 a 1945). As Constituições de 1891, 1934 e 1937

Com a proclamação da República (1889), pouco ou quase nada foi feito pela educação pública primária, descentralizada para os Estados, a despeito de um certo aceno à ampliação da cidadania, fosse pela abolição da escravatura, fosse pela ampliação do direito de voto (ainda restrito às mulheres, aos religiosos, aos analfabetos e aos conscritos). Suprimiu-se do texto constitucional a garantia de gratuidade, o que, associado à previsão da laicidade nos estabelecimentos públicos e à liberdade de manifestação de pensamento (Constituição Federal de 1891, art. 72, §§ 6º, 12, 17 e 24), garantiu a expansão da iniciativa privada.

Será apenas com a Constituição Federal de 1934 que a educação se revestirá da natureza de direito social e dever do Estado, garantido a todos pelo seu art. 149, sob os influxos da ampliação dos direitos sociais. Nesse sentido estabeleceu, de forma pioneira, a organização dos sistemas de ensino mediante subordinação às diretrizes e bases fixadas pela União (art. 5º, XIV), acompanhada da atribuição, aos Estados, de competências legislativas concorrentes e encargos administrativos, sob regime de vinculação excepcional de receitas tributárias para a educação (arts. 156 e 157) e de isenção tributária para os estabelecimentos privados de ensino (art. 154). Ademais, foram previstos entre outras medidas, o ensino primário integral obrigatório e gratuito (art. 149)⁴; a proibição de ingresso no mercado de trabalho para menores de 14 anos e de trabalho noturno para os menores de 16 anos (art. 121, § 1º, “d”); a garantia de educação rural, acompanhada de outras medidas de apoio ao trabalhador rural (art. 121, § 4º). O art. 148, ao inaugurar o Capítulo da educação e cultura, garante a assistência do Estado ao “trabalhador intelectual”, ademais da proteção trabalhista que lhe é garantida mercê do art. 121, cujo § 2º equipara o trabalho manual, o técnico e o intelectual para fins de sua aplicação.

4. “Art 149 - A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.” Disponível em: <<www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15/05/09

Dá-se aí um salto qualitativo na compreensão da temática educacional.⁵ Em termos práticos, porém, a previsão do ensino obrigatório e gratuito teve pouco avanço real. A Constituição de 1934 teve vida curta, devido à implantação do Estado Novo, em 1937, de tendências ditatoriais, não chegando a se consolidar os princípios e regras nela previstos.

Não se pode deixar de mencionar, neste ponto, a influência do ainda atual “Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova” de 1932, elaborado por Fernando de Azevedo e mais 26 intelectuais de grande prestígio na época, na Constituição de 1934. O Manifesto enfatizava a necessidade de oferta da educação para todos, leiga e igual para ambos os sexos, ressaltando a sua função social e pública, o dever do Estado em sua oferta e financiamento. Além disso, ressalta a reconstrução da educação nacional sem interesses de classes, independente de razões de ordem econômica e social.

A identificação do direito à educação gratuita (primária, pelos menos), como direito individual e social, foi mantida pelas Constituições posteriores, malgrado os retrocessos em sua proteção na vigência da Constituição de 1937, na qual a gratuidade não foi universalizada, mas condicionada ao dever de solidariedade que os mais abastados tinham em relação aos menos contemplados economicamente (art. 130).⁶

Não se pode dizer que essa medida tenha sido uma ação afirmativa inaugural no sistema jurídico educacional brasileiro, mas antes mais uma forma de assegurar a participação de todos no projeto da ditadura de Getúlio Vargas, expressa pelos deveres para com a economia e a defesa da Nação, e pelo controle ideológico da infância e juventude, como podemos notar em

5. “Art 148 - Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.” “Art. 121, § 2º - Para o efeito deste art., não há distinção entre o trabalho manual e o trabalho intelectual ou técnico, nem entre os profissionais respectivos.” Disponível em: <<www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15/05/09.

6. “Art 130 - O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar.” Disponível em: <<www.planalto.gov.br>>. Acesso em 15/05/09.

face das exigências de ensino cívico e disciplina moral (art. 131).⁷ Por outro lado, é significativo que a área da educação tenha acompanhado o crescente interesse do governo Vargas na industrialização do País, como nos faz notar Fausto (1994:367). Daí a edição da Lei Orgânica do Ensino Industrial, com o objetivo de preparar mão de obra fabril qualificada, e a criação do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI, subordinado ao Ministério da Educação, mas sob a direção da Confederação Nacional da Indústria - CNI, dada a aproximação entre o governo e a burguesia industrial desde a derrota da Revolução Paulista de 1932.⁸

Outro retrocesso da Constituição de 1937 foi a supressão da organização federativa dos sistemas de ensino, tal como prevista em 1934, e da vinculação de receitas tributárias para sua manutenção (arts. 15, IX e 16, XXIV).⁹ Mas, se a atuação supletiva da União, por sua vez, fez-se em favor do ensino privado e não do público (arts. 125 a 129), não se pode negar que a proteção instituída ao menor intelectualmente abandonado e o estabelecimento de normas sancionatórias aos responsáveis negligentes tenham sido um avanço na universalização do direito à educação pública (art. 130).¹⁰

-
7. “Art 131 - A educação física, o ensino cívico e o de trabalhos manuais serão obrigatórios em todas as escolas primárias, normais e secundárias, não podendo nenhuma escola de qualquer desses graus ser autorizada ou reconhecida sem que satisfaça aquela exigência.” “Art 132 - O Estado fundará instituições ou dará o seu auxílio e proteção às fundadas por associações civis, tendo umas; e outras por fim organizar para a juventude períodos de trabalho anual nos campos e oficinas, assim como promover-lhe a disciplina moral e o adestramento físico, de maneira a prepará-la ao cumprimento, dos seus deveres para com a economia e a defesa da Nação. “Disponível em: <<www.planalto.gov.br>>.”
 8. cf. Decreto-lei nº 4.073 – de 30 de janeiro de 1942, cujo art. 3º determinava: “Art. 3º O ensino industrial deverá atender: 1. Aos interesses do trabalhador, realizando a sua preparação profissional e a sua formação humana. 2. Aos interesses das empresas, nutrido-as, segundo as suas necessidades crescentes e mutáveis, de suficiente e adequada mão de obra. 3. Aos interesses da nação, promovendo continuamente a mobilização de eficientes construtores de sua economia e cultura. ” Disponível em: <<www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10/05/2016.
 9. “Art. 15 - Compete privativamente à União: (...) IX - fixar as bases e determinar os quadros da educação nacional, traçando as diretrizes a que deve obedecer a formação física, intelectual e moral da infância e da juventude.” “Art. 16 - Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: (...)XXIV - diretrizes de educação nacional. ” Disponível em: <<www.planalto.gov.br>> Acesso em 10/05/16.
 10. “Art. 125 - A educação integral da prole é o primeiro dever e o direito natural dos pais. O Estado não será estranho a esse dever, colaborando, de maneira principal ou subsidiária,

A despeito da ampliação dos direitos sociais entre 1930 e 1945, a escassa ou nula participação política, aliada à precária vigência dos direitos civis, não fez desse ato uma conquista democrática, comprometendo, em parte, o desenvolvimento de um cidadania autêntica como nos alerta Carvalho (1995:82). Em 1934, embora introduzido o direito de voto para as mulheres, fora este limitado àquelas que exercessem função pública remunerada (art. 109)¹¹, excluídos os analfabetos, mendigos, praças-de-pré e alunos das escolas militares (art. 108). Em 1937 dá-se a igualdade entre homens e mulheres diante do direito de voto, mantida a exclusão dos analfabetos e mendigos, mas não a dos praças-de-pré e alunos das escolas militares (art. 117)¹²; em

para facilitar a sua execução ou suprir as deficiências e lacunas da educação particular. “Art. 126 - Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais. “Art. 127 - A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole. “Art. 129 - A infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais. O ensino pré-vocacional profissional destinado às classes menos favorecidas é em matéria de educação o primeiro dever de Estado. Cumprir a execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos Municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais. É dever das indústrias e dos sindicatos econômicos criar, na esfera da sua especialidade, escolas de aprendizes, destinadas aos filhos de seus operários ou de seus associados. A lei regulará o cumprimento desse dever e os poderes que caberão ao Estado, sobre essas escolas, bem como os auxílios, facilidades e subsídios a lhes serem concedidos pelo Poder Público.” Disponível em: <<www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10/05/16.

11. “Art. 109 - O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar.”
12. “Art. 117 - São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de dezoito anos, que se alistarem na forma da lei. Parágrafo único - Não podem alistar-se eleitores: a) os analfabetos; b) os militares em serviço ativo; c) os mendigos; d) os que estiverem privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos.”

1946, retoma-se a previsão de 1934, excluídos os mendigos e incluídos os que não se expressassem em língua nacional (arts. 131 e 132).¹³

De outra parte, entre 1920 e 1940, o índice de analfabetos, embora tenha caído em cerca de 13%, permaneceu elevado (69,9% em 1920; 56,2% em 1940). No entanto, a frequência escolar entre 7 e 14 anos mais do que dobrou, demonstrando os resultados dos esforços em prol da expansão escolar.¹⁴

As Constituições de 1946, 1967 e a Emenda Constitucional nº 1/1969

A Constituição Federal de 1946 manteve a natureza jurídica individual e social do direito à educação e adotou inúmeras medidas para ampliação do acesso ao ensino primário, assegurou os princípios de liberdade e solidariedade no oferecimento da educação, assim como a sua oferta, obrigatória e gratuita, no nível primário (art. 166 a 168). Retomou-se a organização federativa dos sistemas de ensino, desta feita com maior liberdade de organização para os Estados, sob atuação supletiva da União na medida das necessidades locais e regionais (arts. 170 e 171).

Muito embora a Constituição Federal de 1946 tenha mantido a natureza jurídica individual e social do direito à educação e adotado inúmeras medidas para ampliação do acesso ao ensino primário, o fato é que os direitos sociais, e em particular a educação pública, pouco avançaram em benefício da cidadania, a despeito da ampliação dos direitos políticos, em ambiente democrático, e a retomada de diversos preceitos da Constituição de 1934. São assegurados os princípios de liberdade e solidariedade no oferecimento da educação, assim como a sua oferta, obrigatória e gratuita, no nível

13. “Art. 131 - São eleitores os brasileiros maiores de dezoito anos que se alistarem na forma da lei.” “Art. 132 - Não podem alistar-se eleitores: I - os analfabetos; II - os que não saibam exprimir-se na língua nacional; III - os que estejam privados, temporária ou definitivamente, dos direitos políticos. Parágrafo único - Também não podem alistar-se eleitores as praças de pré, salvo os aspirantes a oficial, os suboficiais, os subtenentes, os sargentos e os alunos das escolas militares de ensino superior.”

14. De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, em 1940, menos de um terço das pessoas entre 7 e 14 anos frequentava a escola. O baixo nível de escolarização da década de 40 era revelado por taxas que oscilavam entre 9,7%, para o Tocantins, e 54,3%, para o Rio de Janeiro. Disponível em: <<www.ibge.gov.br>>. Acesso em 10/05/16.

primário (art. 166 a 168).¹⁵ Retoma-se a organização federativa dos sistemas de ensino, desta feita com maior liberdade de organização para os Estados, sob atuação supletiva da União na medida das necessidades locais e regionais (arts. 170 e 171).

Após 1964, a imposição do regime autoritário sacrificou os direitos civis e políticos, mas ampliou os direitos sociais, o que parece revelar que o autoritarismo brasileiro sempre procurou compensar a falta de direitos políticos com paternalismo social (Carvalho, 1995:141). No caso do direito à educação, a Constituição de 1967 assegurará a educação universal, gratuita e compulsória dos sete aos quatorze anos para o ensino primário, estendendo a gratuidade do ensino público secundário àqueles que demonstrassem insuficiência de recursos; para tanto, ampliou o percentual de impostos destinados ao financiamento e manutenção da educação (art. 176, § 4º) e instaurou um sistema de financiamento do ensino primário pelas empresas comerciais, industriais e agrícolas, mediante o qual ou asseguravam o seu oferecimento direto a seus empregados e filhos ou contribuíam com salário educação (art. 178).¹⁶ No ensino superior, inaugura um sistema de

15. Na Constituição de 1946: “Art. 166 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana. Art. 167 - O ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos Poderes Públicos e é livre à iniciativa particular, respeitadas as leis que o regulem. Art. 168 - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios: I - o ensino primário é obrigatório e só será dado na língua nacional; II - o ensino primário oficial é gratuito para todos; o ensino oficial ulterior ao primário sê-lo-á para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos”. Disponível em: <<www.planalto.gov.br>>, acesso em 10/05/16.

16. Na Constituição Federal de 1967: “Art. 168 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana. § 1º - O ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Poderes Públicos. 2º - Respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive bolsas de estudo. § 3º - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas: I - o ensino primário somente será ministrado na língua nacional; II - o ensino dos sete aos quatorze anos é obrigatório para todos e gratuito nos estabelecimentos primários oficiais; III - o ensino oficial ulterior ao primário será, igualmente, gratuito para quantos, demonstrando efetivo aproveitamento, provarem falta ou insuficiência de recursos. Sempre que possível, o Poder Público substituirá o regime de gratuidade pelo de concessão de bolsas de estudo, exigido o posterior reembolso no caso de ensino de grau superior”. Disponível em: <<www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10/05/16.

bolsas restituíveis (art. 168, § 3º, III). De resto, no plano organizacional e administrativo, manteve a sistemática da Constituição de 1946. No plano dos direitos políticos, eliminou a vedação do alistamento eleitoral para os analfabetos.

Durante os debates da Assembleia Constituinte, a manutenção e a elevação dos percentuais tributários de aplicação obrigatória não foi tema pacífico. De um lado, foi defendida com apoio em argumentos desenvolvimentistas e da necessidade de formação de capital humano; em ambas correntes, a educação era considerada como um pré-investimento para o aperfeiçoamento do fator humano, como se nota no Plano Trienal 1963-1965 e no Programa Estratégico de Desenvolvimento de 1967 (FÁVERO, 1996:247). De outra parte, foi recusada, sob o argumento da necessidade da desvinculação de recursos para que fosse conferida maior liberdade de alocação de recursos aos governantes. Os argumentos a favor da vinculação foram vencedores e, como se sabe, a medida tornou-se um dos alicerces da política educacional nas Constituições posteriores, muito embora a Emenda Constitucional nº. 1 a tenha mantido apenas para os Municípios, restrição corrigida em 1988 com a vinculação obrigatória para todos os entes federados.

A Emenda Constitucional nº. 1, de 1969, manterá basicamente o mesmo posicionamento, à exceção da previsão de substituição gradativa da gratuidade no ensino médio e superior pela concessão de bolsas.¹⁷ A novidade está na previsão de intervenção dos Estados nos Municípios em hipótese de descumprimento da aplicação vinculada de recursos tributários

17. “Art. 176. A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola. § 1º O ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Poderes Públicos. § 2º Respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive mediante bolsas de estudos. § 3º A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas: I - o ensino primário somente será ministrado na língua nacional; II - o ensino primário é obrigatório para todos, dos sete aos quatorze anos, e gratuito nos estabelecimentos oficiais; III - o ensino público será igualmente gratuito para quantos, no nível médio e no superior, demonstrarem efetivo aproveitamento e provarem falta ou insuficiência de recursos; IV - o Poder Público substituirá, gradativamente, o regime de gratuidade no ensino médio e no superior pelo sistema de concessão de bolsas de estudos, mediante restituição, que a lei regulará” . Disponível em: <<www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10/05/16.

na educação (art. 15, § 3º, “f”), o que será mantido, de modo ampliado, pela Constituição de 1988. Por outro lado, vedou o alistamento eleitoral dos analfabetos (art. 147, § 3º, “a”).

No período que vai de 1940 a 1980, a frequência escolar da população em idade escolar aumentou de 15,1% para cerca de 47%, sendo que, após a II Guerra Mundial, o ritmo de crescimento da educação ficou acima do da Argentina, Chile e Uruguai, embora não tenha alcançado resultados quantitativos favoráveis (Fausto, 1994:543). Entre a população adulta, no mesmo período, o analfabetismo ficou entre 54,50% (1940) e 25,41% (1980).¹⁸

As taxas de expansão e a distribuição dos encargos de financiamento da educação, contudo, não contribuíram, na prática, para estabelecer igualdade de oportunidades na educação. Dentre os fatores de impedimento de acesso estavam as elevadas taxas de repetição e evasão, a inadequação da escola às camadas mais pobres da população e a pressão das necessidades sociais que, no mais das vezes, impediam sua permanência na escola. A falta de qualidade das escolas públicas de 1º. e 2º. graus, ademais, resultava na reduzida possibilidade de aprovação dos seus egressos nas universidades públicas, em comparação com os alunos egressos das escolas privadas, em sua maior parte de melhor qualidade. A redução das bolsas de estudo contribuiu para agravar a situação, de maneira que a educação pública de qualidade era um privilégio de poucos.

Além disso, até os anos 1960, um dos mais sérios entraves para a expansão da escolarização localizava-se no meio rural. Àquela altura, a população rural era de 69%, vivendo, na maior parte, de agricultura rudimentar, que só lhes permitia um padrão de vida muito baixo. Nesse ambiente, havia poucos estímulos para a aquisição de conhecimentos, e a escola muitas vezes era de acesso difícil ou ausente.

A Constituição de 1988

A Constituição Federal trata do direito à educação em cerca de vinte e dois artigos, dois dos quais no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT); desse conjunto, sete artigos foram alterados, inclusive o art. 60

18. Disponível em: <<www.ibge.gov.br>>. Acesso em 10/05/2016.

do ADCT, sempre ampliando a proteção e a promoção do direito.¹⁹ Em realidade, a educação é o direito social que mereceu o maior número de dispositivos no atual texto constitucional.

Nesse complexo de princípios e regras constitucionais – verdadeira política pública de curto, médio e longo prazos, que se desdobra em direitos e deveres, vínculos e limites – a Constituição Federal individualiza a educação como bem jurídico, dado o seu papel fundamental no desenvolvimento nacional e com a construção de uma sociedade justa e solidária (art. 3º) e, bem assim, para o desenvolvimento da pessoa e ao exercício dos demais direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais (art. 205). Definidos os fundamentos axiológicos e teleológicos do direito à educação, a Constituição Federal cerca-o de garantias, estende a sua titularidade da pessoa humana à sociedade, ao Estado, às gerações futuras e, de forma correlata, insere o Estado, a sociedade, a família e o próprio indivíduo no polo passivo do direito.

Inserido no Título II da Constituição, relativo aos direitos e garantias fundamentais, o direito à educação é assegurado no art. 6º, no conjunto dos direitos sociais, e conceituado no art. 205 como direito de todos e dever do Estado e da família. Em relação à criança e ao adolescente, a educação é direito e dever de absoluta prioridade (art. 227). Por essa razão, o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é qualificado como direito subjetivo (art. 208, § 1º), assegurada a sua universalização, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria, e a responsabilização das autoridades no

19. Art. 6º; Art. 22, XXIV; Art. 23, V; Art. 24, IX; Art. 167, IV – excetua a manutenção do ensino da proibição de vinculação de impostos. (redação alterada pela EC 42/2003); Art. 201, § 8º - Aposentadoria especial para magistério na educação infantil e no ensino fundamental (redação alterada pela EC 20/1998); Art. 205; Art. 206 – (redação alterada pela EC 53/2006 – Sobre o dispositivo, especificamente quanto ao inciso IV, há a Súmula Vinculante nº 12 do STF); Art. 207 – (redação alterada pela EC 11/1996); Art. 208 - (redação alterada pela EC 14/1996, pela EC 53/2006 e pela EC 59/2009); Art. 209; Art. 210; Art. 211 - (redação alterada pela EC 14/1996 e pela EC 53/2006); Art. 212 - (redação alterada pela EC 53/2006); Art. 213; Art. 214; Art. 218, § 5º - Faculta aos Estados e ao DF vincularem parcela de sua receita orçamentária a entidades de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica; Art. 227 – Princípio da absoluta prioridade da atividade estatal em prol da criança, inclusive quanto à educação; Art. 229 – Dever dos pais de educar seus filhos; Art. 242 – Exclui a gratuidade em relação às instituições oficiais de ensino municipais ou estaduais existentes na data de promulgação da CF/88, ensino de História do Brasil, Colégio Pedro II.; ADCT: Art. 60 (redação alterada pela EC 53/2006) e art. 61.

caso de não oferecimento ou oferta irregular (§ 2º). Dando continuidade à política, a Constituição exige a progressiva universalização do ensino médio sob a égide da equidade (art. 206), dentre outros princípios que orientam a atividade educacional.

A ampliação do conteúdo direito à educação promovida pela Constituição de 1988 o singularizará no conjunto dos direitos sociais. Mas, apesar da ampliação do percentual da vinculação de recursos para as despesas decorrentes de seu oferecimento (art. 167), a crise econômica provocou, pelo menos no início da Nova República, a redução da eficácia dos direitos sociais, com resultados negativos para a oferta do ensino público.

Essa situação começa a ser revertida com a criação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef, pela Emenda Constitucional nº. 14 de 1996, que permitiu o equacionamento das questões relativas ao financiamento e expansão da educação fundamental por parte dos Estados e Municípios, alcançando, em muitos casos, a sua universalização. Após dez anos, a Emenda Constitucional nº. 53, de 19 de dezembro de 2006, ampliou o escopo do Fundef de forma a incluir a educação infantil e os demais profissionais da educação. Alcança, dessa maneira, todos os níveis da educação básica educação infantil (0 a 5 anos), ensino fundamental (6 a 14 anos) e ensino médio, assim como os profissionais do magistério da educação (docentes) e os profissionais que oferecem suporte pedagógico direto ao exercício da docência: direção ou administração escolar, planejamento, inspeção, supervisão, orientação educacional e coordenação pedagógica, segundo o art. 22, II da Lei nº 11.494/2007. A instituição do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb, com vigência até 2020, pretende garantir padrão nacional mínimo de qualidade (cf. Lei nº 11.494, de 20/06/07).

Entre a legislação ordinária do período, também merecem destaques o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/1990) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei nº 9.394/1996). Desde então, são expressivos os avanços alcançados: o direito educacional brasileiro incorporou princípios e diretrizes nacionais, definiu metas, vinculou recursos para a educação obrigatória e estabeleceu mecanismos de financiamento.

A edição da LDB assinalou um novo marco de organização, oferecimento e controle das atividades públicas e privadas na área da educação básica, cercanda-a de garantias. No que concerne à sua oferta, possibilita ampla liberdade de conteúdo e forma para os sistemas de ensino, atendidas a organização (art. 24) e a base curricular nacional comuns (art. 26). Assim, a educação básica poderá organizar-se em séries anuais, períodos semestrais, ciclos, alternância regular de períodos de estudos, grupos não-seriados, com base na idade, na competência e em outros critérios, ou por forma diversa de organização, sempre que o interesse do processo de aprendizagem assim o recomendar (art. 23). Além disso, o calendário escolar deverá adequar-se às peculiaridades locais, inclusive climáticas e econômicas, a critério do respectivo sistema de ensino. A lei destaca, ainda, a importância da formação de profissionais da educação (Título VI) e discrimina as despesas que podem ser consideradas como educacionais, para financiamento com recursos públicos (arts. 70 e 71).

A LDB exige que o Poder Público assegure, em primeiro lugar, o acesso ao ensino obrigatório, contemplando em seguida os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais (art. 5º, III, § 2º). Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade (art. 5º, III, § 4º). Para os pais, a LDB determina ser dever fundamental efetuar matrícula de crianças a partir dos 4 anos de idade. O Código Penal Brasileiro, aliás, prevê o crime de abandono intelectual (art. 246), crime omissivo com pena de detenção de 15 dias a um mês.

Educação Infantil, em creches e pré-escolas, às crianças até 5 anos de idade

A educação infantil, na sistemática da Constituição de 1988, merece detalhamento particular. Conforme determina o art. 29 da LDB, a pré-escola – primeira etapa da educação básica, destina-se apenas às crianças de 4 a 5 anos.

Para as crianças de 0 a 4 anos, a educação infantil em creches, não sendo nível de ensino obrigatório, nem havendo previsão de responsabilização da autoridade competente em razão de oferta irregular, seu oferecimento, de

modo geral, costuma ser feito de forma parcial, estando muito aquém das demandas locais.²⁰

O dever do Estado em relação à educação infantil esgotar-se-ia, portanto, com o atendimento das crianças de 4 a 5 anos? Não, segundo a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.

No regime jurídico do direito à educação, a obrigação do Estado não se esgota com o atendimento material e administrativo das exigências constitucionais (universalização da educação básica, garantia das condições de acesso e permanência [material escolar, transporte, alimentação, saúde], formação de professores etc.). Daí decorre a conclusão – adotada pelo STF – segunda a qual os Poderes Públicos não podem promover retrocesso social, ou seja, uma evolução reacionária das posições já alcançadas. Essa é a perspectiva das normas internacionais de proteção aos direitos fundamentais diante do Estado social.

É o que vem ocorrendo em relação ao atendimento da educação infantil por parte dos municípios, direito em relação ao qual os Tribunais Superiores não têm admitido a existência de filas de espera ou de alocação de vagas na iniciativa privada.

Em verdade, a sua afirmação como prerrogativa indisponível da criança foi objeto de diversos recursos extraordinários levados à apreciação do STF, nos quais figurava pioneiramente o Município de Santo André como recorrente em virtude de decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP, que conheceram e deram provimento à tutela requerida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, em benefício da garantia de atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e escolas de educação infantil (ações interpostas antes da EC nº 53/06, que ampliou o ensino fundamental ao nele incluir as crianças de seis anos).²¹

20. Ver os artigos de Danilo Vieira Rossi e de Alessandra Gotti e Salomão Ximenes, adiante.

21. RE 431.773, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 15/09/04; RE 411.518, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 03/03/04; RE 402.024, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 05/20/04; RE 352.686, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19/10/04; RE 411.332, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19/10/04; RE 398.722, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19/10/04; RE 443.158, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 21/03/05; RE 410.715, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 22/11/05; RE 436.996, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 26/10/05, RE 438.493, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 30/11/05, RE 463.210-1, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06/12/05; RE 384.201, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26/04/07, dentre outros.

Entre todos, se destaca o agravo regimental no Recurso Extraordinário de nº 410.715, no qual foi proferido o paradigmático voto do Ministro Celso de Mello, a seguir comentado, em acórdão da Segunda Turma do STF que, por unanimidade, negou provimento ao recurso de agravo (22/11/05; DJ 03/02/06).

Este voto, anteriormente proferido em decisão monocrática do referido recurso extraordinário (decisão de 27/10/05, DJ 08/11/05), assegurou a consolidação de nova construção jurisprudencial na promoção e garantia do direito à educação, confirmado a tendência já notada no STF de determinar a execução, pelas autoridades competentes, de políticas públicas constitucionais na área da educação pelas autoridades competentes.

No conjunto das medidas de controle das políticas públicas educacionais, tanto o STF quanto o STJ, quando provocados por ação popular ou ação civil pública, ou ainda em sede de controle de constitucionalidade no STF, vêm procedendo a exame de mérito do ato administrativo inquinado em face dos objetivos do Estado Brasileiro, ultrapassando, portanto, o dado da infringência de dispositivos constitucionais ou legais.²² A fundamentação jurídica, nessas situações, desconsidera, inclusive, a eventual natureza programática da norma constitucional, considerando que o seu não atendimento compromete a eficácia e a integridade de direitos individuais ou coletivos. Em outras palavras: o limite de idade, em face do determinado pela Constituição e pela LDB não prevalece.

Tal intervenção, por evidente, não é absoluta. São observados três limites, conforme consolidado recentemente pela jurisprudência: o limite do mínimo existencial a ser garantido ao indivíduo; o limite da razoabilidade da pretensão deduzida frente ao poder Judiciário; e o limite da reserva do possível, isto é, o limite da disponibilidade financeira da Administração Pública no atendimento das prestações reclamadas.²³

22. No STJ, cf. REsp 212346 no Ag. 842866; REsp 814076; REsp 807683; AgRg no REsp 757012; REsp 684646; REsp 658323; REsp 625329, MS 8895; REsp 509753 MS8740; REsp 430526; REsp 338373, em matéria do direito à saúde.

23. Cf. a propósito, Ada Pellegrini Grinover, O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, in Carlos Alberto de Salles (coord.), As grandes transformações do processo civil brasileiro - Homenagem ao Prof. Kazuo Watanabe, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 109-134.

Nesse caso, a controvérsia constitucional centrou-se na extensão e na compulsoriedade do dever do município em relação ao oferecimento da educação infantil, em face da determinação do art. 208, IV da Constituição Federal (na redação anterior à EC nº 53/06).²⁴ O acórdão aborda diversos aspectos do direito à educação infantil e do dever do Município: a natureza de direito subjetivo, o significado desse nível de ensino no conjunto da política pública educacional estabelecida pela Constituição, o seu regime jurídico, e a exigência de atendimento prioritário do encargo pela Administração Pública municipal, da qual resulta clara a inexistência de qualquer margem de discricionariedade em seu oferecimento. Dessa construção é que se extrai a conclusão de que não há diferença entre o regime jurídico do ensino fundamental e o da educação infantil.

Em suas razões de recurso, o Município de Santo André alegou, fundamentalmente, a violação do art. 2º da Constituição Federal pelo Judiciário, cuja decisão teria adentrado em matéria orçamentária reservada à discricionariedade do Poder Municipal. Alegou também que não sendo a educação infantil obrigatória, competência material era concorrente, na forma do art. 211 da Constituição Federal.

No voto do relator, Ministro Celso de Mello, foram apresentados cinco argumentos principais:

- (a) a educação infantil é prerrogativa indisponível que assegura o atendimento em creches e o acesso à pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade (antes da EC nº 56/06), por força do art. 208, IV;
- (b) esta prerrogativa impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem de maneira concreta, aquele acesso e atendimento;
- (c) a educação infantil é direito fundamental que não se expõe a avaliações discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de pragmatismo;
- (d) embora a questão seja pertinente à reserva do possível, os municípios não podem se demitir do mandato constitucional do art. 208, IV,

24 A EC nº 53/06, entre outras medidas, ampliou a duração do ensino fundamental obrigatório para nove anos, com início aos seis anos de idade. Até então, a educação infantil era destinada a crianças de zero a seis anos, e não cinco anos conforme a redação atual do art. 208, IV da CF.

juridicamente vinculante, à vista de sua responsabilidade prioritária pelo ensino fundamental e pela educação infantil (art. 211, § 2º);

- (e) o Judiciário tem competência para determinar excepcionalmente a implementação de políticas definidas pela própria Constituição por órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão pode comprometer a eficácia e a integridade dos direitos sociais; ao não determinar a efetivação desses direitos, o próprio STF estaria incorrendo em grave omissão.

Com efeito, a norma constitucional do art. 208, IV indica com precisão o âmbito de proteção do direito à educação infantil (a existência de creches e escolas para crianças de até cinco anos, sendo na ocasião do julgado até seis anos), o principal e primeiro responsável pela garantia do direito (o município, art. 211, § 2º), o responsável subsidiário (a União, art. 211, § 1º e art. 30, IV), a primazia de atendimento (art. 211, §1º e art. 227), os recursos econômicos que deverão suportar o seu oferecimento (art. 212 e §§, art. 167, IV, art. 3º, IV); a possibilidade de intervenção do Estado no Município em hipótese de não aplicação do mínimo de 18% da receita resultante de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 35, III).

Ora, a absoluta prioridade, no caso da educação infantil, significa que o atendimento das crianças tem primazia nas políticas públicas e na atuação dos governantes, legisladores, família, comunidade e sociedade, com o objetivo de concretizar os direitos enumerados no próprio art. 227 da Constituição e no 4º do ECA (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). Segue-se da previsão do art. 227 que o município também deverá assegurar, em suas creches e pré-escolas, programas suplementares de alimentação, pelo menos.

Desde logo, a decisão confirma que a educação infantil a natureza de direito subjetivo fundamental, posto integrar o núcleo consubstanciador do mínimo existencial cuja integralidade e intangibilidade devem ser asseguradas. Nesse sentido, dá concretude ao conteúdo do mínimo existencial, considerado, na doutrina, como direito a condições mínimas de existência humana digna que exige prestações positivas do Estado. A intervenção do

Judiciário, sob este prisma, em virtude de sua inobservância, faz-se, simetricamente, em atendimento ao fundamento da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III).²⁵

Assim sendo, o não atendimento do direito de crédito em questão qualifica-se como inconstitucionalidade por omissão, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível sob invocação da cláusula da reserva do possível.

De tudo resulta a limitação do poder discricionário do administrador que, nesses casos, não tem possibilidade de deliberar acerca da oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas determinadas na ordem social constitucional. Esse não é um limite apenas para o Poder Municipal.

De fato, diante dessa conformação, o que caberia ao legislador ordinário? No âmbito federal, à legislação de diretrizes e bases ou à de normas gerais restam os encargos de natureza educacional, pertinentes à organização da educação nacional e a regulamentação do art.227. Para o legislador municipal, os encargos de natureza administrativa e funcional próprios do seu sistema de ensino, por aplicação do art. 19 da Constituição Federal. Nesse quadro, a LDB, não poderia ampliar, v.g., o limite de cinco anos estabelecido pela norma constitucional, mas pode reduzi-lo; poderia também determinar sua integração, ou não, na educação básica como nível de ensino (art. 21) e definir as suas finalidades (art. 22). Já o ECA reforça a tutela do direito à educação infantil com previsões específicas relativamente ao poder parental (art. 22), e a ações específicas de responsabilidade por ofensa aos bens tutelados no art. 227 da Constituição Federal (art. 208), dentre outras medidas. Notemos, porém, que mesmo antes da edição do ECA, a proteção do direito à educação infantil já se encontrava assegurado no texto constitucional, sendo possível exercê-lo de imediato, por via das ações e remédios constitucionais. O administrador municipal, por sua vez, não pode se furtar ao atendimento prioritário do direito, nem o legislador

25. Ricardo Lobo Torres, O mínimo existencial e os direitos fundamentais, Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, n. 42, julho-setembro 1990, p. 69-70; Ana Paula de Barcelos, A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 248 e 252-253.

municipal alterar o percentual de aplicação obrigatória de recursos na rubrica “educação”, da lei orçamentária.²⁶

A nota diferencial do princípio da absoluta primazia, somada à exceção do art. 167, IV e à vinculação de receitas de impostos determinada pelo art. 212 da Constituição Federal, reforçam, no nosso entender, a aplicabilidade imediata das normas constitucionais relativas ao dever do Estado com a educação. Nesse sentido, a diferenciação entre normas de eficácia limitada, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada (ou normas programáticas) é irrelevante para o direito à educação, assim como também é irrelevante neste campo a distinção entre direitos negativos e direitos positivos, haja vista que os direitos sociais e o princípio da absoluta primazia evidenciam tanto a dimensão objetiva de proteção destes direitos fundamentais, quanto a proibição de sua proteção insuficiente.

O STJ já vinha se pronunciando nessa direção, também em relação à educação infantil no Município de Santo André, fixando-se jurisprudência pacífica na Corte em relação aos seguintes pontos:

- a) eficácia imediata das normas constitucionais de consagradoras de direitos sociais, sendo sem importância a sua categorização como programáticas;
- b) vinculação dos direitos sociais aos fundamentos e objetivos do Estado;
- c) natureza subjetiva do direito à educação;
- d) inexistência de discricionariedade administrativa frente a direitos consagrados constitucionalmente que, nessa condição constituem garantias pétreas;
- e) toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu.²⁷

26. Em situação análoga, relativa à construção de abrigos, cf., entre outros, STF, Suspensão de Liminar 235-0; Relator: Ministro Presidente. Reqte: Estado do Tocantins, Reqdo: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, Agravo Regimental na suspensão de Liminar Nº 1848/07, na Ação Civil Pública Nº 72658-0/06.

27. Resp. 575280 / SP; Resp. 2003/0143232-9, Rel. Min. Luiz Fux; 02/09/2004, DJ 25/10/2004, p. 228. RESP 718203/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 06.12.2005, DJ 13.02.2006, p. 694. RESP 796490/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 15.12.2005, DJ 13.03.2006, p. 305, entre outros.

A inovação, relativamente à posição do STF, é a limitação do cumprimento da obrigação exclusivamente ao Poder Público, ponto não levado à consideração da Suprema Corte no caso apontado. O município, portanto, deverá atender ao direito à educação infantil por intermédio da sua rede escolar própria, não se admitindo, tampouco, as filas de espera por vagas. Tal posicionamento será firmado e reafirmado em julgados posteriores, confirmando que a limitação da idade não é escusa válida e oponível à atuação do Estado em matéria de oferta obrigatória da educação infantil.

Eficácia e efetividade do direito à educação

Apesar da legislação educacional avançada em matéria de direitos e garantias educacionais, várias formas de desigualdade ainda alcançam negros, índios, migrantes e trabalhadores braçais. A Constituição Federal enfrentou tais problemas de diversas maneiras: o Art. 208, VII, por exemplo, impõe atendimento ao educando em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

De acordo com estudos especializados, contudo, existem diferenças de desempenho escolar entre os alunos quando divididos entre grupos raciais: “Tais diferenças se acentuam na medida em que a escola passa a dispor de melhores condições de funcionamento: o benefício de frequentar boas escolas, com bons professores e com atitudes individuais favoráveis ao desempenho acadêmico, atua de forma positiva igualmente para os alunos brancos e pardos, mas, em relação à diferença entre negros e brancos a grande discriminação que afeta os alunos negros não se trata de um evento fortuito. Todas essas afirmações estão baseadas em resultados de ajuste de modelos estatísticos, que levaram em conta fatores como envolvimento do diretor; equipamentos da escola; qualificação do professor; salário do professor; lição de casa realizada pelos alunos; existência de livros na casa do aluno. A análise dos dados mostra que o desempenho dos estudantes em geral é menor quando são baixos os níveis dos fatores, mas nessa situação existe mais igualdade de desempenho entre as raças. Por outro lado, nos níveis mais altos dos fatores nota-se aumento de desempenho para os alunos de todas as raças, mas a diferença entre brancos e negros é sempre bem maior.

Embora os dados disponíveis não permitam identificar causas específicas para esses resultados. Uma primeira indicação é a de que os alunos negros não usufruem das melhorias da escola da mesma maneira que os alunos brancos, por práticas e atitudes internas às escolas. Outra possibilidade é que as melhorias se potencializam: pequenas diferenças pessoais, quando inseridas em contextos mais favoráveis (escolas com melhor infraestrutura, melhores professores, colegas com atraso escolar menor), iniciam uma espiral de melhoria dos resultados. Os alunos sem essas pequenas vantagens iniciais não conseguiriam usufruir o melhor ambiente” (Soares e Gonzaga, 2016).

Quanto aos professores, as mulheres, atualmente, constituem mais de 80,0 % dos cerca de 2.2 milhões de professores da educação básica do país (Brasil, 2016). Sua presença maciça é notada nos anos iniciais da educação básica; conforme as etapas de ensino vão avançando, a proporção diminui e mais homens passam a integrar o conjunto docente nacional. De acordo com estudos especializados, diminuem, na mesma proporção, a associação do magistério às funções femininas e os salários. O fato é amplamente comprovado pelo menor acesso de mulheres a segmentos mais valorizados da educação básica como o ensino médio e a educação profissional, a despeito Constituição Federal prever que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (art. 5º, I) e a discriminação de salário por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX).

Nesse sentido, em termos de proteção e valorização do professor, há ainda muito por fazer: poder-se-ia pensar em lei específica para o assédio moral na educação; além disso, também seria necessária regulamentação sobre adicional de insalubridade diante das péssimas condições de trabalho e do risco de vida no ambiente da escola, em algumas regiões do País. Prova disso são os altos índices de adoecimento, absenteísmo e consequente abandono da profissão docente (Sandhi, 2016).

O problema, portanto, é: como assegurar o cumprimento efetivo e eficaz da legislação educacional?

Uma das iniciativas internacionais de maior repercussão no campo da educação, visando sua efetividade, partiu da ex-relatora especial para o direito à educação, no âmbito da extinta Comissão de Direitos Humanos das Nações

Unidas (hoje Conselho de Direitos Humanos²⁸), Katerina Tomasevsky. Visando definir parâmetros objetivos para o acompanhamento dos progressos na implementação do direito, a partir das obrigações internacionais, elaborou o *4-A Scheme*, tabela na qual se encontram enumeradas as obrigações básicas dos Estados, sob quatro critérios: *availability*, *accessibility*, *acceptability*, *adaptability*. O objetivo é a verificação empírica, em cada Estado nacional, das especificações ali indicadas.

O critério da *availability*, ou da disponibilidade (em tradução livre para o português), indica duas ordens de obrigações. Uma, de natureza civil e política, que exige a garantia das liberdades públicas, para usar a tradicional noção francesa, notadamente a liberdade de expressão, de aprender, ensinar e divulgar o pensamento, o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas e a liberdade de criação de instituições privadas de ensino. Outra, de natureza econômica e social, que requer que o próprio Estado crie e financie instituições de ensino, ou estabeleça mecanismos que combinem a iniciativa pública com a privada, de forma que a educação esteja disponível para todos. Neste nível encontram-se também as obrigações relativas à normatização da educação, assim como ao recrutamento, treinamento, financiamento de professores e demais profissionais da educação, nas quais se incluem os direitos trabalhistas.

O critério da *accessibility*, ou acessibilidade, é o termo empregado para ordenar as obrigações relativas aos diferentes níveis de ensino, os compulsórios e os não-compulsórios. A educação compulsória, quase sempre, é gratuita. Tomasevski observou, nos diversos Estados membros das Nações Unidas, que, desde a DUDH, a garantia da educação fundamental (Brasil), ou elementar (DUDH), ou primária (maioria dos Estados membros da UNESCO), jamais retrocedeu. Sua duração, nos diferentes países, varia entre treze e quatro anos, conforme passa a alcançar os demais níveis, assegurando-se aos pais a liberdade de escolha entre a escola pública e a privada.

28. A criação do Conselho de Direitos Humanos, como órgão permanente das Nações Unidas, em substituição à Comissão de Direitos Humanos, deu-se pela Resolução 60/251 da Assembleia Geral da ONU, em 15 de março de 2006. Os relatórios de Tomasevski encontram-se organizados na coleção *Right to Education Primers*, disponíveis em: <<www.right-to-education.org>>. Acesso em 10/05/2016

Acceptability, ou admissibilidade, refere-se à qualidade da educação, âmbito que vem sendo sucessivamente ampliado pelo direito internacional da pessoa humana. Nesse sentido, não concerne apenas a padrões mínimos de qualidade de ensino, orientação e conteúdos pedagógicos, estabelecidos nacionalmente, mas também ao respeito pela diversidade, pelas línguas nativas e pela forma de instrução. Tomasevski incluiu neste campo a proibição de punições corporais, prática comum em alguns sistemas de ensino, como o inglês, por exemplo. *Adaptability*, ou adequação, finalmente, trata das obrigações relacionadas às necessidades especiais dos indivíduos, isto é, das crianças com deficiências, da educação de jovens e adultos, dos adolescentes que trabalham, dos que estão privados de liberdade, dos refugiados. As iniciativas públicas de ensino a distância, por exemplo, enquadram-se neste item.²⁹

A finalidade da metodologia é tornar o escopo do direito acessível a seus titulares e sujeitos passivos, além de propiciar instrumentos de averiguação dos níveis governamentais de *accountability*, de tal maneira que os organismos internacionais disponham de parâmetros comparativos objetivos.

Tomando da metodologia desenvolvida por Tomasevski, constatamos que a Constituição Federal de 1988 atende, de longe, os critérios do *4 A-Scheme*, que aqui denominamos “Esquema D + A3”, na seguinte conformidade.

29. Para uma noção da magnitude dos desafios nesse campo, conferir o Relatório Global de Monitoramento do Programa Educação para Todos, elaborado pela UNESCO em 2006. Segundo este, a maior parte dos adultos analfabetos no mundo concentra-se nos países em desenvolvimento. Desta, 98,4% estão concentrados no sul e sudeste da Ásia, na África subsaariana e nos Estados Árabes, provavelmente em razão do crescimento demográfico; em sua grande maioria, são mulheres (64%). O Relatório aponta, por outro lado, a diminuição global de jovens adultos analfabetos (20% em 1970 e 17% em 2004) e o grande esforço da China na redução do analfabetismo. As conclusões convergem para a associação do analfabetismo à pobreza, muito embora em alguns países a taxa de analfabetismo é baixa a despeito de níveis de vida mais elevados (como é o caso do Irã e do Marrocos, por exemplo). Disponível em: <<www.unesco.org/education>>. Acesso em 10/05/2016.

O esquema D + 3 A e sua aplicabilidade

Disponibilidade

1 - Em relação às escolas:

- a. A educação é direito social, art. 6º.
- b. Direito de todos e dever do Estado, art. 205.
- c. Competência da União para legislar sobre diretrizes de bases da educação nacional, art. 22, XXIV (Lei nº 9.394/96).
- d. Competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios de proporcionar meios de acesso à educação, art. 23, V.
- e. Competência concorrente da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para legislar sobre educação e ensino, art. 24, IX.
- f. Existência de Plano Nacional de Educação, art. 214 (Lei nº 10.172/01).
- g. Gratuidade do ensino público, art. 206, IV.
- h. Destinação de recursos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, art. 213.
- i. Destinação prioritária de recursos para a educação básica, por intermédio do Fundeb, art. 60 ADCT (regulamentado pelas Leis nºs 11.494/07 e 9.424/96).
- j. Coexistência de escolas públicas e privadas, art. 206, III.
- k. Liberdade de ensino para a iniciativa privada, atendidas as normas gerais de educação, art. 209 e inciso I.
- l. Autorização e avaliação de qualidade das instituições de ensino privadas, art. 209, II.
- m. Organização federativa dos sistemas de ensino, em regime de colaboração, art. 211.
- n. Discriminação de competências de ensino para os entes da Federação, art. 212.

1.2 - Em relação aos professores:

- a. Liberdade acadêmica, art. 206, II e III.
- b. Planos de carreira e ingresso por concurso, art. 206, V.
- c. Piso salarial nacional para os profissionais da educação pública, art. 206, VIII.
- d. Gestão democrática do ensino público, art. 206, VI.
- e. Melhoria de condições de trabalho por via de recursos do Fundeb, art. 60 ADCT

- f. Regime geral das liberdades, art. 5, IX, XIII, XVII, XX.
- g. Aposentadoria especial para o magistério na educação básica, art. 40, §5º.

Acessibilidade

1 - Ensino obrigatório

- a. Absoluta prioridade da criança ao direito à educação, art. 227.
- b. Educação básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos - art. 206, IV; art. 208, I e § 1º e 2º.
- c. Ensino fundamental obrigatório e gratuito como direito público subjetivo, art. 208, §1º.
- d. Fixação de percentuais mínimos de aplicação da receitas resultante de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino, art. 212.
- e. Fonte adicional de financiamento pela contribuição social do salário-educação recolhida pelas empresas, art. 212, § 5º.
- f. Responsabilização dos pais ou responsáveis pela frequência à escola, no ensino obrigatório, art. 208, § 3º, e dever geral de assistência, art. 227 e 229.
- g. Responsabilização da sociedade pelo direito à educação, art. 227.
- h. Responsabilização do Poder Público pela oferta irregular do ensino obrigatório, art. 208, § 2º.
- i. Recenseamento dos alunos no ensino fundamental obrigatório e gratuito como obrigação do Poder Público, art. 208, § 3º.
- j. Proibição de admissão do menor ao trabalho até os quatorze anos, art. 227, § 3º, I.
- k. Oferta de ensino noturno, art. 208, VI.
- l. Progressiva universalização do ensino médio público, art. 208, II.
- m. Educação infantil pré-escola, de 4 a 5 anos art. 208, IV.
- n. Acesso ao ensino superior público segundo a capacidade de cada um, art. 208, V.

2 - Ensino não obrigatório

- a. Acesso ao ensino superior público segundo a capacidade de cada um, art. 208, V.
- b. Educação infantil em creches de 0 a 4 anos, art. 208, IV.

Admissibilidade

- a. Oferta de ensino noturno, adequado às condições do educando, art. 208, VI.
- b. Programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação, e assistência à saúde no ensino obrigatório, art. 208, VII.
- c. Ensino religioso, de matrícula facultativa, art. 210, § 1º.
- d. Ensino indígena em língua materna, art. 210, § 2º.
- e. Reconhecimento dos costumes, línguas, crianças e tradições indígenas, art. 231

Adequação

- a. Garantia de educação especial – art. 208, III.
- b. Garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola, art. 227, § 3º, I, III.

Lembremos que esse tipo de metodologia foi desenvolvido tendo em mente auxiliar a implementação do direito pelos Estados nacionais, com tríplice finalidade: dar mais publicidade ao conteúdo do direito para titulares e sujeitos passivos, facilitar a identificação de prioridades em sua implementação do direito à educação, permitir a identificação de omissões, violações ou tratamento negligente por parte dos responsáveis.

A metodologia também é útil para que percebamos a pouca margem deixada ao legislador ordinário no trato com o direito à educação.

De fato, diante da política constitucional, o que caberia ao legislador ordinário? No âmbito federal, à legislação de diretrizes e bases ou à de normas gerais (CF, art. 23, XXIV; 24, IX) restam dispor sobre os encargos de natureza educacional, pertinentes à organização da educação escolar e à regulamentação do art. 227. Para o legislador municipal, os encargos de natureza administrativa e funcional próprios do seu sistema de ensino, por aplicação dos arts. 19 e 30, VI da Constituição Federal. Nesse quadro, a LDB, não poderia ampliar, v.g., o limite de cinco anos estabelecido pela norma constitucional do art. 208, IV; poderia, outrossim, determinar a ampliação do ensino fundamental ou a extensão do ensino obrigatório. Já o ECA reforça a tutela do direito à educação infantil, v.g., com previsões específicas relativamente ao poder parental (art. 22), e a ações específicas de

responsabilidade por ofensa aos bens tutelados no art. 227 da Constituição Federal (art. 208), dentre outras medidas. O administrador municipal, por sua vez, não pode se furtar ao atendimento prioritário do direito, nem o legislador municipal alterar o percentual de aplicação obrigatória de recursos na rubrica “educação”, da lei orçamentária.

A Constituição, portanto, se dirige ao legislador ordinário estabelecendo, desde logo, restrições, limites, diretrizes, critérios e princípios gerais, além dos meios a serem adotados e de limitações negativas e positivas, a serem estritamente observados, sob pena de inconstitucionalidade. Por outro lado, previsões como “a garantia de padrão de qualidade” (art. 206, VII), demonstram exíguo condicionamento do legislador ordinário: o que é qualidade, quando e de que maneira será assegurado tal padrão fica a critério do legislador, que dispõe de amplo poder de apreciação dos meios e modos de atingir o objetivo. A única limitação à ação do legislador, neste último exemplo, resulta das finalidades da educação expressa no art. 205 (qualidade de educação para formar o indivíduo, o trabalhador e o cidadão), o que se integra, conseqüentemente, ao núcleo consubstanciador do mínimo existencial.

Os Planos Nacionais de Educação, a seu turno, previstos no art. 214 da Constituição Federal, são instrumentos de planejamento de políticas públicas no setor educacional que orientam a ação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O PNE em vigência para o decênio 2014/2024 consta da Lei nº 13.005, de 25/06/2014.

A ideia da planificação educacional não é nova. Os Pioneiros da Educação Nova, em 1932, em conhecido manifesto, propugnavam por um plano geral, de estrutura orgânica, visando a ampla acessibilidade escolar. A Constituição de 1934 atribuiu à União tal competência (art. 150, a), a cargo do Conselho Nacional de Educação. Governos sucessivos e Constituições sucessivas não deram continuidade ao ideal da planificação, sendo apenas com a CF 1988 que, no plano do direito, o desiderato se efetivou. Na prática, porém, o que se tem observado, é que as metas do atual plano, assim como as do que o antecedeu (instituído pela Lei nº 10.172, de 09/01/2001), não são integralmente cumpridas nos prazos fixados pela lei. Entre as 20 metas do atual plano, uma das maiores dificuldades é a universalização do ensino médio, prevista para 2016 e não alcançada.

Conclusão

Após séculos de atraso, descaso e falta de organização por parte do Poder Público, a legislação educacional posterior à Constituição de 1988 conferiu tratamento adequado à universalização do acesso à educação compulsória no Brasil. Definiu princípios e diretrizes nacionais, competências estaduais e municipais, vinculação de recursos e mecanismos de financiamento; no plano didático, mediante o conceito de “educação básica”, deu-lhe tratamento que privilegia o processo de aprendizagem por meio de concepção inovadora no direito educacional brasileiro, à vista da flexibilização pedagógica e de gestão escolar permitidas pela legislação.

Paralelamente, a LDB de 1996 – NEA (Lei nº 9.394/96), o Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/2014), assim como o ECA (Lei nº 8.069/1990) definiram instrumentos, metas e processos positivos para a educação nacional. A metodologia estabelecida por Katerina Tomasevsky demonstra que, no plano normativo, o País atende suas obrigações básicas em face das obrigações internacionais.

Prova disso, foi a transformação do Fundef em Fundeb, a partir de concepção sistêmica, que estabelece critérios de equidade para o financiamento da educação. Outro exemplo digno de nota são os planos de desenvolvimento da educação, com ações definidas para o Executivo e indicativas para o Legislativo, promovendo avanços na direção do regime de colaboração entre os diversos sistemas de ensino brasileiros. Nesse sentido, a própria criação do Fundef, de alcance nacional, já representara uma mudança estruturante à política de articulação federativa.

A edição da EC nº 59/2009 foi outra medida de grande importância. A ampliação das responsabilidades da União, o aumento dos recursos destinados à educação básica além da elevação dos anos de escolaridade obrigatória assinala outro ponto de inflexão na história da educação compulsória no País. Até 2005, o Brasil figurava entre os que tinham menor duração e ingresso mais tardio no ensino obrigatório, entre os países da América Latina e Caribe. Iniciando-se aos 7 anos de idade e com apenas nove anos de ensino obrigatório, estava abaixo da média de todas as regiões do mundo, exceto o Sul e o Oeste Asiático (Afeganistão, Bangladesh, Irã, etc.).³⁰

30. UNESCO. Relatório de Monitoramento de Educação para Todos 2008: educação para todos em 2015; alcançaremos a meta? Brasília: UNESCO, 2008. Acesso em 10/05/2016.

As mudanças que se efetivaram, ainda que não tenham sido suficientes para alçar a política educacional brasileira a níveis internacionais mais altos, demonstram que o seu avanço demanda uma coalizão heterogênea de forças políticas, legislação adequada, continuidade e cooperação entre os sistemas de ensino, escolas, professores, pais e alunos, setor privado e organizações internacionais.

Daí porque se faz extremamente importante a noção de responsabilidade (*accountability*) na educação, preconizada no Relatório de Monitoramento Global da Educação 2017/8: “a reponsabilidade não pode ser atribuída com facilidade a atores únicos porque resultados educacionais ambiciosos dependem de múltiplos atores cumprirem responsabilidades, muitas vezes compartilhadas. (...) alcançar uma educação inclusiva, equitativa e de qualidade é, muitas vezes, uma empreitada coletiva, na qual os atores realizam um esforço conjunto para cumprir suas responsabilidades. Para que isso aconteça, os interesses públicos e econômicos necessitam estar alinhados. As políticas e os atores educacionais não estão isolados do mundo à sua volta.”³¹

Mas ainda há muito por fazer: promoção de aprendizagem que enfrente o analfabetismo funcional; melhoria da qualidade do ensino, de modo geral; interrupção da evasão escolar, especialmente no nível médio; instrumentalização dos profissionais da educação para o uso de novas tecnologias, a valorização profissional e o investimento na formação docente, reforço de qualidade, avaliação e monitoramento de dados, para corrigir distorções. O *ranking* da OCDE de 2015 coloca o Brasil na 60ª posição entre os 76 países avaliados em testes de matemática e ciências, no nível da educação básica. Outras medidas deverão ser adotadas para reduzir desigualdades e assegurar melhorias consistentes, a despeito do muito que foi feito.

A trajetória da educação básica no Brasil avança, positivamente, em direção à meta da sua universalização, com tendência a diminuição e eliminação, paulatinas, da histórica desigualdade em seu oferecimento. Apesar de tudo, é preciso foco nas famílias mais pobres, com renda per capita inferior a ¼ de salário mínimo, que requerem políticas públicas específicas, entre estas, em particular, negros e indígenas.

31. Relatório GEM 2017/8. UNESCO. Representação da Unesco no Brasil, 2017. P. 8.

O problema imediato, para os próximos anos, é o fim da vigência do Fundeb, previsto para 2020, conforme determina o Art. 60, do ADCT.³² Sua eventual manutenção ou perenização deve vir acompanhada de aprimoramento, com vistas à equalização de oportunidades e à garantia de padrão de qualidade.³³

O âmbito de proteção do art. 205 delimita bens, valores e interesses – privados, coletivos e públicos - como resultado da delimitação dogmática no âmbito da própria Constituição. Indica, também, uma dada concepção de sociedade e de Estado, densificada pelas leis ordinárias, entre elas, notadamente, a Lei nº 9.394/96 (LDB) e a Lei nº 8.069/90 (ECA). Não se trata, por conseguinte, de uma disposição abstrata, mas de determinação objetiva e consequente, passível de ser aplicada a contingências, situações e circunstâncias que se sucedem no desenvolvimento social, pela integração jurisprudencial e doutrinária. Em sua dimensão sociológica, reflete não só uma construção secular, que nos alcança como produto da civilização ocidental, mas a disposição de assegurar direitos e deveres de cidadania e, em particular, a igualdade política.

Diante desse quadro, podemos afirmar, com Anísio Teixeira (1977: 171), que:

(...) A educação, portanto, reveste-se de interesse público: é a sociedade, como um todo, que, mais do que qualquer outro grupo, está interessada na formação do cidadão, do membro desse corpo social extremamente complexo e plural em que ela se transformou. (...) Para nós o público e o as formas pelas quais o Estado o representa são cousas relativas e plurais, dotadas as formas do Estado de extrema flexibilidade de organização. Nenhum outro interesse público exigirá forma tão especial do Estado quanto a educação.

32. Tramita no Senado a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) no. 24 de 2017, de autoria da Senadora Lídice da Mata e outros. Seu objetivo é acrescentar o art. 212-A à Constituição Federal, para tornar permanente o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb, e revoga o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Assegura a distribuição dos recursos e de responsabilidades entre o Distrito Federal, os Estados e seus Municípios mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb, de natureza contábil.

33. Cf. Estudo Técnico no. 24/2017 da Câmara dos Deputados. http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pec-015-15-torna-permanente-o-fundeb-educacao/documentos/audiencias-publicas/ClaudioRiyudiTannoAvaliaodeprogramas_FUNDEB_CAQ_17Out2017.pdf

Referências Bibliográficas

BRASIL. Ministério da Educação. INEP. *Sinopse Estatística da Educação Básica 2014*. Disponível em: <<<http://portal.inep.gov.br/basica-censo-escolar-sinopse-sinopse>>>.

COELHO DE SOUZA, Marcelo. *O Analfabetismo no Brasil sob enfoque demográfico*. Disponível em: <<<http://www.scielo.br/pdf/cp/n107/n107a07.pdf>>>.

CURY, Carlos Roberto Jamil. *Os desafios da construção de um sistema nacional de educação*. Disponível em: <<http://conae.mec.gov.br/images/stories/pdf/jamil_cury.pdf>>.

SANDHI, Sandra Maria Gasparini; SANDHI, Maria Barreto A. da Ávila Assunção. *The teacher, working conditions and their effects on his health*. São Paulo, *Educação e Pesquisa*, v. 31, n. 2, p. 189-199, maio/ago. 2005. Disponível em: <<<http://www.scielo.br/pdf/ep/v31n2/a03v31n2>>>.

SOARES, José Francisco; ALVES, Maria Teresa Gonzaga. Racial inequalities in the Brazilian primary education system. São Paulo, *Educação e Pesquisa*, v.29, n.1, p. 147-165, jan./jun. 2003. Disponível em: << <http://www.scielo.br/pdf/%0D/ep/v29n1/a11v29n1.pdf>>>.

TEIXEIRA, Anísio. *A educação não é privilégio*. São Paulo: Editora Nacional, 1977.

TODOS PELA EDUCAÇÃO – *Observatório do PNE* – Disponível em: <<<http://www.observatoriodopne.org.br/metas-pne/2-ensino-fundamental>>>.

O financiamento da educação pública nas Constituições Brasileiras

Rúbem da Silva Soares

Doutorando e Mestre em Educação pela Faculdade de Educação da USP (FEUSP)

Pesquisador de políticas públicas e educação de surdos

Introdução

Desde a colonização, a educação pública no Brasil tem sido relegada ao descaso. Por quase dois séculos os jesuítas foram os responsáveis pela educação do povo. Eles – que chegaram ao país em 1549, com Manuel de Nóbrega – fundaram o primeiro colégio brasileiro, na cidade de Salvador, que se denominou Colégio dos Meninos do Brasil. Pinto (2000) afirma que a partir daí expandiram-se as escolas de primeiras letras em quase todas as vilas e cerca de 17 colégios jesuítas na colônia. As escolas eram instituições extremamente democráticas, que reuniam, numa mesma sala de aula, desde órfãos, menores abandonados, curumins recrutados nas aldeias próximas, até os filhos da burguesia e da incipiente aristocracia local.

A partir de 1554, com a mudança da política jesuíta para a administração da educação na colônia, a obra de Nóbrega começa aos poucos a ser desmontada por seu superior imediato, Luiz de Grã, provincial da Companhia de Jesus no Brasil. Em 1565, o Infante D. Henrique, regente do Reino de Portugal durante a menoridade de D. Sebastião, institui a redizima que destina, aos colégios da Companhia de Jesus no Brasil, 10% da arrecadação da Coroa com impostos. Assim, a manutenção dos colégios e a remuneração dos jesuítas passaram a ser feitos com recursos régios. Desse modo, o ensino continuou a ser gratuito, e a redizima seria o primeiro registro histórico de financiamento público oficial da educação brasileira. Entretanto, como os recursos régios eram no geral instáveis, os jesuítas trataram de subsidiá-lo com os próprios empreendimentos, que não eram poucos, tendo em vista

a mão de obra gratuita dos indígenas. Por outro lado, a Coroa assegurava o ensino, de caráter essencialmente dogmático e opressor na colônia, a custo zero. Contra os desejos de Nóbrega, a instrução jesuíta deixa de ser dirigida a crianças carentes: passa a atender apenas às elites, o que marca o fim do período heroico, onde o investimento era apenas da Companhia de Jesus.

Por volta de 1758, Sebastião José de Carvalho e Melo, conde de Oeiras, posteriormente agraciado com o título de Marquês de Pombal, assume o cargo de primeiro ministro português e empreende grandes reformas administrativas em Portugal e em suas colônias. As reformas pombalinas, cujo principal objetivo era fortalecer o poder do reino, atingiram também a educação tocada pelos jesuítas, entendendo que esta tinha muita autonomia e destoava das diretrizes centralizadoras da Coroa. Em consequência, em 1759, Marquês de Pombal expulsou os jesuítas do Brasil, substituindo o modelo educacional deles pelas aulas régias. Nesse novo sistema, os professores eram nomeados pelo rei e assumiam cargo vitalício, estabelecendo, com isso, a tendência meritocrática no tocante à sua contratação (PINTO, 2000). Não obstante, o financiamento do ensino era precário uma vez que as câmaras municipais buscavam se valer de taxas locais sobre alguns poucos produtos como aguardente, sal e carne, entre outros, cujo rendimento era ínfimo uma vez que a economia girava em torno das propriedades rurais que se autossustentavam com a cana-de-açúcar.

Pelo Alvará de 5 de abril de 1771, Pombal transfere a administração e a direção do ensino para a Real Mesa Censória, órgão criado em abril de 1768, com a qual pretendia passar ao controle do Estado tudo o que até então era controlado exclusivamente pelos jesuítas. Após esse ato, foram criadas, no Brasil, 17 aulas de ler e escrever; e foi instituído um fundo financeiro para a manutenção dos estudos reformados, denominado de subsídio literário cuja fonte era o imposto sobre a aguardente e a carne. Desde essa época já podemos perceber a forte tendência de descentralização do ensino público, responsabilizando os gestores locais - que tinham escassos recursos - pela manutenção deste. Mesmo com essa medida da Coroa, o ensino continuava precário por diversas razões, dentre as quais: poucos recursos, muitas fraudes, professores mal pagos, formação docente inadequada. Como consequência, o índice de escolarização da população do país em 1886 era de apenas 1,8 %, enquanto na Argentina já se atingia o patamar de 6% (PINTO, 2000).

A reforma pombalina do ensino pode ser avaliada como bastante desastrosa para a Educação brasileira e, também, em certa medida para a Educação em Portugal. Tal reforma destruiu uma organização educacional já consolidada e com resultados (ainda que discutíveis e contestáveis). Ao contrário do que seria a lógica, Pombal não implementou uma reforma que garantisse um novo sistema educacional. Portanto, um dos questionamentos cabíveis nesse sentido, e que talvez vale também para nossos dias, é como se pode levar a cabo a destruição de uma proposta educacional em favor de outra, sem que esta tivesse condições de realizar a sua consolidação?

Inobstante a independência do Brasil – levando-o à superação da condição de colônia de Portugal – a falta de compromisso do poder público com a educação do povo continuou, embora com menos intensidade. É o que analisaremos no prólogo deste trabalho.

O financiamento da educação no Império

Durante o período imperial, logo após a proclamação da Independência, verificou-se a ascensão: a) do liberalismo e do constitucionalismo no ideário econômico, político e jurídico; e b) do positivismo nos campos filosófico e científico. Sua base teórica era o constitucionalismo europeu, consubstanciado na obra de Benjamin Constant denominada *Princípios de Política* aplicáveis a todos os governos representativos. Era o grupo conhecido como Liberais. Em contraposição, surgia o grupo dos Realistas. Este defendia o regime colonial pelas razões mais diversas, como a manutenção de usos, tradições, direitos, leis e regulamentos anteriores à proclamação da Independência. Sua base era a Revolução Liberal do Porto, de 1820, e a submissão da Corte Portuguesa às normas dali oriundas. Nesse período, o Marquês de São Vicente defendia o controle e a contribuição financeira do governo central com o ensino básico, para que fosse efetivamente criada uma educação nacional homogênea e uniforme. Tanto os Liberais (no Projeto de Instrução Pública de Martim Francisco) quanto os Realistas (na Comissão que substituiu a Assembleia Constituinte) tinham interesse de promover a gratuidade da instrução primária, conforme Cury (1996).

Em meio a essa disputa ideológica, D. Pedro I dissolve a Assembleia Constituinte e nomeia uma Comissão que se encarrega de redigir a

Constituição Imperial, outorgada em 25 de março de 1824. A mesma foi reformada pelo Ato Adicional nº 16, de 16/08/1834 (incorporado à Constituição). A matéria educação ficou restrita somente a dois parágrafos de um único artigo: art. 179, §§ 32 e 33. Instituiu o ensino primário como direito do cidadão sob a forma de prestação estatal gratuita: “instrução primária gratuita e aberta a todos os cidadãos” (§ 32). O Ato Adicional de 1834 descentraliza a educação de 2º grau e dá competência às Assembleias das Províncias para legislar e promover a instrução pública, excetuando o ensino superior (medicina, direito, dentre outros). A gratuidade vigorava em todo o Império subordinada a uma modalidade centralizadora que o caracterizava, ou seja, “uma lei imperial de 15/10/1827 regulava a criação de escolas de ‘primeiras letras’ em todas as cidades, vilas e lugares mais populosos do país” (CURY, 1996:7).

Entretanto, nessa época o caráter elitista da educação brasileira foi reforçado, sobretudo pela preferência que continuava sendo atribuída ao ensino superior, cujo acesso era possibilitado apenas aos membros da nobreza e da burguesia. Corolário dessa política, em 1827 foram criados em São Paulo e Recife cursos jurídicos, transformados em faculdade em 1854. Desse modo, ao contrário do que aconteceu em outros países, o Brasil Imperial não deu ênfase ao ensino fundamental e secundário. Conforme Aranha (2003:155), o ensino fundamental:

- a) não foi favorecido o seu desenvolvimento (em função do modelo econômico brasileiro, agrário e latifundiário, que sofreu pequenas alterações em face do comércio e da indústria no final do século XIX;
- b) a educação dos filhos das classes mais abastadas era realizada em casa, por meio de preceptores;
- c) foi implantado o método de ensino mútuo, que perdurou entre 1823 e 1838, com resultados insatisfatórios.

Continuando, a autora afirma que (ARANHA, 2003:155):

o ensino secundário:

- d) não tinha um currículo próprio;
- e) a escolha das matérias ministradas era feita aleatoriamente em cada estabelecimento;

- f) não existia a exigência do término de um curso para o início de outro;
- g) tal estrutura precária era causada, principalmente: pela falta de recursos
 - ↔ tributação ineficiente ↔ pequeno número de estabelecimentos ↔
 - baixa remuneração dos professores.

A Constituição de 1824 teve a mais longa vigência em toda a história das constituições brasileiras. Por 65 anos orientou o ordenamento jurídico do País, superando diversas crises e turbulências atravessadas no Império. Tal longevidade, contudo, não resultaram em claras previsões constitucionais na área da educação. Não eram precisas as competências entre as pessoas políticas. A matéria era disciplinada por meio da legislação ordinária, com a consequente descentralização, o que não trouxe benefícios para o progresso da educação no País. Isso porque, como já citado, privilegiou o ensino superior em detrimento da criação de políticas que cuidassem da implantação do ensino fundamental público e gratuito, essencial para a formação da maior parte da população.

Os primórdios do financiamento da educação especial

Mesmo não sendo a educação especial o foco deste trabalho, abro um parêntese para fazer uma breve anotação sobre os primórdios do financiamento deste setor, dada a sua importância hoje no sistema educacional.

Somente em 1835, o Poder Público brasileiro registra formalmente a primeira intenção de desenvolver algum trabalho educacional para surdos e cegos. Nos Anais da Câmara de Deputados do Rio de Janeiro encontrou-se um Projeto de Lei (PL) de 29 de agosto de 1835, cujo teor dizia: “Art 1º. – Na Capital do Império, como nos principais lugares de cada Província, será criada uma classe para surdos-mudos e para cegos” (SILVA, 1986:283). Infelizmente, a ideia não prosperou naquele momento histórico. Por motivos políticos não conhecidos, o referido PL – de autoria do deputado Cornélio Ferreira França – foi arquivado sem sequer ter sido devidamente discutido em plenário. Para Silva (1986), o mérito desse projeto é incontestável, mesmo com sua divulgação restrita, uma vez que chamou a atenção da sociedade e de familiares de cegos e surdos para o problema da sua escolarização.

Perdida a oportunidade de aprovação do PL Ferreira França, somente após quase vinte anos o Brasil começa a encampar a educação de cegos e

surdos. Assim, Mazzotta (2000) afirma que o marco da educação especial no Brasil se dá por ocasião da fundação de duas instituições, à expensas do Governo Imperial (uma para atender alunos cegos e outra para alunos surdos). Dom Pedro II cria o Imperial Instituto dos Meninos Cegos, inaugurado em 17 de setembro de 1854, nome alterado posteriormente (17/05/1890) para Instituto Nacional dos Cegos por decreto do Marechal Deodoro e de Benjamin Constant Botelho de Magalhães, ministro da Instrução Pública (o qual também foi diretor do Instituto por vinte anos seguidos, cargo herdado de seu sogro Cláudio Luiz da Costa). Em 1891, teve o nome novamente alterado para o atual Instituto Benjamin Constant, em homenagem ao referido ministro, que falecera nesse mesmo ano. Quanto ao sistema de ensino, registra-se que o Instituto por muitos anos não passou de um mero asilo, sem muita preocupação de formar seus alunos. Preocupou-se mais em preparar seus professores, cuja maioria era nomeada sem qualquer qualificação para a docência. O ensino era essencialmente técnico profissional: os meninos aprendiam os ofícios de tipografia e de encadernação, enquanto que as meninas aprendiam tricô. Nem a afinação de piano – atividade profissional à época exercida por cegos e bem remunerada em outros países – foi levada a sério, já que o Instituto não dava qualquer ênfase a esse tipo de aprendizagem, furtando-se de formar profissionais brasileiros na área.

No que toca aos surdos, conforme Soares (2013) registra-se em 11 de junho de 1855, o Relatório ao Império, enviado pelo professor Ernest Huet (francês, recém-contratado pela Coroa). Nesse relatório, Huet expõe a necessidade da criação de um estabelecimento para surdos, o qual seria mantido pelo governo, visto que a maioria desses futuros alunos era de famílias pobres, não tendo condições de bancar seus estudos. O início dos contatos para criação da primeira escola de surdos no Brasil ocorreu por meio de uma carta de apresentação de Huet encaminhada pelo Ministro da Instrução Pública da França, Saint Georg, endereçada ao Governo do Brasil. Huet teve certa dificuldade em sua tarefa visto que o Brasil da época ainda não tinha uma concepção formada sobre a necessidade da educação dos surdos e nem como implementá-la. Além disso, as famílias relutavam em educá-los, considerando tarefa inglória e inútil. Determinado, Huet iniciou seu trabalho em 1º de janeiro de 1856, utilizando salas do Colégio de

Vassinon, no Rio de Janeiro, onde recebeu a matrícula de suas duas primeiras alunas surdas: Umbelina Cabrita e Carolina Bastos, com idade de 16 e 12 anos, respectivamente, as quais contavam com uma pensão paga por Sua Majestade Imperial.

Tendo Huet exposto a necessidade de se encampar com seriedade a proposta de educação de surdos, Dom Pedro II, por Decreto em 26 de setembro de 1857, oficializou a criação do Imperial Instituto dos Surdos-Mudos, vinculado à Coroa brasileira, instituição que funciona até hoje no Rio de Janeiro, cujo nome atual é Instituto Nacional de Educação de Surdos – INES. Inicialmente, o Instituto se configurava mais como um asilo, onde só eram aceitos surdos do sexo masculino, que vinham de todos os pontos do país, muitos dos quais eram abandonados pelas suas famílias. Geralmente, a idade dos alunos era entre 7 e 14 anos, não havendo distinção entre ricos e pobres. O Instituto tinha como foco, praticamente, a educação profissional dos seus alunos cujo atendimento se dava em oficinas de sapataria e de encadernação. A receita da venda desses produtos fabricados artesanalmente nessas oficinas tinha duas destinações: parte dela pagava os custos da produção e a outra parte era recolhida à Caixa Econômica Federal (que já existia à época). Tal depósito ficava em caderneta individual de cada aluno que retirava ao final do curso, acrescido dos rendimentos. Mesmo recebendo por esses produtos vendidos, os alunos não pagavam mensalidades ou qualquer tipo de contribuição para o atendimento escolar no Instituto. Assim como para os cegos, o financiamento da educação especial também favoreceu os alunos surdos, todos à mercê do Governo Imperial. Alguns dos princípios básicos do Instituto estão expressos nas palavras de um de seus posteriores diretores, Tobias Leite. Sobre a futura vida profissional do ex-aluno, Leite decreta:

[...] Das artes e ofícios devem ser preferidos os que podem ser exercidos em qualquer parte, cidade ou pequenos povoados. Sapateiro, alfaiate, correeiro, torneiro, oleiro, chapeleiro, tintureiro, impressor e encadernador, são indústrias que muito lhe convém. Os ofícios de carpinteiro, pedreiro e outros que exigem comunicações simultâneas com o trabalho, não lhe são tão convenientes (SILVA, 1986:288).

E sobre os objetivos do ensino, na visão do diretor,

[...] os que não se deixam levar pelas exterioridades e encaram as situações pelo lado utilitário entendem que o objetivo da educação dos surdos-mudos é dar-lhes uma profissão de que subsistam nobremente, e habilitá-los a comunicar-se com os seus concidadãos pelo meio que lhes for mais fácil e mais cômodo (SILVA, 1986:288).

Não precisa maior clareza para concluirmos sobre qual o verdadeiro objetivo que o Estado brasileiro tinha ao dispender recursos para a educação especial. Aliás, de certa forma, tais objetivos não mudaram muito no Brasil de hoje. Fecho o parênteses.

Financiamento da educação na República Brasileira

A Constituição de 1891

Em 1889, com a Proclamação da República, dá-se a necessidade de um novo ordenamento jurídico. Estabelecida a nova forma de governo e de Estado (torna-se uma República Federativa, com regime representativo e presidencialista), inicia-se uma nova fase para o Direito Constitucional Brasileiro. No período interconstitucional de 1889 a 1891, foram exarados alguns Atos normativos que começaram a disciplinar a República e trataram, de forma direta ou indireta, da educação. Por exemplo, o Decreto nº 6, de 19/11/1889, extinguiu o voto censitário e impôs como condição para o exercício da cidadania a alfabetização dos indivíduos. Já o Decreto nº 7, de 20/11/1889, atribuiu aos estados a obrigação da instrução pública em todos os graus. Por fim, o Aviso nº 17, de 24/04/1890, tornou laico o currículo do Instituto Nacional, ex-Pedro II.

Também, em 19/04/1890, foi criada a Secretaria de Instrução Pública, Correios e Telégrafos. Embora esse órgão tenha sido extinto em 30/10/1891, várias iniciativas realizadas durante o período merecem atenção: criação do Pedagogium, órgão responsável pela reforma da instrução pública primária e secundária no Distrito Federal, bem como do ensino superior, que possibilitou o surgimento de faculdades livres e oficiais, bem como do Conselho de Instrução Superior no Distrito Federal. Em 1891, é proclamada a Constituição da República Federativa do Brasil em cujos artigos 35 e 72 tratam da matéria educação. A República fora proclamada pelo Exército, tendo à frente um monarquista, desde seu nascedouro. Assim, ela foi

marcada por conflitos entre deodoristas e florianistas que representavam os dois segmentos das forças militares que tomaram o poder. Nesse contexto, a primeira Constituição Republicana apresenta os seguintes marcos:

- a) Os princípios federalistas nela inscritos buscam aumentar a autonomia das antigas províncias;
- b) A força do poder central se mantém pela hegemonia política, enquanto os Estados exercem controle sobre a máquina administrativa;
- c) Elimina-se o Poder Moderador, mantendo-se os três poderes tradicionais;
- d) Institui-se o voto direto, descoberto e reservado aos homens maiores de 21 anos e alfabetizados; excluem-se mulheres, clérigos reclusos e soldados rasos;
- e) Institui-se a separação entre Estado e Igreja;
- f) A República faz emergir os anseios de um novo projeto para a educação
- g) É proposta a Reforma Benjamin Constant, que aprova os Regulamentos da Instrução Primária e Secundária do Distrito Federal, do Ginásio Nacional (Decretos nº 981/90 e nº 1.075/90, respectivamente) e do Conselho de Instrução Superior (Decreto nº 1.232-G/91);
- h) Apresenta maior número de dispositivos sobre educação que o texto de 1824; e
- i) Não incorporou ideias e princípios que a doutrina política e educacional já discutiam na época. Por exemplo, a proposta de Tavares Bastos, que criava um imposto exclusivamente provincial, a taxa escolar, conforme Cury (1996).

Observa-se que a Constituição de 1891 não prevê a gratuidade da instrução primária para todos. A República silenciou-se sobre o tema acerca do qual o Império se pronunciara. Tal omissão fez com que aquela instrução permanesse a cargo dos Estados e Municípios, mantendo-se na linha do Ato Adicional nº 16 de 1834. A constituição também se omitiu sobre a obrigatoriedade da educação e manifestou-se a favor da permissão da atuação da iniciativa privada em todos os níveis educacionais (art. 72, § 17). Segundo Cury (2005) nem a Revisão Constitucional de 1925/1926 conseguiu restabelecer a gratuidade e obrigatoriedade do ensino como princípio nacional. Para Cury (1996), ao concentrar-se na discussão do ensino laico, houve desvio da questão da gratuidade. Também, o federalismo

foi apresentado de forma liberal e centrado no estado mínimo (que passa a ser lei), representando um Estado elitista e excludente, num pragmatismo das oligarquias no poder.

Outro aspecto importante nesse período é que Reforma João Alves/Rocha Vaz estabelece o concurso da União para a difusão do ensino primário. Esta deveria subsidiar parcialmente o salário dos professores primários em exercício nas escolas rurais. Aos estados membros caberiam: pagar o restante do salário; oferecer residência aos docentes; construir ou arranjar prédio escolar; e fornecer o material didático (art. 25). Assim, conclui-se que a Constituição de 1891 atribuiu competência em matéria educacional às pessoas políticas, dando um passo, ainda que insuficiente, para a sistematização da matéria e a melhora das condições em que era desenvolvida a educação no país.

Por fim, também observamos que a Constituição de 1891 apresentou a educação de forma muito mais indireta do que direta. Por exemplo, a exigência do saber ler e escrever como condição para se tornar eleitor constituiu-se num exemplo dessa forma indireta de apresentar a educação naquele texto constitucional. Cury (1996) observa também que, ao concentrar-se na discussão do ensino laico, houve desvio da questão da gratuidade, que o federalismo foi apresentado de forma liberal e centrado no estado mínimo, representando um Estado elitista e excludente. Assim: “após a promulgação da Constituição, o perfil do liberalismo e do ‘Estado mínimo’ passa a ser lei, mas dentro de um pragmatismo elitista e excludente dos grupos oligárquicos no poder.” (CURY, 1996:79).

A Constituição de 1934

A Constituição de 1934, que veio logo após o período conhecido como o da “Política do Café com Leite”, dedica espaço significativo à educação, com 17 artigos, 11 dos quais em capítulo específico sobre o tema (cap. II, arts. 148 a 158).

O contexto histórico da época dá conta de que a sociedade se recuperava dos movimentos sociais da década anterior como: fundação do Partido Comunista do Brasil (1922) e das Revoltas Tenentistas (1922 e 1924), que traduzem insatisfações contra as oligarquias e o sistema republicano vigente. Na Revolução de 30, o Estado Nacional se fortalece, tornando-

se intervencionista em várias áreas. Com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, a efervescência política se materializa, culminando na Revolução Constitucionalista de 1932, capitaneada pelo Estado de São Paulo. No campo econômico, em reação à crise de 1929 (culminando com o *crash* da Bolsa de Nova Iorque), o Brasil busca a substituição de importações como alternativa ao desenvolvimento industrial. Nesse aspecto, o país procurou afastar-se do ideário liberal e se filiar-se aos princípios das Constituições Mexicana (1917) e Alemã (1919), que traziam disposições relativas aos direitos sociais. Na área da educação, podemos pontuar que:

a) vários Estados deflagram reformas (Ceará, Pernambuco, Bahia, Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais);

b) cria-se o Ministério de Educação e Saúde (1930), tendo o jurista e político mineiro Francisco Campos como o primeiro titular dessa pasta;

c) orienta-se a reforma do ensino superior e secundário; e

d) o campo pedagógico sofre forte influência do escolanovismo, traduzido no Manifesto dos Pioneiros da Escola Nova (1932), marco referencial importante do pensamento liberal com repercussões sobre ideias e reformas propostas em momentos subsequentes.

Tal clima social descrito anteriormente responde aos anseios de renovação educacional e social defendidos pelos profissionais renovadores, em especial no *Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova*, quando este afirma que a autonomia econômica seria possível apenas com a instituição de um “fundo especial ou escolar”. Este seria constituído de patrimônios, impostos e rendas próprias, sendo administrado e aplicado exclusivamente no desenvolvimento da obra educacional, pelos próprios órgãos de ensino, incumbidos de sua direção (CURY, 2007:6). Segundo Cury (2007), essa importância da educação escolar, tornada gratuita e obrigatória no primário em todo o país, só se viabilizaria se houvesse recursos públicos para mantê-la e desenvolvê-la. Por isso, a Constituição impõe a vinculação percentual a partir dos impostos arrecadados. E para que tal impositividade não ficasse sujeita à dispersividade e ao arbítrio de cada qual, a Constituição prevê uma lei nacional, competência privativa da União, expressa em um Plano Nacional de Educação.

Assim, podemos verificar que a Constituição de 1934 promoveu avanços significativos no que se refere à melhoria na qualidade da prestação da

atividade educacional pelo Estado, uma vez que destinou recursos dos orçamentos das pessoas políticas para sua realização, bem como para o auxílio daqueles que não possuíam condições de frequentar o ensino, mesmo nos estabelecimentos oficiais. Cury (2005) afirma que, pela primeira vez, um dispositivo constitucional estabelece a competência privativa da União em traçar as diretrizes da educação nacional (art 5º, XIV). Contudo, permite que as leis estaduais venham a “suprir lacunas ou deficiências da legislação federal, sem dispensar as exigências desta” (art 5º, XIX, § 3º). A organização e manutenção de sistemas educativos permanecem com os Estados e o Distrito Federal e dispõe que o Plano Nacional de Educação deve estabelecer o ensino primário integral e gratuito. Também, vislumbra-se uma tendência à gratuidade do ensino ulterior ao primário, a fim de torna-lo mais acessível.

O princípio da gratuidade e obrigatoriedade se estende também aos adultos analfabetos. A Constituição também dá apoio irrestrito ao ensino privado por meio da isenção de tributos a quaisquer “estabelecimentos particulares de educação gratuita primária ou profissional, oficialmente considerados idôneos”.

O financiamento da educação tem importante destaque, a saber:

- a) atribui responsabilidades às empresas com mais de 50 empregados de ofertar ensino primário gratuito;
- b) define vinculações de receitas para a educação, cabendo à União e aos municípios aplicar “nunca menos de dez por cento e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de vinte por cento, da renda resultante do impostos na manutenção e no desenvolvimento do sistema educativo”;
- c) estabelece a reserva de parte dos patrimônios da União, dos Estados e do Distrito Federal para a formação de fundos de educação: ‘Parte dos mesmos fundos se aplicará em auxílio a alunos necessitados, mediante fornecimento gratuito de material escolar, bolsas de estudo, assistência alimentar, dentária e médica, e para vilegiaturas’ (§ 2º);
- d) propõe que Estados e municípios reconheçam os estabelecimentos particulares de ensino desde que estes assegurem “a seus professores a estabilidade, enquanto bem servirem, e uma remuneração condigna” (art. 150, parágrafo único, “c” e “f”);
- e) estabelece a isenção de impostos para a profissão de professor (art. 113, inciso 36);

- f) estabelece a exigência de concurso público como forma de ingresso ao magistério oficial (art. 158);
- g) fixa, pela primeira vez, a aplicação de receitas de cada ente da Federação para sua implementação, incluindo-se aqui os municípios;
- h) Estados e Distrito Federal aplicariam, pelo menos, 20% da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento dos sistemas educativos;
- i) os municípios e a União direcionariam, pelo menos, 10% da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento de educação;
- j) prevê expressamente o direito à educação, a gratuidade do ensino primário nas escolas públicas e a aplicação dos recursos públicos em educação.

Por tudo isso, a Constituição de 1934 mostrou-se inovadora: além de anunciar o direito à educação, indicou um fundo financeiro para efetivá-lo, uma vez que “não basta a afirmação do direito. Requer-se o estabelecimento dos meios garantidores do direito público através dos fundos especiais e de índices orçamentários fixos destinados à educação” (ROSSINHOLI, 2008:125). Ou seja, vinculação constitucional de recursos é um dos alicerces de sustentação dessa política educacional. Assim, esse diploma é pioneiro na vinculação constitucional de recursos para a educação. Para Cury (2005), a principal marca da Constituição de 1934 é tornar a educação um direito de todos e obrigação dos poderes públicos. Excetuando a Constituição de 1988, o autor afirma que nunca se viu um capítulo tão completo como o que se apresentou na de 1934, que consolidou a educação como direito social. Ele entende que as políticas públicas, sem recursos, se tornam declaratórias e potencialmente inócuas. Essa vinculação representa um vetor distintivo para a conformação do direito à educação no Brasil, uma raridade em constituições de outros países, e a formalização de demandas cuja inserção nacional se reproduz nos dispositivos similares correntes nos estados. Junto a isso, é preciso referir-se ao clima de época, pelo qual se atribuía ao planejamento e aos planos dele decorrentes a possibilidade de superar ou ao menos atenuar os conflitos sociais, em boa parte nascidos da contradição entre trabalho e capital.

Finalizando, uma das principais críticas que se pode fazer à Constituição de 1934, é que ela deixou brechas para a aplicação dos recursos públicos no ensino privado: sistema de bolsas de ensino destinado a alunos carentes e os empréstimos subsidiados.

A Constituição de 1937

Conhecida como “Polaca”, a Constituição do Estado Novo, outorgada pelo Governo ditatorial em 1937, disciplinou a matéria educação nos artigos 15, IX, 16, XXIV, e 124 a 134.

Claramente inspirada nas constituições de regimes fascistas europeus, com Vargas no poder, o país progressivamente volta a mergulhar em novo período autoritário. Mesmo assim, inicia-se um processo de mudanças de amplo espectro, a partir das quais são construídas as bases para a modernização do Estado brasileiro. Embora filha da ditadura do Estado Novo, a Constituição autoritária de 1937 não arrefeceu as bandeiras de luta em prol da qualidade de ensino, pela gratuidade e obrigatoriedade do poder público (CURY, 2005). Nesse período, foram criados o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (1931) e a Companhia Siderúrgica Nacional (1941), assim como são assegurados direitos trabalhistas, por meio da Consolidação das Leis do Trabalho (1943).

No campo da educação, o Estado Novo corresponde a uma retomada da centralização. Nesse período, a concepção de educação pública é a de que esta seria destinada aos pobres que não podem arcar com o ensino na rede privada. Mesmo na rede pública, institui-se a contribuição para o caixa escolar aos que podem pagar. Ou seja, a educação gratuita é, pois, a educação dos pobres, desprovidos de recursos financeiros. A política educacional no Estado Novo estaria inteiramente orientada para o ensino profissional, para onde seriam dirigidas as reformas encaminhadas por Gustavo Capanema. O início dos anos 1940 responde por reformas educacionais desencadeadas pelo poder central, especificamente as chamadas Leis Orgânicas de Ensino, concebidas durante a administração de Capanema no Ministério da Educação, composta por seis decretos-leis, efetivados de 1942 a 1946. A Reforma Capanema compreendeu o ensino industrial (Lei Orgânica do Ensino Industrial) corolário disso foi o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai) e o comercial (Lei Orgânica do Ensino Comercial) – criou-se o sistema “S” (Senai, Sesi, Senac). A Reforma atingiu também o ensino secundário (Lei Orgânica do Ensino Secundário). Contudo, com a Reforma Capanema, o sistema educacional brasileiro não só mantém como acentua o dualismo que distingue a educação escolar das elites daquela ofertada para

as classes populares. As diretrizes dessa reforma vão orientar a educação nacional até a criação da primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB – Lei nº 4.024/61).

A Constituição de 1937 revogou a vinculação constitucional de recursos financeiros para a educação. Em seu art. 128, prevê que “a arte, a ciência e o ensino são livres à iniciativa individual e à de associações ou pessoas coletivas públicas e particulares”. O dever do Estado para com a educação fica em segundo plano: tem apenas função compensatória na oferta escolar destinada à “infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares” (art 129). O primeiro dever do Estado é prover o “ensino pré-vocacional e profissional destinado às classes menos favorecidas”. O ensino gratuito é, *pero no mucho*. Isso porque o art 13 prevê que “o ensino primário é obrigatório e gratuito”, porém, a gratuidade é parcial. O mesmo artigo “não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar”;

A Constituição de 1946

No final de 45, a sustentação da ditadura Vargas já não é a mesma, sobretudo em decorrência de alguns fatores como: o cenário agravado pela 2ª. Guerra Mundial; a insatisfações entre militares que se opõem ao governo; e manifestos de categorias profissionais diversas contra o governo. Os anos de 1945 e 1946 são marcados por um grande número de greves, para as quais contribuíram várias categorias, entre elas bancários e portuários, o que contrariava as orientações do Partido Trabalhista do Brasil (PTB) e do Partido Comunista (PC), conforme relata Oliveira (2001). Com esse cenário, continua Oliveira (1996), aos poucos vão se consolidando as condições que levariam o país à redemocratização. Assim, Vargas e a ditadura do Estado Novo caem no final de 1945, entretanto, a ordem getulista se mantém. O general Eurico Gaspar Dutra, eleito presidente da República, de início revela-se um moderado. Assume o poder em janeiro de 1946, e em setembro, promulga a nova Constituição, orientada por princípios liberais e democráticos. Restabelece o estado de direito e a autonomia federativa.

Mas, tal ordem inicial, é rompida pouco depois quando, em 1947, ocorre a intervenção em centenas de sindicatos, seguida pela decretação da ilegalidade do Partido Comunista Brasileiro (PCB).

No setor econômico, registra-se um período de grande crescimento da indústria nacional, estimulada por restrições às importações e um regime cambial desfavorável às exportações.

Na área da educação, os primeiros anos da redemocratização são agitados também no campo, revelando elementos de contradição que expressam uma sintonia com o contexto político resumido anteriormente. Pode-se dizer que o conceito de democracia limitada também se aplica às ideias pedagógicas que circulam no período. Assim, não é de se estranhar a convivência entre tendências conservadoras e liberais, traço marcante do debate traduzido na Constituição de 1946. São editados os seguintes decretos reformistas na área de educação:

- Decreto-Lei nº 8.529/46 e 8.530/46 – reforma o ensino fundamental (Lei Orgânica do Ensino Primário);
- Decreto-Lei nº 9.613/46 – reforma o ensino normal (Lei Orgânica do Ensino Normal)
- Decretos-Lei nº 8.621/46 e nº 8.622/46 – reforma o ensino agrícola (Lei Orgânica do Ensino Agrícola) e institui o Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac)

Nos moldes da Constituição de 1934, na de 1946 segue considerando a educação como direito subjetivo público, ou seja, direito de todos. Manteve a responsabilidade das empresas com mais de 50 empregados de ofertar ensino primário gratuito. Estabelece a competência da União para “legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional” (art. 5º, XV). Define a competência dos Poderes Públicos para ministrar o ensino nos diferentes ramos, franqueando-o também à iniciativa privada, respeitadas as leis que o regulem (art. 167). Restabelece a gratuidade no ensino primário para todos e o ensino ulterior seria gratuito apenas para os que provarem a falta ou insuficiência de recursos (art. 168, II). Parece que aqui se encontra a possibilidade do ensino oficial não gratuito. Ressalte-se que, pela primeira vez, aparece no texto legal a expressão “ensino oficial” (o ministrado pelos Poderes Públicos).

A Constituição de 1946 também restabelece a vinculação de recursos. Como fontes de financiamento, discutiram-se duas propostas centrais: a primeira, que se referia à criação de um imposto específico destinado a seu custeio; e a segunda, relativa à destinação de recursos para sua realização. Constatou-se no texto final a última (art. 169). Assim, na manutenção e desenvolvimento do ensino, a União deveria aplicar ao menos 10% e Estados, Municípios e Distrito Federal, pelo menos 20% das receitas resultantes de impostos. A União deve prestar auxílio pecuniário para colaborar com o desenvolvimento dos sistemas de ensino. No caso do ensino primário, tal auxílio viria do respectivo Fundo Nacional. O sistema de ensino foi dividido em dois: a) federal e dos territórios, organizado pela União; e b) dos estados e Distrito Federal. Ambos os sistemas deveriam possuir serviços de assistência educacional para o atendimento da clientela carente (art. 170, 171 e 172).

Por fim, é importante notar que, embora na Constituição de 1946 a educação tenha ressurgido como direito de todos, não há, entretanto, um vínculo direto entre esse direito e o dever do Estado em um mesmo artigo, como ocorrera no texto de 1934.

A Constituição de 1967

A Constituição de 1946 foi bastante emendada após o golpe de 1964: fosse para instaurar um novo sistema tributário, fosse para incrementar um centralismo econômico e político da União, revogando a vinculação para a educação. São impostos à nação os Atos Institucionais, pelos quais, na verdade, foram suspensas as garantias constitucionais vigentes. É dentro desse quadro que ao Congresso existente se atribuiu a tarefa de elaborar uma outra Constituição, adaptada ao modelo político autoritário e ao modelo econômico concentrador de renda. Aí a noção da ordem se sobrepõe à da liberdade e da justiça. Assim, após vivenciar a experiência da redemocratização que se seguiu à ditadura getulista, o país volta a mergulhar numa fase marcada pelo autoritarismo. Com o golpe de 1964 viria a quebra da ordem constitucional por um período superior àquele que, de início, parecia anunciar-se.

No regime militar avançam os processos de urbanização e de industrialização iniciados nos anos 1930 e acelerados com o governo Juscelino Kubitschek (final dos anos 1950). Há um aumento significativo da população urbana,

a indústria passa a responder por parcela importante do Produto Interno Bruto (PIB), sendo incrementada a produção de bens duráveis. Depois de uma fase inicial de ajuste estrutural, o ritmo de desenvolvimento acelera-se, ingressando o País na fase do chamado “milagre econômico”. Projetos de grande porte são concebidos e realizados, começando o Brasil a ser percebido no rol das grandes potências emergentes. Nesse cenário, inicia-se um novo marco legal para o País, a começar por uma nova Constituição. Como esta é concebida antes das medidas que instauram o estado de exceção, as características do novo regime nem sempre são visíveis no texto. Ou seja, a supressão das liberdades políticas ainda não atingira seu estágio mais agudo.

Assim, no caso da educação, os dispositivos não chegam a traduzir uma ruptura com conteúdos de constituições anteriores. Expressam a presença de interesses políticos já manifestos em outras Cartas, sobretudo àqueles ligados ao ensino particular. A Constituição de 1967 disciplinou a matéria educação, sobretudo nos artigos 8º, XVI, XVII, q e § 2º, e 167, § 4º, e 168 a 172. A “liberdade de ensino”, tema chave do conflito entre o público e o privado desde meados dos anos 1950, é visível no texto produzido no regime militar. A educação foi mantida como direito de todos e dever do Estado. Entretanto, avançou-se visivelmente no terreno do subsídio ao ensino privado, uma vez que este “merecerá amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive mediante bolsas de estudo”. Orientações e princípios de Cartas anteriores são reeditados, tais como a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino primário.

Estabeleceu-se, ainda, que a gratuidade do ensino ulterior ao primário seria substituída, sempre que possível, pela concessão de bolsas de estudo, cujo reembolso seria exigido no caso do ensino superior. Foi admitida a intervenção do Estado no município que não aplicar no ensino primário, em cada ano, o mínimo de 20% da receita tributária municipal. Entretanto, desaparece a vinculação dos recursos da União e dos Estados para o financiamento da educação (um flagrante retrocesso). Fala-se apenas em prestação de assistência técnico-financeira da União para com os estados. Pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, foi mantida para empresas comerciais, industriais e agrícolas a obrigatoriedade de manutenção de ensino primário gratuito aos empregados e filhos, bem como, no caso das

duas primeiras, o oferecimento de cursos de aprendizagem aos trabalhadores menores.

Somente depois da Constituição de 1967 é que são encaminhadas as principais propostas de reforma do período. Cabe, porém, uma breve referência a elas, já que marcam de forma decisiva o cenário dos anos subsequentes. Primeiro, é concebida a reforma do ensino superior (Lei nº 5.540/68). A reforma universitária tem por objetivo oferecer resposta às demandas crescentes por ensino superior. Busca, ao mesmo tempo, formar quadros deste nível de modo a dar substância ao crescimento econômico gerado pelo “milagre brasileiro”. Depois toma corpo a reforma da educação básica, que fixa as diretrizes e bases para o ensino de 1º e 2º graus (Lei nº 5.692/71). Essa reforma, por sua vez, pretende atingir um duplo objetivo: de um lado, conter a crescente demanda sobre o ensino superior; de outro, promover a profissionalização de nível médio (o conhecido tecnicismo).

Finalizando, cabe ressaltar que, talvez em nome do planejamento de orçamentos plurianuais, da “teoria do capital humano”, da racionalização dos recursos, ou mesmo em nome da ordem moral e cívica, o referido texto constitucional expressa no seu artigo 65, III, que, “ressalvados os impostos únicos e as disposições desta Constituição e de leis complementares, nenhum tributo terá a sua arrecadação vinculada a determinado órgão, fundo ou despesa.”.

A Constituição de 1988

Com o progressivo esgotamento do regime militar, a partir de 1978, o País retoma os anseios pelo Estado de direito. Em 1984 há um intenso movimento democrático por eleições diretas. O Congresso Nacional, entretanto, referenda ainda em escolha indireta os nomes de Tancredo Neves para presidente e de José Sarney para vice. Tancredo Neves, presidente eleito, falece antes da posse, assumindo o vice, que mantém o compromisso de revogar a legislação autoritária por meio de várias medidas, entre elas a eleição de uma Assembleia Nacional Constituinte, encarregada de oferecer ao País uma nova Carta Magna.

Na educação, pode-se dizer que o governo José Sarney tem uma indefinição de rumos. Há um debate sobre educação expresso em alguns documentos que traduzem os anseios de mudança do período (Educação para Todos:

caminhos para mudança, I Plano de Desenvolvimento da Nova República 1986-1989 e Dia Nacional de Debate sobre Educação). Os instrumentos de política educacional, todavia, continuam os mesmos do período autoritário. Com efeito, a atenção dos educadores converge para a Assembleia Nacional Constituinte, que promulga a nova Constituição em 1988. Na Constituinte, o Prof. Dr. José Carlos de Araújo Melchior (da Feusp) trouxe grande contribuição nas discussões de financiamento à educação (MELCHIOR, 2011). Assim, a nova Constituição é a mais extensa de todas em matéria de educação, sendo detalhada em dez artigos específicos. Inicialmente, figura em quatro dispositivos (art. 22, XXIV, 23, V, 30, VI, e art. 60 e 61 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT). Porém, a disciplina específica encontra-se no título relativo à Ordem Social, nos artigos 205 a 214. Em sintonia com o momento de abertura política, o espírito do texto é o de uma “Constituição Cidadã” que propõe a incorporação de sujeitos historicamente excluídos do direito à educação. Esse diploma legal afirma a educação como o primeiro dos direitos sociais, como direito civil e político (capítulo da Educação) e ela, como dever de Estado, é afirmada por muitos modos.

Ficam estabelecidos diversos princípios, como:

- da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- da educação como direito público subjetivo;
- da gestão democrática do ensino público;
- do dever do Estado em prover creche e pré-escola às crianças de 0 a 6 anos de idade;
- da oferta de ensino noturno regular;
- do ensino fundamental obrigatório e gratuito, inclusive aos que a ele não tiveram acesso em idade própria;
- do atendimento educacional especializado aos portadores de deficiências
- da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- da valorização dos profissionais do ensino, garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União;

- da garantia de padrão de qualidade;
- da progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;
- do acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- do atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação;
- do fornecimento de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

A Constituição prevê também que:

- o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente;
- as universidades gozem de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

No tocante à responsabilidade, estabelece como atribuição dos municípios a manutenção, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, os programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental. À União cabe organizar e financiar o sistema federal de ensino e o dos Territórios e prestar assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios para o desenvolvimento de seus sistemas de ensino e o atendimento prioritário à escolaridade obrigatória. Sobre a vinculação de recursos, a União aplicaria anualmente, no mínimo 18% e os Estados, o Distrito Federal e os municípios 25% da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. Instituiu-se a prioridade na distribuição de recursos públicos por meio de atendimento das necessidades do ensino obrigatório, nos termos do plano nacional de educação.

O financiamento dos programas suplementares de alimentação e assistência à saúde seria advindo de recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários. Uma fonte adicional de financiamento para o nível de ensino fundamental público viria com a criação da contribuição social do salário educação. Esta seria recolhida, na forma da lei, pelas empresas, que dela poderão deduzir a aplicação realizada no ensino fundamental de

seus empregados e dependentes. Contudo, a Emenda Constitucional 14/96 altera esse dispositivo passando a determinar que o ensino fundamental público terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário educação, recolhida pelas empresas na forma da lei.

O texto constitucional de 1988 mantém a possibilidade de transferência de recursos públicos ao ensino privado. As instituições passíveis de recebê-los são escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, as quais devem comprovar finalidade não lucrativa e aplicação de excedentes financeiros em educação, assim como assegurar a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao poder público, no caso de encerramento de suas atividades. Tais instituições poderiam oferecer bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o poder público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade. São também possíveis beneficiárias de apoio financeiro do Poder Público atividades universitárias de pesquisa e extensão.

Fontes de financiamento da educação no atual ordenamento jurídico brasileiro

Antes de finalizar este ensaio, é importante trazer um breve comentário sobre a principal fonte de financiamento da educação no atual ordenamento jurídico. Trata-se do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb). O Fundeb foi instituído em 19 de dezembro de 2006 pela emenda constitucional nº 53. Foi implantado, de forma compulsória em janeiro de 2007 pela Medida Provisória nº 339/2006, convertida na Lei nº 11.494, em 20/06/2007, que regulamentou a sua organização e funcionamento. Trata-se de um fundo de natureza contábil abrangendo todos os Estados e o Distrito Federal. Mais adiante, teceremos alguns comentários também sobre o financiamento do ensino superior.

O Fundeb substituiu o Fundef (que atendida apenas até o ensino fundamental). Esse novo fundo, em vigência por quatorze anos (2007 a 2020), compreende todas as etapas e modalidades da educação básica:

educação infantil, ensino fundamental e médio, educação de jovens e adultos (EJA) e educação especial. Segundo Rossinholi (2008), a E.C. nº 53/2006 incorporou algumas das críticas apontadas no Fundef, outras não. Ela incluiu o parágrafo 5º no artigo 211 da Constituição Federal, deixando claro que a prioridade pública é o ensino regular, isto é, todas as etapas da Educação Básica. Rossinholi (2008) entende que esta mudança parece estar em concordância com a argumentação de que os principais problemas do Ensino Fundamental, no que se refere à abrangência, foram resolvidos com o Fundef. No parágrafo 5º, do artigo 212, o texto é alterado, substituindo-se a referência ao Ensino Fundamental pela Educação Básica no recebimento do salário educação. No mesmo artigo, a inclusão do parágrafo 6º estabelece cotas estaduais e municipais proporcionais ao número de alunos na distribuição do salário-educação. No artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, altera-se o período de duração bem como a composição do fundo. Aqueles impostos que já faziam parte do Fundef têm seu percentual aumentado de 15% para 20% em três anos, sendo no primeiro 16,66% e no segundo 18,33%, até atingir os 20% no terceiro ano, outros são incluídos com uma participação de 6,66% no primeiro ano, 13,33% no segundo, até atingir 20% no terceiro ano.

Conforme veremos a seguir, o Fundeb é composto, na quase totalidade, por recursos dos próprios Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo constituído de:

- a) Contribuição de Estados, DF e Municípios, de: 16,66 % em 2007; 18,33 % em 2008 e 20 % a partir de 2009, sobre:
 - Fundo de Participação dos Estados – FPE
 - Fundo de Participação dos Municípios – FPM
 - Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS
 - Imposto sobre Produtos Industrializados, proporcional às exportações – PIexp
 - Desoneração de Exportações (LC nº 87/96)
- b) Contribuição de Estados, DF e Municípios, de: 6,66 % em 2007; 13,33 % em 2008 e 20 % a partir de 2009, sobre:
 - Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doações – ITCMD
 - Imposto sobre Propriedade Veículos Automotores – IPVA

- Quota Parte de 50% do Imposto Territorial Rural devida aos Municípios
- ITR

c) Receitas da dívida ativa e de juros e multas, incidentes sobre as fontes acima relacionadas.

Além desses recursos, ainda compõe o Fundeb, a título de complementação, uma parcela de recursos federais, sempre que, no âmbito de cada Estado, seu valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente.

Ultrapassando o nível da educação básica, atualmente verifica-se em algumas propostas a tendência à constitucionalização de programas de financiamento do Ensino Superior Privado, sobretudo por meio de criação de bolsas de estudos. Na prática isto já vem ocorrendo com o programa “Universidade para Todos” (Prouni), criado pela Medida Provisória nº 213/2004 e institucionalizado pela Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005, que estabelece isenções fiscais para as instituições privadas de Ensino Superior. Conforme Conti (2014), a Constituição brasileira estabelece a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (art. 206, I). Tal gratuidade aplica-se às universidades públicas, significando que a maior parte dos recursos que as financiam são provenientes do orçamento do ente a que pertençam. Essas instituições, porém, não são proibidas de cobrar alguma remuneração por serviços que prestem (consultorias, por exemplo) ou cursos específicos organizados de forma paralela às suas atividades essenciais (por exemplo, pela organização de cursos profissionais de especialização para atender a uma demanda determinada). Recentemente, aliás, houve uma decisão judicial nesse sentido. Em 26/04/2017, por 9 votos a 1, o STF decidiu que as universidades públicas podem cobrar taxas e mensalidades pelo oferecimento de cursos de pós-graduação lato sensu (aqueles que, diferentes de mestrados e doutorados, têm caráter apenas de especialização e, ao final, dão direito a um certificado, e não a um diploma). Exemplo de cursos lato sensu são os MBA (*Master Business Administration*). Como as universidades públicas estão inseridas na organização descentralizada da Administração Pública (geralmente como autarquias ou fundações), são dotadas de autonomia para a gestão de seus recursos.

Por ter maior potencial financeiro e administrativo, é o governo federal quem assume a dianteira para criar e manter universidades públicas, e o

faz em praticamente todas as regiões do território nacional por meio das instituições federais de ensino superior. Algumas exceções são os Estados mais desenvolvidos da Federação (como é o caso de São Paulo), em que existem condições de manter o ensino superior com recursos regionais. São exemplos, a USP (Universidade de São Paulo), a Unicamp (Universidade Estadual de Campinas), a Unesp (Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”) e, mais recentemente, a Univesp (Universidade Virtual do Estado de São Paulo), financiadas pela Quota-parte Estado (QPE) dos recursos arrecadados pelo Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) do governo paulista. A QPE corresponde a 75% do total da arrecadação do ICMS, já que 25% desse imposto é a quota dos municípios. Atualmente, o Governo paulista destina 9,57% da QPE do ICMS para as universidades estaduais. Conti (2014) lembra que nas universidades públicas brasileiras não há cobrança de taxa de matrícula sob pretexto de financiar qualquer de suas atividades, como há em alguns países (na Espanha, por exemplo). Há apenas a taxa de inscrição no processo seletivo para ingresso no ensino superior, que pode ser organizado tanto por alguma estrutura administrativa ligada à própria universidade como por outra instituição exterior a ela. Diferentemente da Espanha, em que existem programas-contrato firmados entre autoridades das Comunidades Autônomas e as universidades, no Brasil, o ensino superior, se fundamenta na criação de vinculações de receitas.

Conclusão

A presença ou ausência da educação nas constituições brasileiras evidencia seu menor ou maior grau de importância ao longo da história. Cury (2007) salienta que, nas primeiras constituições (1824 e 1891), as referências são mínimas, ilustrando sua pequena relevância para a sociedade da época. Com o aumento da demanda por acesso à escola, a presença de artigos relacionados com o tema cresce significativamente nas constituições posteriores (1934, 1937, 1946, 1967 e 1988). Na primeira Constituição brasileira, outorgada em 1824, foi prevista a gratuidade da instrução primária a todos os cidadãos, mas, como a mesma não era obrigatória, não poderia ser exigida do Estado. Ademais, o conceito de cidadania era bem diferente do que temos hoje. Na

forma da redação apresentada, o Estado era autorizado, mas não obrigado a fornecer o ensino primário público.

Outro problema é a não vinculação de recursos para a educação em algumas das constituições, conforme quadro a seguir:

Vinculação de recursos para a educação, ordenada nas diferentes Constituições brasileiras – 1934/1988 (Rossinholi, 2008):

Entes Federados	Vinculação (em %)						
	CF 34, art 139	CF 37	CF 46, art 169	CF 67	EC nº 01/69	EC nº 24/83	CF 88, art 212
União	10 ¹¹	Revogou a vinculação	10	Revogou a vinculação	-	13	18
Estados e DF	20		20		-	25	25
Município	10		20		20	25	25

Importante observar que: (1) a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, associou a vinculação à receita tributária e não à receita de impostos, conforme fizeram as demais Cartas Constitucionais; e (2) poderia-se acrescentar ao quadro as determinações: I) da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 4.024/1961), que vinculou 12% dos impostos da União e 20% dessa mesma receita dos estados, Distrito Federal e municípios à manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 92), e; II) da Lei de Diretrizes e Bases do Ensino de 1º e 2º Graus (Lei nº 5.692/1971), que repetiu a vinculação determinada pela EC nº 1/1969 e acrescentou que os municípios aplicassem no ensino de 1º grau pelo menos 20% das transferências recebidas do Fundo de Participação (art. 59).

Não havendo vinculação, os governos podem se sentir desobrigados a destinar verbas para o financiamento da educação. O baixo comprometimento do governo federal com a Educação Básica e as desigualdades regionais existentes no Brasil são problemas antigos e que repercutem, dentre outros fatores, no desenvolvimento econômico e social efetivo do país. A vinculação é de suma importância visto que estabelece um limite mínimo de gastos com

a educação e ao insinuar, dentre seus objetivos, a intenção de propiciar aportes crescentes de recursos para a política pública de educação. Pinto (2000) assevera que, nos momentos em que não houve previsão constitucional que determinasse um percentual mínimo de investimento na educação, ocorreu maior escassez de recursos para a área. Com a supressão da vinculação, a educação corre o risco de ficar à mercê de políticas de governo cuja intenção de direcionar o orçamento para as rubricas que estejam em melhor acordo com suas concepções e projetos seja mais provável. Isso porque poderão considerar o setor da educação como menos prioritário na destinação de recursos financeiros. Comparativamente a 1934 – ano em que a Constituição passou a vincular recursos para a educação – verificamos avanços por parte do governo central no que tange ao seu financiamento. Contudo, quando comparada aos demais entes federados, a União ainda tem muito a percorrer em termos de financiamento da educação pública, tomando o cuidado de não gestar ou reforçar políticas educacionais elitistas e excludentes.

Referências bibliográficas

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. *História da Educação e da Pedagogia*. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil. Atualizada até a EC nº 55 de 20 de setembro de 2007*. Brasília, DF: Senado, 2007.

_____. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Diário Oficial da União dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 15 out., 1946.

_____. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Diário Oficial da União da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 19 nov., 1937.

CONTI, José Mauricio. *O orçamento público e o financiamento da educação no Brasil*. In: HORVATH, Estevão; CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando F. (Orgs.). *Direito Financeiro, Econômico e Tributário. Homenagem a Regis Fernandes de Oliveira*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CURY, Carlos Roberto Jamil. *Estado e políticas de financiamento em educação*.

Campinas, Educação & Sociedade, v. 28, n. 100 - Especial, out. 2007. Disponível em: <<<http://www.cedes.unicamp.br>>>.

_____. A educação nas Constituições Brasileiras. In: STEPHANOU, Maria. *Histórias e Memórias da Educação no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. *A educação na revisão constitucional de 1926*. In: FÁVERO, O. (Org.). *A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988*. Campinas: Autores Associados, 1996.

MATTOS, Luiz Alves de. *Primórdios da educação no Brasil – o período heroico (1549 a 1570)*. Rio de Janeiro: Gráfica Editora Aurora Ltda., 1958.

MAZZOTTA, Marcos José Silveira. *A educação especial no Brasil: história e políticas públicas*. 5 ed. São Paulo: Editora Cortez, 2005.

MELCHIOR, José Carlos de Araújo. *Fineduca – Revista de Financiamento da Educação*, Porto Alegre, v.1, n.1, 2011. Disponível em: <<<http://seer.ufrgs.br/fineduca>>>.

OLIVEIRA, Romualdo Portela. *Dossiê educação. Estudos Avançados*. São Paulo: Universidade de São Paulo; Instituto de Estudos Avançados, 2001.

_____. A educação na Assembleia Constituinte de 1946. In: FÁVERO, O. (Org.). *A educação nas constituintes brasileiras 1823-1988*. Campinas: Autores Associados, 1996. PINTO, José Marcelino Rezende. *Os recursos para a educação no Brasil no contexto das finanças públicas*. Brasília: Plano Editora, 2000.

_____. *A política recente de fundos para o financiamento da educação e seus efeitos no pacto federativo*. Campinas, Educação e Sociedade, v. 28, n. 100, p. 877-897, out. 2007.

ROSSINHOLI, Marisa. *Política de financiamento da educação básica no Brasil: do Fundef ao Fundeb, 2008*. 173 f. Tese (Doutorado). Universidade Metodista de Piracicaba, 2008.

SILVA, Otto Marques da. *A Epopéia Ignorada: a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje*. SP: CEDAS, 1986.

SOARES, Rúbem da Silva. *Educação bilíngue de surdos: desafios para a formação de professores*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo: 2013.

A organização legislativa brasileira na educação especial: resgate histórico da legislação e competência dos entes federativos na oferta desta modalidade educacional

Larissa Gomes Ornellas Pedott

Mestranda em Ciências Sociais e Educação

Psicóloga do Núcleo de Assessoria Técnica (NAT) do Ministério Público de São Paulo

Introdução

A existência de ordenamento jurídico brasileiro que verse sobre a oferta da Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva (BRASIL, 2008), com o objetivo de inserir na rede regular de ensino um público que compreende as pessoas com deficiência, altas habilidades/superdotação e transtornos globais do desenvolvimento, precisa ser contextualizada a partir da história da luta pela garantia do direito à Educação. É preciso situar que o desenvolvimento de um corpo legislativo está marcado por processos iniciais de exclusão e ensejado em uma organização social que vivencia há muitos anos o fenômeno da segregação, sendo recentes as discussões que sinalizaram um direcionamento legislativo contrário a isso, acompanhando um movimento mundial de promoção de direitos das pessoas com deficiência.

Conforme sinaliza Goffman (1988, p.11), “a sociedade estabelece os meios de categorizar as pessoas e o total de atributos considerados como comuns e naturais para os membros de cada uma dessas categorias”. Ou seja, é notório que a percepção social do sujeito passa a ser constituída, não a partir daquilo que o define como humano, e portanto sua dignidade intrínseca, mas de acordo com um atributo que o caracteriza como o diferente, estigmatizado.

Reduzido à condição de portador deste atributo que o diferencia, este sujeito passa a carregar um estigma, “sinais corporais com os quais se

procurava evidenciar alguma coisa de extraordinário ou mau sobre o *status* moral de quem os apresentava” (GOFFMAN, 1988, p. 11).

Segundo Palacios, (2008), é possível identificar três modelos diferentes de tratamento social destinado a pessoas com deficiência: um primeiro, nomeado como modelo da desnecessidade, pode se configurar como o momento da história do ocidente, fundado em preceitos religiosos, ligando a deficiência a uma vontade divina e ao pecado, referindo este sujeito como marcado por uma relação com o transcendente, seja o divino ou o diabólico. Assim, a garantia de direitos desta população não entra em questão, uma vez que se considerava que suas vidas são expressão apenas de castigo ou caridade. Em segundo momento histórico, organizado a partir do modelo da reabilitação, as deficiências estiveram ligadas ao pensamento científico, caracterizando-se muito mais pela descrição das limitações desses sujeitos em sua interação com o mundo do que com suas possibilidades. A deficiência passou a ser considerada como uma incapacidade do sujeito, um impedimento individual, com foco na investigação de possíveis causas. Nesse modelo, todo o direcionamento das políticas e legislação ocorreu no sentido de promover a reabilitação, de forma que pudessem vencer as dificuldades tomadas como expressão dos corpos e funcionalidades desajustados, para então tornarem-se adaptados à vida social. Até que isso ocorresse, o sujeito deveria ser segregado da vida social, protegido, até ser recuperado psíquica, biomédica e socialmente. Para o processo de reabilitação eram reservados espaços de caráter filantrópico e não ligados à oferta de um corpo de políticas públicas por parte do Estado, sendo o atendimento a esta população objeto de benevolência e caridade. Conforme aponta Palacios (2008: 154 e 155):

De manera coherente con la perspectiva asumida por el modelo rehabilitador, el Derecho consideraba a las personas con discapacidad solamente desde el área de la beneficencia, la sanidad, o de cuestiones muy concretas derivadas del derecho civil. Sin embargo, esta visión ha ido – y sigue – evolucionando en los últimos tiempos hacia una muy diferente, que involucra el cambio desde dichas leyes de servicios sociales, hacia leyes de derechos humanos. Es decir, que las principales consecuencias jurídicas de este cambio de paradigma hacia el modelo social, pueden ser relacionadas con la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos.

Recentemente, a partir de movimentos engendrados por esta população e pelas discussões em nível mundial acerca do reconhecimento da dignidade como inerente a toda e qualquer condição humana, implicando a discussão sobre as formas de garantia do exercício pleno da cidadania por parte de todos os sujeitos, a compreensão da deficiência vive um terceiro momento, denominado de modelo social. Este modelo será marcado por discussões sobre o direito à vida, à liberdade e à autonomia das pessoas com deficiência, retirando da deficiência seu caráter de dificuldade orgânica, para contextualizá-la como produção social. Entrará em debate, portanto, a garantia da dignidade humana e do direito à convivência social com equidade, em consonância com discussões ligadas à própria história da humanidade no campo dos direitos, consignado na legislação. Sobre isso, sinaliza Palacios (2008:155- 156):

O modelo social presenta muchas coincidencias con los valores que sustentan a los derechos humanos; esto es: la dignidad, entendida como una condición inescindible de la humanidad; la libertad entendida como autonomía – en el sentido de desarrollo del sujeto moral – que exige entre otras cosas que la persona sea el centro de las decisiones que le afecten; y la igualdad inherente de todo ser humano – respetuosa de la diferencia –, la cual asimismo exige la satisfacción de ciertas necesidades básicas.

Tais modelos, se podem ter suas origens localizadas em determinados tempos e processos da cultura ocidental, não podem ser afirmados como superados. Tanto a desnecessidade, que culmina na proposição da morte ou da marginalização, quanto a reabilitação são ideários que permanecem presentes e operando na sociedade atual, o que é perceptível no ideário vigente, nas contradições da legislação, nas propostas de ação junto a pessoas com deficiência.

Os marcos legais atuais emergem como expressão dessas contradições, explicitando tanto a inspiração no ideário que condiciona a participação social das pessoas com deficiência à sua normalização, quanto as tentativas de deslindar a construção histórica em que se justificou a segregação das pessoas com deficiência, buscando superá-la, acompanhando as concepções sociais sobre a temática. Sobre isso, podemos citar Lyra Filho (2004, p. 86):

Direito é processo dentro do processo histórico: não é coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir a ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que definha nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotaram novas conquistas.

O ordenamento jurídico passou por modificações, de forma a expressar uma organização social voltada para a eliminação de barreiras que dificultem ou impeçam o acesso e a interação desses sujeitos com a vida social. Transformações que têm como peça fundante as lutas de movimentos sociais de pessoas com deficiência e seus familiares. Os marcos legais, nesse âmbito, correspondem às ferramentas para assegurar e promover os direitos já afirmados, a partir do momento em que esse setor da população passa a gozar de reconhecimento por parte da sociedade e do poder público, garantido o exercício pleno da cidadania, sendo esta assim entendida:

Cidadania é a capacidade conquistada por alguns indivíduos, ou (no caso de uma democracia efetiva) por todos os indivíduos, de se apropriarem dos bens socialmente criados, de atualizarem todas as potencialidades da realização humana abertas pela vida social em cada contexto historicamente determinado (COUTINHO, 2000: 50).

A Educação é compreendida como um direito subjetivo universal. Sua oferta às pessoas com deficiência, todavia, inaugura-se imersa nesse contexto inicial de segregação, apresentando-se como uma modalidade de ensino denominada de Educação Especial, em que a oferta de espaços educacionais se dará em locais separados, igualmente ligados a filantropia, nomeados de escolas especiais. Este modelo conforme afirma Bueno (1997: 38) “desde o seu surgimento no final do século XVIII, atende a dois interesses contraditórios: o de oferecer escolaridade a crianças anormais, ao mesmo tempo em que serve de instrumento básico para a segregação do indivíduo deficiente”. Sobre isso podemos citar o que destaca Mendes (2006: 2):

Até a década de 1970, as provisões educacionais eram voltadas para crianças e jovens que sempre haviam sido impedidos de acessar a escola comum, ou para aqueles que até conseguiam ingressar, mas que passaram a ser encaminhados para classes especiais por não avançarem no processo educacional. A segregação era baseada na crença de que eles seriam mais bem atendidos em suas necessidades educacionais se ensinados em ambientes separados. Assim, a educação especial foi constituindo-se como

um sistema paralelo ao sistema educacional geral, até que, por motivos morais, lógicos, científicos, políticos, econômicos e legais, surgiram as bases para uma proposta de unificação.

No ordenamento jurídico brasileiro percebe-se que a legislação acompanha este movimento histórico. Ao apreender um resgate histórico pode-se verificar que os primeiros textos legislativos brasileiros que se ocupam de tratar da questão da oferta do direito à educação a esta população trazem poucas especificações sobre o modo pelo qual isto será realizado. Com os debates dos últimos anos, novas leis e normativas vão surgindo, dando corpo à necessidade de organização do sistema de ensino brasileiro diante de uma nova realidade. É preciso estruturar um corpo de políticas públicas educacionais que não mais excluam os sujeitos dos espaços educativos comuns, gratuitos e públicos nos diferentes níveis e modalidades educacionais.

A constituição de um corpo legislativo que considere os direitos das pessoas com deficiência é uma temática atual e com amplo espectro de discussão, tendo sido recentemente promulgada a Lei Brasileira de Inclusão – LBI, datada de 2015. Para entender o momento atual vivido, é necessário contextualizá-lo ao longo de uma história legislativa.

Dessa forma, o presente capítulo terá como finalidade promover um resgate de histórico do reconhecimento do direito da pessoa com deficiência nas principais leis brasileiras, priorizando as Constituições, que se configuram com leis máximas do país, e outras leis infraconstitucionais que se fizeram importantes na história legal referida ao direito desse segmento populacional. A partir disso, será possível traçar um panorama legal da organização das competências federativas versando sobre as responsabilidades de cada ente federativo no concernente à oferta da Educação Especial.

Objetiva-se, por fim, criar um pano de fundo que permita avançar nas discussões legislativas atuais como, por exemplo, a garantia da execução prática das normativas apresentadas pela recente LBI.

A Organização Legislativa Brasileira na Educação Especial

Pretende-se aqui traçar um panorama da forma como tem sido constituído um corpo normativo que verse sobre a educação especial no Brasil, buscando referenciar esta organização legislativa aos contextos encontrados em nível mundial e aos debates empreendidos neste campo.

Resgate histórico do reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência nas Constituições Brasileiras e algumas legislações infraconstitucionais

A Constituição é a lei fundamental de um país e estabelece os princípios básicos que regem o ordenamento jurídico de uma federação. Este documento vai pactuar a existência de princípios fundamentais, como o da igualdade, garantindo o respeito aos direitos adquiridos. Sobre isso Curry (2013: 1) reitera que “daí provém o dever do Estado e, quando este dever não se realiza, a Lei Maior faculta aos cidadãos a busca de sua exigibilidade por meio de mecanismos jurídicos”.

A análise do texto das leis máximas de um país ao longo dos anos é fundamental para o entendimento da concepção em voga em um determinado momento, afirmando a irretroatividade de direitos já adquiridos.

A Constituição de 1988 configura-se como um grande marco legal brasileiro na garantia à escolarização da pessoa com deficiência, uma vez que explicita a obrigatoriedade da oferta de educacional a esta população, em igualdade de oportunidades, em espaços públicos e comuns, garantindo que sejam ofertados suportes as suas especificidades, afirmando a necessidade da organização de todos os entes federativos na garantia deste direito.

O texto da Constituição supracitada acompanhou uma mudança de paradigma, explicitando um novo olhar sobre a garantia de direitos a essa população. Tal documento ganha ainda maior relevância quando, ao se esquadrihar a linha documental das Constituições brasileiras anteriores a 1988, percebe-se que estas pouco se ocuparam da temática ao longo do tempo, não aparecendo como uma preocupação impendente do ordenamento jurídico anterior aos últimos trinta anos. Para permitir maior intelecção, segue breve retomada dos textos constitucionais, tendo como ponto de partida a Constituição Federal de 1934, em que se observa pela primeira vez uma citação ao tema.

Constituição Federal de 16 de julho de 1934

Nesse documento esteve presente a primeira referência à proteção das pessoas com deficiência, ainda que sem caráter específico. Segundo Araújo (2008: 911), “Era regra geral, programática, sem preocupação especial com

um tema determinado”. Destaca-se o que texto constitucional mencionado:

Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte:

Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;

Constituição Federal de 18 de setembro de 1946

A lei máxima de 1946 traz apenas uma breve menção à proteção ao trabalhador que possa torna-se inválido, de acordo com norma que se encontrava plasmada no artigo 157, inciso XVI:

Art 157 - A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores:

XVI - previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte;

Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Ldben, Lei nº 4.024/61

Em 1961, com a Lei de Diretrizes e Bases da Educacional Nacional, o atendimento educacional às pessoas com deficiência passa a ser regulamentado por disposições legais que versam sobre o direito dos denominados excepcionais à Educação, apontando que a escolarização deve acontecer, preferencialmente, dentro do sistema geral de ensino, mas não explicitando nenhuma normativa para que isso possa ser garantido. Como não se ocupa de delimitar nenhuma normativa efetiva para tal oferta, na prática, a escolarização desse setor da população passa a estar vinculado a instituições e organizações sociais que se valem de doações e convênios para oferta educação em espaços exclusivos para esta população, nas denominas

escolas especiais. Ou seja, a escolarização das pessoas com deficiência é realizada por instituições filantrópicas exclusivas, não se constituindo como política de Estado ou de governo.

Constituição Federal de 24 e de janeiro de 1967

Apenas repete o que versa a constituição de 1946, não acrescentando nenhuma nova norma legislativa consoante à temática.

Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969

Esta emenda constitucional tem por propriedade uma preocupação direcionada à oferta do ensino. Em seu artigo 175, o parágrafo 4º versa sobre a educação dos denominados excepcionais. Ao não fazer nenhuma menção à forma como esta educação seria ofertada, não causa impactos que gerem alterações na oferta via escolas especiais filantrópicas à época.

Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.

§ 4º Lei especial disporá sobre a assistência à maternidade, à infância e à adolescência e sobre a educação de excepcionais.

A Lei nº 5.692/71

Em 1971, a promulgação da Lei nº 5.692/71 altera a Ldben de 1961, define em seu âmbito que deve ser ofertado “tratamento especial” para os estudantes com “deficiências físicas, mentais, os que se encontram em atraso considerável quanto à idade regular de matrícula e os superdotados”. Ao referir-se a tratamento especial e não tratar da organização de um sistema de ensino que se ocupe de incluir suportes aos estudantes que são público-alvo da Educação Especial, tem como principal repercussão o reforço da lógica de encaminhamento dos estudantes para classes especiais em escolas regulares e escolas especiais segregadas.

Emenda Constitucional nº 12 de 17 de outubro de 1978

Araújo (2008: 912) aponta esta emenda como uma importante referência na questão da garantia do direito da pessoa com deficiência uma vez “[...]”

que tivemos o ingresso do tema tratado de forma sistemática”. Segundo Araújo (2008, p. 912): “O artigo único da Emenda trouxe inovação de tratar a pessoa portadora de deficiência como uma questão constitucional, questão que deveria ser enfocada em sua peculiaridade e como se fosse um sistema próprio de proteção constitucional”.

Esta emenda inaugura a abertura de um campo do direito que antecede o texto da Constituição de 1988, sendo que se propõe a assegurar aos chamados deficientes melhorias de suas condições sociais e econômicas. O texto da lei aponta:

AS MESAS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS E DO SENADO FEDERAL, nos termos do artigo 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Artigo único - É assegurado aos deficientes a melhoria de sua condição social e econômica especialmente mediante:

I - educação especial e gratuita;

II - assistência, reabilitação e reinserção na vida econômica e social do país;

III - proibição de discriminação, inclusive quanto à admissão ao trabalho ou ao serviço público e a salários;

IV - possibilidade de acesso a edifícios e logradouros públicos.

Constituição Federal de 1988

Como supracitado este é o documento federativo que aporta as maiores marcas legislativas ligadas à garantia de uma oferta educacional destinada à pessoa com deficiência na perspectiva inclusiva. Dessa forma, fica assegurado na forma da lei que esta população o acesso à educação pública e gratuita, nos mesmos espaços de escolarização destinados ao restante da população. Cabe destacar quatro artigos constitucionais mais diretamente relacionados à oferta do direito à educação. Inicialmente, os artigos 205 e 206 do Capítulo III, que se ocupa da Educação, da Cultura e do Esporte, referem-se ao princípio da Educação para todos, pautada na igualdade de acesso e de permanência nas escolas.

Art. 205. A educação, direito de todos, 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.

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

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

O Artigo 208, por sua vez, estabelece a oferta de um atendimento educacional especializado aos chamados portadores de deficiência, configurando-se como suporte para que estes possam estar inseridos na rede regular de ensino em igualdade de oportunidades com os demais alunos. Assim, parte da premissa de que o atendimento educacional especializado constitui-se na forma de apoios educacionais para superação dos entraves e barreiras historicamente constituídos.

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

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

Destaque ao Artigo 213 também se faz necessário, pois, apesar de todo o avanço legal no direcionamento de uma política educacional inclusiva, este artigo trata da possibilidade de que o atendimento público aconteça por via de instituições privadas e filantrópicas. Como já sinalizado, historicamente estes espaços estiveram diretamente vinculados à oferta educacional em espaços segregados, cobrindo a lacuna da oferta pública e em rede regular de ensino por parte do Estado desde uma perspectiva marcada pelo ideário da caridade (GARCIA; MICHELS, 2011). Esse aspecto constitucional terá grande importância na continuidade de tensões existentes no campo da oferta educacional, posto que se garante espaço às instituições filantrópicas via oferta de atendimento educacional especializado, podendo este acontecer em contraturno escolar ou em caráter substitutivo ao atendimento em rede regular de ensino, valendo-se, para isso, do termo preferencialmente, vinculado ao Artigo 208 da Constituição vigente.

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I – comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação.

Diante do posicionamento da Lei máxima brasileira, fica então, sob encargo de leis infraconstitucionais que sucedem este documento, a regulamentação da oferta em instituições filantrópicas

Organização legislativa brasileira para oferta da Educação Especial na passagem do século XX para o XXI

As lutas de movimentos sociais em prol da defesa de uma sociedade inclusiva, em âmbito mundial, tomaram volume, sobretudo, em meados do século XX, pautando a necessidade da garantia do exercício da cidadania das pessoas com deficiência. Sobre isso, aponta Mendes (2016: 2):

Os movimentos sociais pelos direitos humanos, intensificados basicamente na década de 1960, conscientizaram e sensibilizaram a sociedade sobre os prejuízos da segregação e da marginalização de indivíduos de grupos com *status* minoritários, tornando a segregação sistemática de qualquer grupo ou criança uma prática intolerável. Tal contexto alicerçou uma espécie de base moral para a proposta de integração escolar, sob o argumento irrefutável de que todas as crianças com deficiências teriam o direito inalienável de participar de todos os programas e atividades cotidianas que eram acessíveis para as demais crianças.

As discussões em nível mundial culminam, em 1994, na realização da Conferência mundial sobre necessidades educativas especiais, intitulada Acesso e Qualidade, realizada pela Organização para a Educação, a Ciência e a Cultura das Nações Unidas – UNESCO. Tal encontro caracterizou-se como importante referência histórica no que tange ao avanço da consolidação da necessidade de oferta, por parte dos entes públicos estatais, de políticas públicas na perspectiva inclusiva. A necessidade premente de que o debate fosse consolidado por pactos, permitindo a criação de ferramentas de controle, impulsiona a publicação da Declaração de Salamanca sobre princípios, políticas e práticas na área das necessidades educativas especiais¹, documento oriundo da Conferência supracitada. Sobre seu texto convém apontar o direcionamento inicial:

1. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>. Acesso em 15 de junho de 2017.

Nós, os delegados da Conferência Mundial de Educação Especial, representando 88 governos e 25 organizações internacionais em Assembleia aqui em Salamanca, Espanha, entre 7 e 10 de junho de 1994, reafirmamos o nosso compromisso para com a Educação para Todos, reconhecendo a necessidade e urgência do providenciamento de educação para as crianças, jovens e adultos com necessidades educacionais especiais dentro do sistema regular de ensino e re-endossamos a Estrutura de Ação em Educação Especial, em que, pelo espírito de cujas provisões e recomendações governo e organizações sejam guiados. (1994: 1)

Contudo, em um direcionamento aparentemente contrário ao crescimento da corrente mundial pela afirmação da necessidade de garantia do direito de acesso a todos os espaços sociais por parte das pessoas com deficiência, em 1994, é publicada no Brasil a Política Nacional de Educação Especial. Esta contradição se expressa pelo fato do documento estar alicerçado em concepções de caráter integracionistas, apontando para um modelo educacional de “integração instrucional”. Ou seja, afirma que o acesso às classes comuns do ensino regular deve se destinar apenas àqueles que “(...) possuem condições de acompanhar e desenvolver as atividades curriculares programadas do ensino comum, no mesmo ritmo que os estudantes ditos normais” (BRASIL, 1994: 19).

Após este documento, ao analisarmos o corpo normativo brasileiro, as diretrizes educacionais brasileiras trazem ambiguidades sobre o atendimento educacional especializado. O texto da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Ldben, de 1996 e a Resolução da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação CNE/CEB nº 2, de 2001, que institui as Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica, apontam que a oferta educacional à pessoa com deficiência deve acontecer na rede regular de ensino, mas abrem precedentes para que seja ofertado atendimento educacional especializado em caráter substitutivo. Esse é o texto da Resolução CNE/CEB nº 2:

Art. 3º. Por educação especial, modalidade da educação escolar, entende-se um processo educacional definido por uma proposta pedagógica que assegure recursos e serviços educacionais especiais, organizados institucionalmente para apoiar, complementar, suplementar e, em alguns casos, substituir os serviços educacionais comuns, de modo a garantir a

educação escolar e promover o desenvolvimento das potencialidades dos educados que apresentam necessidades educacionais especiais, em todas as etapas e modalidades da educação básica.

Em 2003, o Ministério da Educação lança o Programa Educação Inclusiva: direto à diversidade, com o objetivo de promover a formação continuada de gestores e educadores das redes estaduais e municipais de ensino para uma formação voltada à oferta da Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva. Elenca-se, como fim a ser atingido por este programa, a organização de redes públicas de ensino que pudessem atender com qualidade e incluíssem nas classes comuns do ensino regular os alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.

Em 2006 é outorgada, pela Organização das Nações Unidas, a Convenção internacional dos direitos das pessoas com deficiência, que sistematiza os estudos e movimentos que decorrem da última década do século XX, afirmando a necessidade de desenhos de políticas públicas fundamentadas nos princípios dos direitos humanos.

Este importante documento é considerado o grande símbolo do reconhecimento internacional da importância da temática, envolvendo uma discussão em caráter mundial, tendo seu Protocolo Facultativo assinado em Nova York em 30 de março de 2007. O Brasil decide pela adesão à Convenção, promulgando o Decreto nº 6.949 em de 25 de agosto de 2009, o qual foi aprovado pelo Congresso Nacional em conformidade com o § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Já em seu primeiro artigo define a população a que se destina, explicitando a concepção que o engendra, notadamente influenciada pelo modelo social de deficiência:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Destaca-se como um dos aspectos mais importantes a compreensão da deficiência como resultado da interação do sujeito com o mundo, e não mais como mera expressão de um corpo tomado como naturalmente disfuncional. Afirma que a existência de dificuldades por partes dos sujeitos está diretamente relacionada à presença de barreiras que impedem sua plena

e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas:

Princípios Gerais

Os princípios da presente Convenção são:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não-discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Cabe citar o caráter e finalidade deste documento no campo do ordenamento jurídico:

Observamos que o legislador internacional preocupou-se mais com a garantia de que, pessoas com deficiência possam gozar dos direitos humanos e de sua liberdade fundamental, do que propriamente em instituir novos direitos. A técnica empregada foi adotar como parâmetro as condições de igualdade, tanto que ao desdobrar o artigo, reforça a ideia de que barreiras sociais podem impedir a participação do segmento em condições de igualdade. Portanto, podemos concluir que a conduta adotada pelo legislador internacional, para que as pessoas com deficiência usufruam dos seus direitos e liberdades, é justamente a maior condição de igualdade (RESENDE; VITAL, 2008: 27).

Diante do novo cenário de discussão sobre os direitos das pessoas com deficiência sob a rubrica dos direitos humanos, fazem-se necessárias novas diretrizes e resoluções com a finalidade de operacionalizar o atendimento educacional a esta população na rede regular de ensino, discriminando quais seriam as condições necessárias para a superação das barreiras impostas a seus processos de escolarização. Em 2009, o Conselho Nacional de Educação

pública a Resolução CNE/CEB nº 4, instituindo Diretrizes operacionais para o atendimento educacional especializado na Educação Básica que, no Art. 1º, que a matrícula dos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação, público alvo da educação especial, deve acontecer nas classes comuns do ensino regular e no Atendimento Educacional Especializado – AEE, ou seja, traz a previsibilidade e obrigatoriedade de dupla matrícula, dadas as atividades de caráter complementar (e não substitutivo).

Em 2011, o Decreto nº 7.611 dispõe sobre a Educação Especial e o Atendimento Educacional Especializado, reforçando o dever do Estado como agente de promoção de um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades. Além disso, o documento vai trazer aspectos mais específicos sobre a função da educação especial sistematizada no atendimento educacional especializado. Aponta o Art. 2º deste decreto:

Art. 2º A educação especial deve garantir os serviços de apoio especializado voltados a eliminar as barreiras que possam obstruir o processo de escolarização de estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.

§ 1º Para fins deste Decreto, os serviços de que trata o caput serão denominados atendimento educacional especializado, compreendido como o conjunto de atividades, recursos de acessibilidade e pedagógicos organizados institucional e continuamente, prestado das seguintes formas:

I - complementar à formação dos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento, como apoio permanente e limitado no tempo e na frequência dos estudantes às salas de recursos multifuncionais; ou

II - suplementar à formação de estudantes com altas habilidades ou superdotação.

§ 2º O atendimento educacional especializado deve integrar a proposta pedagógica da escola, envolver a participação da família para garantir pleno acesso e participação dos estudantes, atender às necessidades específicas das pessoas público-alvo da educação especial, e ser realizado em articulação com as demais políticas públicas.

Para a viabilização do que vinha sendo afirmado nos textos legislativos, o Estado necessita ocupar-se de regulamentar uma política de financiamento,

que terá como fundamento a garantia de uma dupla matrícula aos estudantes público-alvo da Educação Especial, sendo este aspecto definido no Decreto nº 6.253, de novembro de 2007. O documento dispõe sobre o Fundo de manutenção e desenvolvimento da Educação Básica e de valorização dos profissionais da Educação – Fundeb, encontrando no Art. 9º a seguinte redação: “Para efeito da distribuição dos recursos do Fundeb, será admitida a dupla matrícula dos estudantes da educação regular da rede pública que recebem atendimento educacional especializado” (BRASIL, 2011).

Tendo as normativas em tela como base, o Sistema federal de ensino vai ocupar-se de disponibilizar Notas Técnicas e Resoluções que balizem a oferta de espaços, profissionais e materiais de acordo com as necessidades mapeadas. O cenário é de um aumento sucessivo no número de atendimento desse público na rede, com uma crescente incidência demandas da população direcionada ao poder judiciário para que possa intervir em caso de não acesso ou não garantia de serviços por parte das redes que compõem os Sistemas Estaduais e Municipais de Ensino.

Apesar de todo o avanço legislativo, muitas contradições na oferta do atendimento educacional especializado eram vividas no cotidiano dos processos escolares. As questões envolviam a ampliação de acesso da população aos espaços escolares, sem a garantia mínima de suportes necessários, como estrutura física dos prédios, trabalhadores de apoio para manutenção dos cuidados com higiene, mobilidade e alimentação, recursos pedagógicos e formação profissional. Outro ponto de tensionamento no que tange à aplicação estrita do novo panorama legislativo relacionava-se à organização do sistema privado de ensino que, em muitos casos, não permitia o ingresso dos estudantes público-alvo da Educação Especial ou, quando o faziam, não garantiam suportes mínimos necessários, que só eram oferecidos diante da contratação de serviços custeados pelos responsáveis pelos educandos.

As mazelas da educação especial brasileira, entretanto, não se limitam à falta de acesso. Os poucos alunos que têm tido acesso não estão necessariamente recebendo uma educação apropriada, seja por falta de profissionais qualificados ou mesmo pela falta generalizada de recursos. Além da predominância de serviços que envolvem, desnecessariamente, a segregação escolar, há evidências que indicam um descaso do poder público, uma tendência de privatização (considerando que a maioria das matrículas

está concentrada na rede privada, mais especificamente em instituições filantrópicas) e uma lenta evolução no crescimento da oferta de matrículas, em comparação com a demanda existente (MENDES, 2006, p. 9).

Em 6 de julho de 2015 é então instituída a Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência – LBI, que, inspirada na Convenção internacional dos direitos das pessoas com deficiência, representa um importante avanço na promoção de direitos, visando à garantia dos direitos fundamentais a esse segmento populacional:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

A LBI dedica um capítulo específico à oferta educacional, ratificando, por exemplo, a ilegalidade de cobrança de taxas extras por parte das instituições de ensino privadas e públicas para matrícula de alunos com deficiência ou para o fornecimento de suportes necessários. Não obstante, reitera a presença de profissionais e dispositivos de apoio escolar mediante o reconhecimento de sua necessidade. Destaca ainda a indispensabilidade de que os currículos de educação superior de licenciados versem sobre esta temática, assegurando formação adequada aos princípios da legislação.

Competências dos entes federativos na garantia do direito às pessoas com deficiência na Constituição de 1988

Em conformidade com o texto da Constituição de 1988, que aponta que a Educação é um direito de todos, a estruturação de uma política de Educação Especial por parte dos entes federativos precisa estar assegurada em nos sistemas de ensino em nível federal, estadual e municipal, em todo o percurso escolar dos alunos, desde sua entrada na educação infantil.

A opção brasileira foi por uma estrutura descentralizada de competências, envolvendo todos os entes federativos, conforme aponta Almeida (1991: 79) existindo “competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se espaço também para a participação das ordens parciais na esfera de competências próprias da ordem central, mediante delegação”.

Dessa forma, entre as obrigações estabelecidas caberá à União o aporte financeiro às instituições de ensino público federais em sua modalidade prioritária de atendimento, ensino superior, com a finalidade de que sejam acessíveis, assim como a redistribuição de recursos para garantir oportunidades educacionais com um padrão mínimo de qualidade para todos os níveis de ensino para público alvo da Educação Especial.

Os Estados e Distrito Federal devem garantir a oferta de todos os suportes que configurem o atendimento educacional especializado em seus níveis de atuação, que se configuram prioritariamente pelo ensino fundamental e no médio. Os municípios, por sua parte, devem agir prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. Aponta-se que é dever do Estado a oferta de uma política de Educação Especial desde a faixa etária ingressante no sistema educacional (zero a seis anos), afirmando a competência do município na garantia desta modalidade.

Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Ldben e seus desdobramentos para a Educação Especial

Foi anunciada pela Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394), de 20 de dezembro de 1996, a oferta de uma modalidade educacional, a Educação Especial, que deveria ocorrer por meio de um atendimento educacional com o objetivo a cobertura das especificidades das necessidades destes sujeitos, cabendo destacar os seguintes aspectos:

Art. 58º. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educados portadores de necessidades especiais.

§ 1º. Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.

§ 2º. O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.

§ 3º. A oferta de educação especial, dever constitucional do Estado, tem início na faixa etária de zero a seis anos, durante a educação infantil.

Segundo a lei, a organização dos entes federativos brasileiros para a efetivação da garantia ao direito à Educação no sistema público de ensino ocorre por meio de sistemas de ensino próprios, passando a serem estes

os responsáveis pela oferta, em consonância com a Ldben, de currículos pedagógicos, metodologia adequada, aporte de recursos, acessibilidade física e pedagógica, conjunto adequado de profissionais , entre outros apoios, conforme apontado no Artigo 59º:

Art. 59º. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com necessidades especiais:

I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades;

II - terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados;

III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;

IV - educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora;

V - acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular.

Cabe destacar que a Ldben reforça que a oferta da Educação Especial deve ocorrer, preferencialmente na rede regular de ensino, ou seja, esta não é a única possibilidade de oferta da Educação Especial, caracterizando-a como prioritária e não como exclusiva. A Ldben normatiza o atendimento por parte de instituições sem fins lucrativos em caráter substitutivo à rede pública de ensino, regulamentando a já existente prática de conveniamento de instituições privadas e filantrópicas no atendimento a esta modalidade de ensino por parte do poder público.

Art. 60º. Os órgãos normativos dos sistemas de ensino estabelecerão critérios de caracterização das instituições privadas sem fins lucrativos, especializadas e com atuação exclusiva em educação especial, para fins de apoio técnico e financeiro pelo Poder Público.

Parágrafo único. O Poder Público adotará, como alternativa preferencial, a ampliação do atendimento aos educandos com necessidades especiais na própria rede pública regular de ensino, independentemente do apoio às instituições previstas neste artigo.

Dessa forma, a Ldben mantém em questão um dos grandes debates neste campo, uma vez que o atendimento prestado por algumas escolas exclusivas é anterior à existência da garantia do direito destas populações a uma educação inclusiva e ao acesso à vida comunitária e social em seus territórios.

Há que se considerar que estas instituições cumpriram importante função na oferta de espaços educacionais quando da completa inexistência de uma política de Estado. Da mesma forma, há que se considerar também que permanecem organizadas, muitas vezes, de acordo com um modelo de separação da convivência como condição de cuidado e proteção, prestado atendimento segregado da população. Assim, para adequarem-se à Ldben, necessitam passar por mudanças na forma de realizar o atendimento educacional, deixando de se caracterizar como escolas exclusivas e ganhando novos sentidos: o de atendimento educacional especializado, a ser realizado no contraturno da classe comum da escola regular em que o estudante deve estar matriculado.

Na Ldben 9394/96 a Educação Especial está definida como modalidade de ensino destinada aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino. É indubitável o avanço da discussão sobre integração, porém, é importante destacar que o termo “preferencialmente” abre a possibilidade de que o ensino não ocorra na rede regular, mas que permaneça nas instituições especializadas. Além disso, a lei indica no Artigo 58, parágrafo 1º, que haverá, quando necessário, serviços especializados na escola regular, mas não há referência sobre quem define sua necessidade. No 2º parágrafo do mesmo artigo está prescrito que as modalidades de atendimento fora da classe comum da rede regular serão aceitas quando, pelas condições específicas do aluno, a integração não for possível. Desta forma, criam-se instrumentos legais para manter alunos considerados com condições graves de deficiência em instituições especializadas. (GARCIA; MICHELS: 3).

Apesar de a Ldben datar de 1996, este ainda é um debate muito atual. Apenas a título de exemplificação, na Deliberação CEE 149/2016 de 8 de dezembro de 2016 do Conselho Estadual de Educação de São Paulo, foi

apontado que são atendidos aproximadamente oitenta mil estudantes na modalidade de Educação Especial na rede estadual de ensino paulista. Desses, vinte e dois mil estão matriculados em uma das 286 instituições especializadas conveniadas à Secretaria Estadual de Educação.

Organização dos sistemas de ensino para provimento do direito à Educação das pessoas com deficiência

Sistema Federal de Educação

O Sistema Federal de Educação brasileiro tem como seu órgão coordenador o Ministério da Educação, sendo esta pasta regulamentada pelo Decreto nº 9.005, de 14 de março de 2017, que substituiu o Decreto nº 7.690, de 2 de março de 2011. Este órgão é responsável pela Política Nacional Educacional Brasileira, em todos os níveis de escolarização, e tem como entre seus órgãos específicos singulares a Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão (Secadi), responsável pela regulamentação, programas e projetos envolvendo a modalidade de educação especial.

A Secadi é responsável diretamente pela implementação de políticas públicas integradas aos programas e ações da Educação Superior, Profissional e Tecnológica e Básica nos seguintes campos de atuação: Educação Especial, Educação para as Relações Étnico-Raciais, Educação do Campo, Educação Escolar Indígena, Educação Quilombola, Educação em Direitos Humanos, Gênero e Diversidade Sexual, Combate à Violência, Educação Ambiental, Educação de Jovens e Adultos.

A estrutura da Secretaria conta com a Diretoria de Políticas de Educação Especial – Dpee, tendo como função desenvolver ações, projetos e programas destinados à formação dos profissionais das redes de ensino, produção e distribuição de materiais didáticos e pedagógicos acessíveis e formativos neste campo, disponibilização de recursos tecnológicos e melhoria das estruturas das escolas para atendimento a este público. Segundo informações constantes no sítio web da Secretaria, atua mediante a oferta dos seguintes programas: Programa Escola Acessível; Transporte Escolar Acessível; Salas de Recursos Multifuncionais; Formação Continuada de Professores na Educação Especial; BPC na Escola; Acessibilidade à Educação Superior; Educação Inclusiva: direito à diversidade; Livro Acessível; Prolibras; Centro de Formação e

Recursos (CAP, CAS e Naahs); Prêmio Experiências Educacionais Inclusivas; Comissão Brasileira do Braille e Principais Indicadores da Educação de Pessoas com Deficiência.

Quanto a seu corpo legislativo, cabe apontar que a Secadi tem produzido Notas Técnicas, que são elaboradas por técnicos especializados, com a finalidade de empreender uma análise completa do contexto, envolvendo o histórico e fundamento legal, com a finalidade de fundamentar a oferta da política de Educação Especial pelos sistemas de ensino dos entes federativos.

A Secadi no período de 2010 a 2015 emitiu uma série de Notas Técnicas que abordam a questão da normatização da Educação Especial. Segue abaixo quadro com a compilação das principais notas técnicas emitidas pelo Ministério da Educação nesta temática de 2010 a 2015:

Notas técnicas	Data	Objetivo	Principal Contribuição
NOTA TÉCNICA Nº 19 / 2010 / MEC / SEESP / GAB	8 de setembro de 2010	Profissionais de apoio para alunos com deficiência e transtornos globais do desenvolvimento matriculados nas escolas comuns da rede pública de ensino	Aponta que os sistemas de ensino devem ter profissionais de apoio para a promoção da acessibilidade e para atendimento a necessidades específicas dos estudantes (comunicação, cuidados pessoais de alimentação, higiene e locomoção).
NOTA TÉCNICA Nº 15 / 2010 / MEC / CGPEE / GAB	2 de julho de 2010	Orientações sobre Atendimento Educacional Especializado no Rede Privada	Afirma que assim como os demais custos da manutenção e desenvolvimento do ensino, o financiamento de serviços e recursos da educação especial, contemplando professores e recursos didáticos e pedagógicos para atendimento educacional especializado, bem como tradutores/ intérpretes de Libras, guia-intérprete e outros profissionais de apoio às atividades de higiene, alimentação e locomoção, devem contar na planilha de custos da instituição de ensino. Nem um custo com a oferta do AEE (incluindo profissionais de apoio) pode ser repassado às famílias.

Notas técnicas	Data	Objetivo	Principal Contribuição
NOTA TÉCNICA Nº 11 / 2010 / MEC / SEESP / GAB	7 de maio de 2010	Orientações para a Institucionalização na Escola, da Oferta do Atendimento Educacional Especializado – AEE em Salas de Recursos Multifuncionais	Aponta como a escola deve implementar a Sala de Recursos Multifuncionais. Versa sobre as atribuições do professor do AEE. Traz informações importantes acerca da construção do PPP da escola.
NOTA TÉCNICA Nº 09 / 2010 / MEC / SEESP / GAB	9 de abril de 2010	Orientações para a Organização de Centros de Atendimento Educacional Especializado	O atendimento educacional especializado é realizado prioritariamente nas salas de recursos multifuncionais da própria escola ou em outra escola de ensino regular, no turno inverso da escolarização, podendo ser realizado também em centros de atendimento educacional especializado públicos e em instituições de caráter comunitário, confessional ou filantrópico sem fins lucrativos conveniadas com a Secretaria de Educação. Esta nota técnica vai apontar os termos para o conveniamento dessas instituições e como deve se dar a oferta do AEE nesses espaços.
NOTA TÉCNICA Nº 06 / 2011 / MEC / SEESP / GAB	11 de março de 2011	Avaliação de estudante com deficiência intelectual	O processo de avaliação deve ser, assim, diversificado, objetivando o aprendizado e não a classificação, retenção ou promoção dos estudantes.
NOTA TÉCNICA Nº 51 / 2012 / MEC / SECADI / DPEE	18 de julho de 2012	Implementação da Educação Bilíngue	Versa sobre os programas e ações, em parceria com os sistemas de ensino, o Ministério da Educação para formação dos profissionais e ensino de Libras.
NOTA TÉCNICA Nº 101 / 2013 / MEC / SECADI / DPEE	12 de agosto de 2013	Política de Educação Especial na Perspectiva Inclusiva	Traz apontamentos sobre: Fundamentos legais, políticos e pedagógicos da Educação Especial na Perspectiva Inclusiva. Financiamento da Política Pública da Educação Especial. Plano nacional da Pessoa com Deficiência – Viver Sem Limite.

Notas técnicas	Data	Objetivo	Principal Contribuição
NOTA TÉCNICA Nº 055 / 2013 / MEC / SECADI / DPEE	10 de maio de 2013	Orientação à atuação dos Centros de AEE, na perspectiva da educação inclusiva	Transportamentos sobre: Convênios entre a Secretaria de Educação e Centros de AEE. Organização dos Centros de AEE. Atribuição do Professor do AEE. Projeto Político Pedagógico – PPP dos Centros de AEE.
NOTA TÉCNICA Nº 46 / 2013 / MEC / SECADI / DPEE	22 de abril de 2013	Altas Habilidades/ Superdotação	Aponta a existência dos Núcleos de Atividades para Alunos com Altas Habilidades/Superdotação – NAAH/S, em todos os estados e no Distrito Federal (27 na época).
NOTA TÉCNICA Nº 04 / 2014 / MEC / SECADI / DPEE	23 de janeiro de 2014	Orientação quanto a documentos comprobatórios do cadastro de alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação no Censo Escolar	Ressalta a não necessidade de Laudo Médico para oferta de atendimento educacional especializado.
NOTA TÉCNICA Nº 20 / 2015 / MEC / SECADI / DPEE	18 de março de 2015	Orientações aos sistemas de ensino visando ao cumprimento do artigo 7º da Lei nº 12764/2012 regulamentada pelo Decreto nº 8368/2014	Orientar os sistemas públicos e privados de ensino sobre a atuação de gestores escolares e de autoridades competentes, em razão da negativa de matrícula a estudantes com deficiência.

Fonte: Secadi

Estados e Municípios

A partir do que preconizam a Constituição, Ldben, leis, Notas e Pareceres Técnicos do Sistema federal de Educação Brasileiro, os estados e municípios devem organizar sistemas de ensino próprios, com a finalidade de prestar um atendimento educacional especializado em suas redes de ensino.

Do ponto de vista político, a Constituição não só consagrou o regime democrático, republicano e federativo como também fez uma escolha por um sistema normativo e político, plural e descentralizado, em que novos mecanismos de participação social ampliaram o número de sujeitos políticos capazes de tomar decisões.

Este modelo institucional cooperativo exige entendimento mútuo entre os entes federativos e a participação supõe a abertura de novas arenas públicas de deliberação e mesmo de decisão (CURY, 2013: 9).

Assim, o Brasil conta com uma realidade de 26 sistemas de ensino estaduais, além do sistema de ensino do Distrito Federal. Em âmbito municipal fala-se em uma organização capilarizada, com 5.570 realidades distintas (nem todos os municípios brasileiros contam com um sistema municipal de ensino próprio, podendo estes optar por aderir ao sistema de ensino do estado onde estão inseridos).

Torna-se inviável transcorrer sobre a organização de cada um destes sistemas para atendimento à modalidade de Educação Especial no presente texto. A título de ilustração, será apresentada a organização dos sistemas de educação do Estado e do Município de São Paulo que, devido à grande extensão de suas redes, permitem uma aproximação com a aplicação prática da capilaridade normativa da União.

Tanto o estado de São Paulo quanto o município de São Paulo passaram por revisão recente em suas normativas relacionadas à Política de Educação Especial. Estes dois entes federativos promulgaram novas leis no ano de 2016, ambas com enfoque na estruturação de suas redes educacionais para oferta do atendimento educacional especializado, sinalizando a contemporaneidade deste debate.

Sistema estadual de Educação do Estado de São Paulo

Os Sistemas estaduais de Educação têm como competência a oferta da modalidade da Educação Especial em suas unidades escolares e cabe-lhes o atendimento prioritário no ensino fundamental e médio. Devem, portanto, estar estruturados administrativa e pedagogicamente para o cumprimento da política de forma adequada e em consonância com a legislação da União e com o Plano estadual de Educação.

A Constituição estadual paulista, no Capítulo III, artigo 239º, afirma que seu órgão executivo, a Secretaria Estadual de Educação ofertar o atendimento especializado às pessoas com deficiência, preferencialmente na rede pública, sendo sua atribuição a promoção da adequação das escolas com relação à acessibilidade.

Para melhor entendimento da estruturação do sistema de ensino serão apresentadas as leis vigentes, a organização estrutural dos Sistemas e os serviços ofertados por estes na modalidade de ensino em questão.

Legislação

Em 8 de dezembro de 2016 foi publicada a Deliberação CEE 149/2016, que estabelece normas para a Educação Especial no sistema estadual de ensino. Esta Deliberação vai substituir a Deliberação anterior, CEE 68/2007. Em seu texto, estabelece as obrigações do sistema estadual de ensino, quais serão os recursos ofertados, a função de cada órgão da Secretaria Estadual de Educação responsável pelo atendimento educacional especializado, delimitando os profissionais e materiais disponíveis para tal, desde os níveis de gestão, até o atendimento direto aos alunos nas unidades escolares. Em seu Artigo 1º, esta deliberação discrimina que:

A educação especial é modalidade que integra a educação regular em todos os níveis, etapas e modalidades de ensino e deverá assegurar recursos e serviços educacionais, organizados institucionalmente para apoiar, complementar e suplementar o ensino regular, com o objetivo de garantir a educação escolar e promover o desenvolvimento das potencialidades dos educandos com deficiência física, intelectual, sensorial ou múltipla, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação.

Organização Estrutural

Segundo informações constantes no sítio web, a Secretaria de Estado de Educação de São Paulo conta em sua estrutura organizacional com a Coordenadoria para Gestão da Educação Básica – Cgeb e, no interior deste órgão, encontra-se uma pasta denominada Serviço de Educação Especial. As ações de estruturação dos suportes necessários, formação profissional e distribuição de materiais necessários dentro do Serviço de Educação da

SEE são de responsabilidade do Núcleo de Apoio Pedagógico Especializado – Cape. O Cape é um órgão que centraliza a distribuição de recursos e materiais, promovendo a formação dos profissionais das Diretorias de Ensino e a disponibilização dos recursos para as unidades escolares que compõem a rede. Hoje, este órgão conta com uma unidade central que atende a todo o Estado e quinze unidades regionais distribuídas no território de São Paulo.

O Estado de São Paulo conta com 91 Diretorias de Ensino, que atendem regiões distintas em todo o Estado. Estas Diretorias de Ensino possuem profissionais que serão responsáveis pelo suporte às unidades escolares de sua rede na oferta do atendimento educacional especializado dentro destas. Estes profissionais são os supervisores de Educação Especial e professores coordenadores do Núcleo Pedagógico (Pcnp), devendo realizar o mapeamento das necessidades das unidades escolares da rede pública, de forma a avaliar quais são os suportes que podem melhor atender a cada realidade local, além de terem como função a formação dos profissionais que compõem a sua rede. Os supervisores de ensino também são responsáveis pela fiscalização da oferta da Educação Especial nas escolas privadas no território de abrangência de suas diretorias de ensino.

Segundo as informações da SEE, atualmente, a rede promove o atendimento de oitenta mil educandos na modalidade da Educação Especial, sendo que 22 mil estão sendo atendidos em instituições conveniadas pela SEE, como já mencionado.

Serviços ofertados

Os serviços ofertados para o atendimento educacional especializado na rede pública do Estado contemplam: salas de recursos (nas unidades escolares ou em atendimento itinerante); classe regida por professor especializado (Crpe); classe hospitalar e convênios com instituições especializadas.

Sistema municipal de ensino de São Paulo

Os Sistemas municipais de ensino têm como competência a oferta da modalidade da Educação Especial em sua rede de unidades escolares, devendo organizar suas instâncias administrativas e pedagógicas para o cumprimento da política de forma adequada, em consonância com a legislação da União

e com o Plano Municipal de Educação. Como exemplo, será apresentada a organização no município de São Paulo, que conta com uma rede extensa de unidades educacionais públicas, diferindo de muitas realidades encontradas ao longo do território brasileiro. Serão feitos destaques à organização legislativa principal, organização estrutural e serviços ofertados.

Legislação

A política de oferta da Educação na modalidade de Educação Especial no Sistema de Ensino Municipal Paulistano está organizada de acordo com o Decreto nº 57.379, de 13 de outubro de 2016. Este recente Decreto teve como principal parâmetro a organização da rede para a oferta de suportes mais alinhados com as recentes mudanças legislativas na área da Educação Inclusiva, como a Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência, de 2015, definindo que: “A matrícula nas classes comuns e a oferta do atendimento educacional especializado – AEE serão asseguradas a todo e qualquer educando e educanda”.

Segundo o mesmo Decreto, o AEE consiste em um conjunto de atividades e recursos pedagógicos e de acessibilidade organizados institucionalmente, que podem ser ofertados de forma complementar ou suplementar às atividades escolares sendo destinado ao público alvo da educação especial (educandos com deficiência, transtorno globais do desenvolvimento – TGD e altas habilidades ou superdotação), sendo garantido em todo o sistema de ensino da rede municipal, contemplando desde os Centros de Educação Infantil até a Educação de Jovens e Adultos.

No documento estão discriminadas as informações sobre as instâncias da Secretaria Municipal de Educação responsáveis por cada etapa da estruturação dos suportes necessários a esta população, desde a gestão até o atendimento direto aos alunos, versando sobre os recursos a serem disponibilizados.

Organização Estrutural

Segundo informações obtidas no sítio web, a Secretaria Municipal de Educação de São Paulo conta com uma Coordenadoria Pedagógica – Coped, onde está alocada a Divisão de Educação Especial. Este órgão da Secretaria é composto por uma equipe técnica pedagógica e uma equipe administrativa,

responsáveis pela estruturação da oferta educacional em todo o município, coordenando o trabalho realizado em toda a rede municipal de ensino no que tange a educação especial na perspectiva da educação inclusiva.

O Município de São Paulo conta com treze Diretorias Regionais de Educação – DRE que atendem regiões distintas. Cada uma delas conta com uma Divisão Pedagógica – Diped, que possui uma equipe que compõe o Centro de formação e acompanhamento à inclusão – Cefai, formada por um coordenador, professores de apoio e acompanhamento à inclusão - Paai (oito profissionais em média) e auxiliar técnico de educação. O Cefai é responsável pelo apoio direto às unidades escolares, devendo realizar suporte aos profissionais, ofertando espaços de formação e realizando, em conjunto com os profissionais das unidades escolares, avaliações dos educandos e educandas com objetivo de qualificar os suportes necessários em cada caso.

Serviços Ofertados

Segundo a política vigente, o Sistema de ensino do município de São Paulo contempla, no concernente à Educação Especial: Centros de formação e acompanhamento à inclusão – Cefai; Salas de recursos multifuncionais – SRM (antes denominadas Salas de apoio e acompanhamento à inclusão – Saai); Professores de atendimento educacional especializado – Pae (antes denominados Professores regentes de Saai); Instituições conveniadas de Educação Especial; Escolas Municipais de Educação Bilíngue para Surdos – Emeb e Unidades polo de Educação Bilíngue.

Conclusão

O resgate histórico com relação à legislação brasileira no que tange à política de Educação Especial permite apreender que mudanças importantes aconteceram nos últimos trinta anos. Após a promulgação da Constituição de 1988, inaugura-se uma série de garantias legais na oferta de um atendimento educacional de um setor que historicamente estava excluído do direito à Educação e invisibilizado na legislação. Foi possível, a partir da Carta Magna, estabelecer-se um cenário com vários marcos legais que firmaram, no campo do Direito, os suportes para que esta população possa estar inserida em espaços educacionais antes restritos à sua participação.

Ao analisar os textos constitucionais brasileiros, pode-se apreender que, antes do texto de 1988, as referências a esta temática eram praticamente inexistentes. Assim, é apenas na década de 1980 que discussões acerca da garantia de direitos fundamentais, como a cidadania em seu sentido pleno, liberdade para ir e vir, participação na vida social e comunitária, vão ganhar consistência. As lutas dos movimentos sociais à época, que acontecem em âmbito mundial (BRASIL, 2010), vão ter repercussão direta na produção de uma série de leis, e notas técnicas que compõem, no ordenamento legislativo, a política de Educação Especial nas redes públicas de ensino.

É possível observar, ainda, que, após as mudanças significativas na Política de Educação Especial ocorrem a partir da promulgação da Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, que não apenas assume, desde seu título um paradigma fundamental para o avanço dos direitos sociais, como também orienta sobre a criação de serviços que garantam o atendimento educacional especializado. Tal preocupação será mantida em 2009 e 2011, mediante a publicação de documentos específicos.

A oferta do atendimento educacional especializado será considerada ferramenta essencial para a existência de um espaço educativo de caráter inclusivo. Sobre isso, cabe trazer a reflexão realizada por Barbosa (2012: 112):

Quando questionamos o porquê de o AEE ser oferecido, podemos pensar sob o aspecto da necessidade de o estudante quebrar as barreiras que o impedem de estar na sala de aula comum para aprender com os demais. Essas barreiras são das mais distintas naturezas. Podem ser, inclusive, atitudinais (quando o professor da sala comum, por exemplo, não legitima determinados níveis de conhecimento de seus alunos ou quando ele não reconhece em alguns deles a capacidade de aprender). Há barreiras, ainda, de ordem física (que requerem adaptações no mobiliário, o uso de equipamentos específicos e de tecnologia assistiva ou a confecção de materiais adaptados). O AEE ajuda a quebrar, ainda, as barreiras de linguagem e de comunicação por meio do ensino de códigos, de línguas e de outros recursos.

Ao considerar o sistema educacional brasileiro e sua opção legislativa pela divisão de responsabilidades na execução da garantia do direito à educação, entende-se a necessidade de uma divisão de responsabilidades entre a União, os Estados e Distrito Federal e Municípios. Cada um dos entes federativos

será responsável pela oferta de serviços educacionais prioritários, cabendo à União a primazia sobre a oferta do ensino superior, aos Estados, sobre o ensino fundamental e médio e aos municípios, sobre o ensino fundamental e a educação infantil. Como a política brasileira de Educação Especial prevê que o atendimento educacional especializado precisa ser garantido ao seu público-alvo desde o ingresso em rede regular de ensino, este suporte precisa estar estruturado em todos os níveis educacionais, desde a Educação Infantil.

Pode-se concluir a partir disso, que todos os sistemas de ensino federais, estaduais e municipais terão corresponsabilidades na execução do atendimento educacional especializado, respeitando as normativas e diretrizes regulamentadas pela União. Para dar uma dimensão maior de como tem ocorrido o processo de capilarização entre os entes federativos na estruturação do atendimento educacional especializado citou-se como exemplo os sistemas de ensino paulista e paulistano, que em decorrência da ampla abrangência de sua rede, podem exemplificar a divisão de competências entre os entes federativos nesta seara.

Destaque-se, por fim, a importância das Notas Técnicas do MEC, que permitiram a produção de intenso material interpretativo dos marcos legais, contribuindo, assim, para a formação de uma mentalidade a respeito do paradigma inclusivo e suas formas de viabilização em várias etapas e modalidades da Educação brasileira. Tal material ganha reforço à medida em que é sancionada a LBI, em 2015, reforçando a necessidade de todos os espaços educacionais oferecem todos os aportes necessários à promoção dos direitos da população com deficiência (um dos públicos-alvo da Educação Especial), inclusive os de caráter privado, sem que isto signifique onerar os sujeitos e suas famílias.

São inúmeros os avanços, sobretudo na questão do acesso do público-alvo da Educação Especial e na garantia legal de meios para que suas necessidades específicas sejam reconhecidas e atendidas. O caso do Estado de São Paulo é ilustrativo da necessidade de avanços na sustentação da perspectiva inclusiva, o que pode ser apreendido, quando se observa a matrícula de 22 mil estudantes em instituições exclusivas conveniadas, reflexo de uma herança ainda persistente do modelo de reabilitação (PALACIOS, 2008).

O presente texto teve como objetivo deslindar a legislação brasileira no

que concerne à Educação Especial, demonstrando que as transformações no corpo legislativo expressam a movimentação do campo de luta por direitos e as distintas expressões que adquirem ao longo da história política de nosso país. O intento é a reafirmação da importância da fixação nos termos da lei de um compromisso com a garantia de exercício pleno da cidadania para todos os sujeitos.

Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo. Atlas, 1991.

ANJOS FILHO, Robério dos. Minorias e grupos vulneráveis: uma proposta de distinção. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Coords.). *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ANSELMO, José Roberto. *O papel do Supremo Tribunal Federal na concretização do federalismo brasileiro*. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2006.

_____. A fissura labiopalatal, a proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência e a competência municipal legislativa. In: ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Constituição e inclusão social*. Bauru: Edite, 2007.

ARANHA, Maria Salete Fábio. Paradigmas da relação da sociedade com as pessoas com deficiência. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. Brasília. Ano XI, n 21, p 21 – 28, mar. 2001.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2 ed. Brasília: Coordenadoria nacional para integração das pessoas portadoras de deficiência, Ministério da Justiça, 1997.

_____. A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

BARBOSA, Meiriene Cavalcante. *Do preferencial ao necessário: o atendimento*

educacional especializado na escola comum. Mestrado (Educação e Inclusão) no Programa de Pós-Graduação em Educação da Faculdade de Educação – UNICAMP, Campinas, 2012.

BENEDET, Renata. *Lei nacional e lei federal: a repartição de competências na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Núcleo de Estudos Jurídicos, vol. 11, n. 2, p. 301-311, jul/dez., 2006.

BOTELHO, Marcos César. *Democracia e jurisdição: a legitimidade da jurisdição constitucional na democracia procedimental de Jürgen Habermas*. Revista Direito Público, Brasília, nº 19, p. 218- 233, jan./fev. 2008.

_____. *A corte constitucional como espaço público por excelência: considerações em Habermas e Häberle*. Revista Jurídica Consulex, Brasília, Ano XIII, nº 294, p. 50-51, abr. 2009a.

_____. *A equiprimordialidade entre autonomia pública e privada: uma proposta procedimentalista para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas*. Revista Eletrônica do Direito Privado. Londrina, Universidade Estadual de Londrina, vol. 2, nº 1, p. 1-23, 2009.

_____. *Pessoa com deficiência no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista Zênite. IDAF informativo de direito administrativo e responsabilidade fiscal. Curitiba, v. 10, n. 116, p. 758–768, mar., 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>>.

_____. *Política Nacional de Educação Especial*. Brasília. Ministério da Educação e Cultura. Secretaria de Educação Especial, 1994.

_____. *Declaração de Salamanca e linha de ação sobre necessidades educativas especiais*. Brasília. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa com Deficiência, 1994.

_____. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional*. Lei nº 9.394. Brasília, 1996.

_____. *Decreto nº 3.298*, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de

proteção, e dá outras providências. Brasília, 1999.

_____. *Diretrizes Curriculares para a Educação Especial na Educação Básica*, Resolução nº 2, de 11/09/2001. Brasília.

_____. Ministério da Educação. *Direitos à Educação*. Necessidades Educacionais Especiais: Subsídios para atuação do Ministério Público Brasileiro. Orientações e Marcos Legais. Secretaria de Educação Especial. Brasília/DF, 2001.

_____. Ministério da Educação. *Política Nacional de Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva*. Brasília: MEC/SEESP, 2008.

_____. *Decreto 6.949*, de 09 de julho de 2009. Ratifica a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

_____. *Decreto do Executivo 6.571/2008*. Dispõe sobre o atendimento educacional especializado, regulamenta o parágrafo único do art. 60 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e acrescenta dispositivo ao Decreto nº 6.253, de 13 de novembro de 2007.

_____. *Resolução nº 4*, de 2 de outubro de 2009. Diretrizes Operacionais para o Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica na modalidade de Educação Especial. Brasília. MEC, 2009.

_____. *História do Movimento Político das Pessoas com Deficiência no Brasil* / compilado por Mário Cléber Martins Lanna Júnior. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.

_____. *Nota Técnica, Orientações aos Sistemas de Ensino sobre o Decreto nº 7.611/2011*. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial.

_____. *Decreto nº 7.611*, de 17 de novembro de 2011. Dispõe sobre a educação especial, o atendimento educacional especializado e dá outras providências.

_____. *Lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência*. Lei nº 13.146. Brasília, 2015.

_____. *Decreto nº 6.253*, de 13 de novembro de 2017. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação

Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – Fundeb, regulamenta a Lei no 11.494, de 20 de junho de 2007, e dá outras providências.

_____. *Decreto n° 9005, de 14 de março de 2017.* Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Educação, remaneja cargos em comissão e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo – FCPE.

BUENO, Belmira de Oliveira. *O Método autobiográfico e os estudos com histórias de vida de professores: a subjetividade e a questão das representações.* Reunião Anual da Anped, 20. Programa e Resumo. Caxambu. Anped, 1997.

COUTINHO, Carlos Nelson. *Notas sobre cidadania e modernidade. Contra Corrente: ensaios sobre democracia e socialismo.* São Paulo. Corte, 2000.

CURY, Carlos Roberto Jamil. *A educação nas Constituições Brasileiras.* In STEPHANOU, Maria. *Histórias e Memórias da Educação no Brasil.* Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional: um caminho percorrido, um presente desafiante.* Palestra proferida no Conselho Estadual de Educação de São Paulo em 15/02/2017.

_____. *Sentidos da educação na Constituição Federal de 1988.* Revista Brasileira de Política e Administração da Educação. V. 29. n. 2, 2013.

GARCIA, Rosalba Maria Cardoso; MICHELS, Maria Helena. *A Política de Educação Especial no Brasil (1911 – 2011): Uma Análise da Produção GT15 – Educação Especial da ANPED.* Revista Brasileira de Educação. V. 17, n. esp.1. Marília. Maio/Ago de 2011.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a identidade deteriorada.* São Paulo: LTC, 1988.

FILHO, Roberto Lyra Filho. *O que é direito.* Vol. 17. Ed. São Paulo. Brasiliense, 2004.

FREIRE, Paulo. *Política e Educação.* São Paulo: Cortez, 1995.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Multiculturalismo, minorias e ações afirmativas:*

promovendo a participação política das mulheres. Pensar, Fortaleza, v. 11, p. 54-59, fev., 2006.

MENDES, Enicéia Gonçalves. *A radicalização do debate sobre inclusão escolar no Brasil*. Revista Brasileira de Educação. Vol. 11, n. 33. Rio de Janeiro. Set/ Dec. 2006.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. *A inclusão social e a questão da conceituação do termo “portador de deficiência”*. In: ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. *Constituição e inclusão social*. Bauru: Edite, 2007.

PAIVA, Regia Garcia de. *Direito educacional: do fato ao direito*. In: TRINDADE, André. *Direito educacional em uma ótica sistêmica*. Curitiba: Juruá, 2010.

PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Madrid. Cermi, 2008.

RANIERI, Nina. Os Estados e o direito à educação. Comentários acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Moraes, Alexandre. *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo, Atlas, 2009.

RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flavia Maria de Paiva (coord.). *A convenção sobre direitos das pessoas com deficiência comentada*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

SÃO PAULO. *Decreto 57.379*, de 13 de outubro de 2016. Institui, no âmbito da Secretaria Municipal de Educação, a Política Paulistana de Educação Especial, na perspectiva da Educação Inclusiva.

_____. Deliberação CEE nº 149/ 2016, de 8 de dezembro de 2016. Estabelece normas para a educação especial no sistema estadual de ensino.

I. ASPECTOS TEÓRICOS

PARTE 2

DIREITO À EDUCAÇÃO E
ASPECTOS CONCEITUAIS

O direito à educação de qualidade e o princípio da dignidade humana

Angela Limongi Alvarenga Alves

Doutora e Pós-doutoranda em Direito pela Universidade de São Paulo

Introdução

O direito à educação no Brasil é reconhecido como direito fundamental social. Tal é a sua relevância que o legislador brasileiro lhe dedica parte do texto constitucional e empreende esforços em examinar e legislar sobre o direito nas diversas esferas – autônomas – componentes do federalismo brasileiro.

É o direito fundamental social que mereceu o maior número de dispositivos no atual texto constitucional e um dos que mais vem sofrendo alterações, sempre no sentido de ampliar a proteção e a promoção do direito. E, paradoxalmente, tem seu exercício mais dificultoso, pela falta de qualidade empreendida.

Apesar da ampla proteção legislativa conferida ao direito, a definição de “qualidade”, no entanto, constitui um campo de disputa conceitual, já que não encontra definição na legislação pertinente, constituindo-se, outrossim, desafio a ser enfrentando a fim de conferir substância ao direito, demandando construções e compreensões de sentido.

Para tal mister, parte-se do entendimento de que o direito à educação constitui um direito fundamental, para, a partir daí, analisar o ordenamento jurídico brasileiro sob a égide do modelo de autonomia federativa adotado no Brasil e a superprodução legislativa sobre esse direito e de como essa prática torna dificultosa a definição e assunção da qualidade da educação para então promover a colmatação de lacuna quanto ao seu sentido, compreendendo a educação de qualidade lastreada na dignidade humana, em viés eminentemente pós-positivista, tendo em conta elementos extrajurídicos para a compleição do direito.

O direito à educação no Brasil

O direito à educação no Brasil tem previsão constitucional específica nos títulos “II – Dos direitos e garantias fundamentais” e “VIII – Da ordem social”, além de outras disposições aspergidas pelo texto constitucional. É reconhecido como o primeiro dos direitos sociais, direito fundamental do cidadão e dever do Estado, da família e da sociedade¹. Esse direito revela em si natureza constitucional dúplice: constitui direito e dever, sincreticamente, englobando o direito do indivíduo de se educar e o dever do Estado, da sociedade e da família em educar.

Essa peculiaridade do direito à educação no Brasil constrói uma instância de tutela e exercício de direito igualmente dúplice: os sujeitos ativos e passivos do direito à educação são, simultaneamente, uma coisa e outra.

Os seus titulares são os indivíduos ou grupos de indivíduos, considerados de acordo com as suas peculiaridades – a criança, o jovem, o adulto, o idoso etc. (RANIERI, 2013: 67-68). Seu sujeito passivo é o Estado, responsável, por excelência, pelas ações e intervenções que lhe conferem efetividade (RANIERI, 2013: 67-68). A família, por sua vez, como instituição reconhecida e tutelada pelo direito, atua como co-responsável pelo seu exercício, assumindo a obrigação de se colocar à disposição do processo educativo² prestado diretamente pelo Estado ou por ele fiscalizado, ao menos nas hipóteses em que a educação formal se faz obrigatória³, para indivíduos entre 4 e 17 anos de idade⁴.

A sujeição ativa, *prima facie*, parece de fácil compreensão. Já a sujeição passiva, como dever de educar, conta com desdobramentos, remontando à responsabilização pelo descumprimento do direito inerente ao titular, tanto no caso do Estado como no da família. O Estado, através da responsabilização direta e objetiva do ente estatal ou subjetiva de seus dirigentes e a família, em crime de abandono intelectual, tipificado pelo artigo 244 do Código

1. Artigo 227 da Constituição Federal.

2. Prescrição legal ínsita no artigo 227 da Constituição Federal e no artigo 1634, inciso I do Código Civil Brasileiro.

3. A oferta da educação obrigatória é dever do Estado, exegese do artigo 208 do Constituição Federal.

4. Prescrição legal ínsita na Emenda Constitucional nº 59/2009.

Penal Brasileiro. Já no caso da sociedade, não há prescrição normativa para a responsabilização por descumprimento do direito, muito embora seja ela também revestida de sujeição passiva.

Se, por um lado, Estado, sociedade e família são sujeitos passivos, e, portanto, devedores da obrigação de educar, são, por outro, beneficiários do direito. A educação como construção e aprofundamento da cidadania, em face dos princípios democrático e federativo, beneficia o Estado e a sociedade (RANIERI, 2013: 67-68), *locus* em que a própria família se insere.

Do ângulo de formação da pessoa como indivíduo, trabalhador e cidadão, o Estado como sociedade política e o cidadão individualmente considerado são titulares dos mesmos direitos, diluindo-se, portanto, a verticalidade das relações entre Estado e indivíduo. Isso impossibilita identificar, no que tange ao oferecimento e a fruição do direito à educação, nem a relação de poder *ex parte populi* nem a *ex parte principis*, mas antes, uma relação *inter partes* (RANIERI, 2013: 68).

Há, no caso, uma identificação de interesses – público e privado – expressa fundamentalmente pela realização da dignidade humana, em todas as vertentes de desenvolvimento da personalidade, nas condições reconhecidas e constitucionalmente estabelecidas pela sociedade política (RANIERI, 2013: 68).

O direito à educação por si só não se faz suficiente. O seu exercício, com efeito, encontra-se atrelado à qualidade, que por sua vez também conta com prescrição constitucional expressa no artigo 206, inciso VII da Constituição Federal. A definição de “qualidade”, no entanto, não encontra amparo legal, constituindo-se, outrossim, desafio a ser enfrentando a fim de conferir substância ao direito.

Como se vê, a questão da educação de qualidade levanta importante discussão sobre a abrangência do direito e se apresenta como desafio a ser dirimido não apenas para a efetivação do direito, mas para o alargamento da cidadania.

O Plano Nacional de Educação (PNE)

O atual Plano Nacional de Educação (PNE) foi aprovado pela Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, com vigência por dez anos. Caracteriza-se como uma política pública articuladora das diversas políticas educacionais,

orientando-se pela busca da unidade na diversidade de políticas existentes (BRASIL, 2016) e tem a qualidade da educação como diretriz⁵.

O PNE, entretanto, não é uma inovação na legislação brasileira. Historicamente, no Brasil, identifica-se a origem da ideia de plano na educação a partir da década de 1930 e sua primeira manifestação explícita se deu pelo Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova, lançado em 1932⁶ (SAVIANI, 2010: 389).

O Manifesto, após diagnosticar o estado da educação pública no Brasil, afirmava que “todos os nossos esforços, sem unidade de plano e sem espírito de continuidade, não lograram ainda criar um sistema de organização escolar à altura das necessidades modernas e das necessidades do país” (AZEVEDO *et al*, 2010: 171), e dessa forma, enunciava as diretrizes fundamentais que culminaram com a formulação de um “plano de reconstrução educacional” (SAVIANI, 2010: 407).

A Emenda Constitucional nº 59/2009 mudou a condição do PNE, que passou de uma disposição transitória da Lei nº 9.394/96, conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), para uma exigência constitucional com periodicidade decenal, o que significa que planos plurianuais devem tomá-lo como referência. O plano também passou a ser considerado o articulador do Sistema Nacional de Educação, com previsão do percentual do Produto Interno Bruto (PIB) para o seu financiamento. Portanto, o PNE deve ser a base para a elaboração dos planos estaduais, distrital e municipais,

-
5. São diretrizes do PNE, insitas no artigo 2º: “a erradicação do analfabetismo, a universalização do atendimento escolar, a superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação, a melhoria da qualidade da educação, a formação para o trabalho e para a cidadania, com ênfase nos valores morais e éticos em que se fundamenta a sociedade, a promoção do princípio da gestão democrática da educação pública, a promoção humanística, científica, cultural e tecnológica do País, o estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do Produto Interno Bruto (PIB), que assegure atendimento às necessidades de expansão, com padrão de qualidade e equidade, a valorização dos profissionais da educação e a promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental”.
 6. O Manifesto dos Pioneiros pela Educação Nova foi escrito por intelectuais em 1932 e teve por objetivo influenciar a organização da sociedade brasileira em prol da educação, tornando-se, por fim, o marco inaugural do projeto de renovação educacional no Brasil (AZEVEDO *et al*, 2010).

que, ao serem aprovados em lei, devem prever recursos orçamentários para a sua execução.

Dentre as vinte metas e dez diretrizes constantes do PNE, tem especial interesse a universalização da educação infantil e básica e a fomentação de sua qualidade em todas as etapas e modalidades por meio de políticas públicas voltadas à formação dos profissionais da educação e também para a educação continuada desses profissionais, dentre outras políticas necessárias para o alcance da qualidade do ensino oferecido.

A primeira meta relacionada à educação infantil previa que, até o final do ano 2016, todas as crianças de 4 a 5 anos de idade deveriam estar matriculadas na pré-escola. A meta estabelece, também, que a oferta de educação infantil em creches deve ser ampliada de forma a atender, no mínimo, 50% das crianças de até 3 anos de idade até o final da vigência do plano.

A segunda meta prevê que até o último ano de vigência do PNE, toda a população de 6 a 14 anos de idade deve ser matriculada no ensino fundamental de 9 anos, e pelo menos 95% dos alunos devem concluir essa etapa na idade recomendada. O Observatório do PNE⁷ (2016) apresentou estudos demonstrando que a meta está próxima de ser atingida, pois, considerando os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), depreende-se que 97,5% das crianças de 6 a 14 anos estavam matriculadas no ensino fundamental no ano de 2014.

A terceira meta aborda o ensino médio, prevendo que até o ano de 2016, o atendimento escolar deveria ser universalizado para toda a população de 15 a 17 anos. A meta prevê ainda a elevação, até o final da vigência do PNE, a taxa líquida de matrículas no ensino médio para 85%. Os resultados das pesquisas do Observatório do PNE (2016) indicam que no Brasil em 2014, cerca de 2,8 milhões de crianças e jovens de 4 a 17 anos estavam fora da escola. Desses, aproximadamente 1,7 milhão eram jovens de 15 a 17 anos que deveriam estar cursando o ensino médio.

7. O Observatório do PNE, fundado em 2013, é uma plataforma de advocacy pelo PNE, formada pela sociedade civil, através da união de diversas organizações atuantes no setor educacional e que tem por objetivo monitorar o cumprimento do PNE e funcionar como controle social do direito à educação no Brasil. Disponível em: << <http://www.observatoriodopne.org.br/sobre-observatorio>>>. Acesso em 15 ago. 2016.

Interessa também a meta de número cinco que pretende alfabetizar todas as crianças, no máximo, até o final do 3º ano do ensino fundamental. Considera-se que uma criança está alfabetizada quando ela se torna capaz de apropriar-se da leitura e da escrita como ferramentas essenciais para seguir aprendendo, buscando informação, desenvolvendo sua capacidade de se expressar, de desfrutar a literatura, de ler e de produzir textos em diferentes gêneros, de participar do mundo cultural no qual está inserida.

Essa meta, contudo, só é passível de ser atingida se houver um trabalho intencional e sistemático que objetive a melhoria da qualidade da formação inicial e continuada dos professores, acompanhado, entre outras, de políticas de distribuição de livros, de formação de bibliotecas acessíveis a todos, crianças e jovens em idade escolar e de fortalecimento de comunidades leitoras nas instituições (Observatório do PNE, 2016).

A meta número sete do PNE é a que se refere de forma mais direta à qualidade da educação. No entanto, coloca como objetivo de qualidade as metas do Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB)⁸, indicador composto pelas notas em língua portuguesa e em matemática da Prova Brasil⁹ e pelo fluxo escolar. Embora o IDEB tenha um papel fundamental ao dar notoriedade e objetividade à discussão sobre educação no Brasil, a capacidade do indicador de diagnosticar a qualidade da educação nas escolas e redes de ensino é limitada, como se verá adiante.

Também a meta que visa ampliar a formação inicial dos professores é de grande importância para a qualidade da educação no Brasil, haja vista que, segundo os dados do censo escolar do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) e do Ministério da Educação

-
8. O Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB) foi criado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) em 2007 e representa a iniciativa pioneira de reunir em um só indicador dois conceitos igualmente importantes para a qualidade da educação: fluxo escolar e médias de desempenho nas avaliações. Ele agrega ao enfoque pedagógico dos resultados das avaliações em larga escala do Inep a possibilidade de resultados sintéticos, facilmente assimiláveis e que permitem traçar metas de qualidade educacional para os sistemas de educação (BRASIL, 2016).
 9. A Prova Brasil constitui um dos mecanismos de avaliação do rendimento escolar que compõe a Avaliação Nacional do Rendimento Escolar (ANRESC), que mensura resultados de aprendizagem de alunos do 5º e 9º ano do ensino fundamental público em todo o Brasil (SOARES, 2013:581).

(MEC), dos cerca de 2,2 milhões de docentes que atuavam na educação básica do país em 2014, aproximadamente 24% não possuíam formação de nível superior, conforme dados fornecidos pelo Observatório do PNE (2016).

A formação continuada dos profissionais da educação está prevista na meta dezesseis que pretende formar, em nível de pós-graduação, 50% dos professores da educação básica, até o último ano de vigência do PNE e garantir a todos os profissionais desse nível formação continuada em sua área de atuação, considerando as necessidades, demandas e contextualizações dos sistemas de ensino. Em 2014, apenas 31,4% dos professores da educação básica possuíam pós-graduação, segundo dados do Censo Escolar, processados pelo Observatório do PNE (2016).

O PNE pretende determinar as diretrizes, metas e estratégias para a política educacional dos próximos sete anos, considerando os três anos de sua vigência. Suas metas estão estruturadas em quatro grandes grupos, sendo que no primeiro grupo encontram-se metas estruturantes para a garantia do direito à educação básica com qualidade e que assim promovam a garantia do acesso, à universalização do ensino obrigatório e à ampliação das oportunidades educacionais. No segundo grupo as metas dizem respeito especificamente à redução das desigualdades e à valorização da diversidade, caminhos imprescindíveis para a equidade, bem assim para a qualidade. O terceiro grupo de metas trata da valorização dos profissionais da educação, conjunto de metas consideradas estratégicas para que as metas anteriores sejam atingidas e o quarto e último grupo, traz metas referentes ao ensino superior¹⁰.

O financiamento da educação: Custo Aluno-Qualidade (CAQ) e Custo Aluno-Qualidade Inicial (CAQi)

Ante a necessidade de implementar qualidade ao direito à educação diversas medidas e políticas educacionais foram pensadas e formuladas desde a promulgação do marco constitucional atual. A partir de então, os princípios constitucionais promoveram a superação do postulado da universalização pura e simples do direito, em favor de uma universalização do padrão de qualidade, o que passaria a ser um direito plenamente exigível.

10. Todas as metas previstas no PNE consistem em objetivos fundamentais para a educação como um todo. As metas descritas no presente artigo, com efeito, enfatizam a concretização da qualidade da educação básica.

A emenda constitucional nº 14, de 1996, a primeira grande reforma educacional no período democrático brasileiro, busca, ao mesmo tempo, propiciar um regime de corresponsabilidade federativa no financiamento do ensino fundamental e estabelecer um programa de implementação progressiva do padrão de qualidade do ensino. Além de delimitar a distribuição de atribuições para a garantia da educação básica, criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef, posteriormente, Fundeb)¹¹ e incorporou às competências da União o exercício da função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino à educação básica, mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios (XIMENES, 2013: 313-314).

Assim, a emenda constitucional nº 14 passou a estabelecer um programa de realização do padrão de qualidade do direito à educação, preocupando-se em estabelecer um padrão mínimo, ou seja, o mínimo existencial ao direito à educação. A partir de então, vinculou a ideia de padrão mínimo ao valor que deveria ser investido e efetivamente gasto por aluno em um ano escolar.

Nesse sentido, o Custo Aluno Qualidade Inicial (CAQi) constitui a expressão do padrão mínimo aceitável, abaixo do qual há expressa violação ao princípio constitucional de educação de qualidade, tendo o Custo Aluno Qualidade (CAQ) como referência. O CAQ constitui a materialização do princípio do padrão de qualidade, em sentido pleno, direção a ser perseguida permanentemente pelo Estado, com vistas à consecução integral do direito à educação: “O CAQi é o ponto de partida, de exigibilidade imediata, enquanto o CAQ é o ponto de chegada, cuja garantia deve ser expressa no planejamento educacional, principalmente no PNE” (XIMENES, 2013: 314).

Além do CAQi e do CAQ, que constituem importantes ferramentas para a qualidade da educação, a LDB estabelece alguns padrões a serem seguidos, a partir de insumos e processos qualitativos mínimos, complementados pelo PNE e pela Lei nº 11.738/2008, que instituiu o piso salarial profissional

11. O Fundef foi posteriormente substituído pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), pela emenda constitucional nº 53/2006, estendendo a política de redistribuição de recursos para toda a educação básica (da educação infantil à educação de jovens e adultos, bem como a educação especial inclusiva).

nacional para o magistério público da educação básica, que são sintetizados por Ximenes (2013: 323-324) como insumos e processos que contribuem para a qualidade da educação, posto que estão:

- a) Relacionados à acessibilidade e à gratuidade escolar: oferta de transporte e de alimentação escolar adequada do ponto de vista nutricional; oferta de ensino noturno regular, adaptado às condições do educando; adequação física e pedagógica das escolas para a educação inclusiva e o atendimento especializado dos estudantes com deficiência.
- b) Relacionados aos padrões mínimos de infraestrutura das unidades de ensino: i) nas instituições de educação infantil (creches e pré-escolas), assegurar espaço interno, com iluminação, insolação, ventilação, visão para o espaço externo, rede elétrica e segurança; água potável, esgotamento sanitário, instalações sanitárias e para a higiene pessoal das crianças; instalações para o preparo e/ou serviço de alimentação, ambiente interno e externo para o desenvolvimento de atividades, conforme diretrizes curriculares e metodologia da educação infantil, incluindo o repouso, expressão livre, o movimento e o brincar; mobiliário, equipamentos e materiais pedagógicos; ii) nas instituições de ensino fundamental, assegurar espaço, iluminação, insolação, ventilação, água potável, rede elétrica, segurança e temperatura ambiente; instalações sanitárias e para higiene; espaços para esporte, recreação, biblioteca e serviço de merenda escolar; adaptação dos edifícios escolares para o atendimento de alunos portadores de necessidades especiais; atualização e ampliação do acervo das bibliotecas, provendo-as com literatura, textos científicos, obras clássicas de referência e livros didático-pedagógicos e apoio ao professor; mobiliário, equipamentos e materiais pedagógicos; telefone e serviço de reprodução de textos; informática e equipamentos multimídia para o ensino; nas instituições de ensino, além dos insumos determinados para o ensino fundamental, assegurar que disponham de laboratório de ciências.
- c) Relacionados ao aprendizado e à jornada escolar dos estudantes: carga horária mínima anual nos ensinos fundamental e médio de oitocentas horas, distribuídas em no mínimo duzentos dias letivos, com frequência mínima de 75% do total de horas letivas; garantia de material didático-escolar; garantia de meios de recuperação dos alunos com menor rendimento; assegurar que as escolas funcionem no máximo em dois turnos diurnos e um noturno.

- d) Relacionados à formação e valorização do magistério: oferta de formação continuada e capacitação aos profissionais da educação pública; contratação de profissionais do magistério exclusivamente por concurso público; implementação do piso salarial nacional do magistério como vencimento inicial da carreira do magistério; garantia de destinação de no mínimo 1/3 da carga horária para atividades de estudo, planejamento e avaliação.
- e) Relacionados à gestão democrática do ensino e à participação estudantil: funcionamento adequado de conselhos escolares e outras formas de participação das comunidades escolares e local; apoiar e incentivar as organizações estudantis, como espaço de participação e exercício da cidadania.

De se ressaltar que todos esses padrões são detalhados nas diretrizes curriculares nacionais, aprovadas pelo Conselho Nacional de Educação e constantes em legislação educacional específica – o que implica afirmar que constituem instrumentos normativos de caráter vinculante, formulados com base na competência da União (artigo 22, XXIV, CF), com amplo espaço para que cada sistema de ensino e unidade federativa estabeleça seus padrões específicos, com respeito às diretrizes nacionais.

O CAQi e o CAQ foram reconhecidos como instrumentos basilares para a consagração do direito à uma educação pública de qualidade no Brasil e foram incluídos em quatro das doze estratégias da Meta 20 do PNE, que trata do financiamento da educação. É possível dizer que os dois mecanismos são os meios pelos quais todas as metas relativas à educação básica serão cumpridas no PNE. Assim, o CAQi constitui um importante instrumento de monitoramento e controle da qualidade educacional, já que inverte a lógica do investimento público por aluno, funcionando como referência de valores de investimento na educação.

Apesar de ter sido firmado pelo Conselho Nacional de Educação¹² em 2008 e de encontrar previsão no PNE, tanto o CAQ, quanto o CAQi ainda

12. O Conselho Nacional de Educação no Brasil possui atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento do Ministro de Estado da Educação, no desempenho das funções e atribuições do poder público federal em matéria de educação. Cabe-lhe formular e avaliar a política nacional de educação, velar pelo cumprimento da legislação educacional, assegurar a participação da sociedade no aprimoramento da mesma e zelar pela sua qualidade. Para tanto, emite pareceres e decide privativa e autonomamente sobre os assuntos que lhe são pertinentes (BRASIL, 2014).

não constituem uma realidade. Até o momento, o Ministério da Educação ainda não o elaborou, tampouco divulgou a metodologia e os resultados, segundo informações do Observatório do PNE (2017).

A inércia governamental para a implantação do CAQi já foi judicializada em duas oportunidades distintas. A primeira, através de ação cominatória proposta pela Federação dos Municípios do Estado do Maranhão (FAMEM) em face da União, junto à Justiça Federal da Primeira Região (TRF da 1ª Região), da qual o Estado do Maranhão faz parte. Em primeira instância, a ação foi julgada procedente, a fim de fixar prazo para a implementação do CAQi pela União até o mês de outubro de 2017. Porém, em sede recursal, o TRF da 1ª Região reformou a decisão, acolhendo tese da União, entendendo que a FAMEM não tem legitimidade para postular direitos de entes políticos e que a decisão é extremamente complexa para ser resolvida no estado em que se encontrava nos autos. Assim, teve provimento o recurso da União e a ação foi extinta sem resolução de mérito,¹³e, o CAQi não foi implementado. A segunda, ajuizada pelo Ministério Público Federal, em face da União, tramita junto à Justiça Federal da Segunda Região (TRF da 2ª Região), subseção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro e também pleiteia a implementação do CAQi, fazendo-o através de ação civil pública e encontra-se em fase probatória.¹⁴

Assim, tanto o CAQi quanto o CAQ continuam sem implementação. Atualmente, o cálculo sobre o valor mínimo a financiar a educação é feito com base na arrecadação tributária, dividindo o total de impostos destinados à área pela quantidade de alunos matriculados em escolas públicas.

13. Disponível em: <<<https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=151591920134013700&secao=TRF1&nome=FEDERACAO%20DOS%20MUNICIPIOS%20DO%20ESTADO%20DO%20MARANHAO%20FAMEM&mostrarBaixados=S>>> Acesso em 18 out. 2017.

14. Disponível em: <<<http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/mpf-rj-move-acao-para-fixar-padrao-de-qualidade-para-educacao>>. Acesso em 18 out. 2017.

O Parecer nº 8/2010 e a qualidade da educação

O Conselho Nacional de Educação, no exercício da função normativa e no zelo pela qualidade da educação, emitiu o Parecer nº 8/2010, de relatoria do Professor Mozart Neves Ramos, estabelecendo normas para a aplicação do inciso IX do artigo 4º da LDB, que trata dos padrões mínimos de qualidade de ensino para a educação básica brasileira. O parecer foi aprovado pela Câmara de Educação Básica, em 5 de maio de 2010, mas ainda aguarda homologação pelo Ministro de Estado da Educação (BRASIL, 2017).

O Parecer é composto por três eixos ou vetores setoriais para a promoção da qualidade na Educação Básica: a valorização dos profissionais da educação, o financiamento da educação e a sua gestão democrática.

O primeiro vetor, valorização dos profissionais da educação, aponta que não só a melhoria da remuneração se faz necessária, mas a instituição de planos de carreira, formação inicial e continuada e condições adequadas de trabalho.

Tomando como exemplo a Finlândia, referência mundial em qualidade da educação, o Parecer aponta que 20% (vinte por cento) dos melhores e mais destacados alunos que lá cursaram o Ensino Médio são levados à carreira do magistério, em um processo de forte concorrência pública. Esses alunos são acompanhados ao longo do curso universitário e nos primeiros anos pós-universidade. Para atraí-los, o governo oferece um salário de partida acima da média nacional para outros profissionais. No Brasil, a situação é exatamente inversa. Em razão da remuneração pouco atrativa e condições inadequadas de trabalho, os profissionais da educação, em grande medida, são menos preparados, identificados nas mais baixas notas dos exames de admissão universitária dos cursos de licenciatura.

Nesse sentido, o Parecer pugna pelo cumprimento da obrigatória instituição de Plano de Carreira e Remuneração dos Profissionais do Magistério da Educação Básica Pública, nos termos já previstos na Constituição Federal (artigo 206, parágrafo único e inciso V), nas Leis nºs 9.394/96 - LDB (artigo 8º, § 1º e artigo 67), 11.494/2007 (artigo 40) e 11.738/2008 (artigo 6º), bem como a Resolução CNE/CEB nº 2/2009¹⁵.

15. A Resolução CNE/CEB nº 2/2009 fixa as Diretrizes Nacionais para os Planos de Carreira e Remuneração dos Profissionais do Magistério da Educação Pública.

No que refere à formação docente, inicial e continuada, o Parecer aponta que o Brasil ainda precisa empreender grandes esforços em todas as esferas (União, Estados e Municípios)¹⁶. Um estudo realizado no âmbito do Conselho Nacional de Educação e mencionado no Parecer mostrou que há no Brasil, atualmente, um déficit de 250 mil professores, localizados especificamente nas áreas de química, física e matemática. Além disso, os atuais professores estão exercendo suas atividades não na disciplina para a qual foram formados, mas em disciplinas afins. Para reverter esse quadro, o Ministério da Educação (MEC) está empreendendo esforços para a criação dos Institutos Federais de Educação Tecnológica (IFET), na Universidade Aberta do Brasil (UAB) e no Programa REUNI para as universidades federais, que tem as licenciaturas como foco.

Para atrair mais jovens do Ensino Médio, além do Piso Nacional Salarial para o Professor da Educação Básica¹⁷, o MEC investe nas bolsas de iniciação à docência, equivalentes às bolsas de iniciação científica, que vem contribuindo sobremaneira para o desenvolvimento da ciência no Brasil (BRASIL, 2010).

As condições de trabalho do professor no Brasil representam um desafio adicional. O Parecer aponta que além das condições internas de trabalho na escola, precarizadas ao longo de reiteradas políticas públicas pouco eficientes (ABRUCIO, 2012: 76), há ainda o contexto de violência e drogadição que aflige toda a comunidade escolar e agrava o problema. Em resposta, o Parecer pugna pela necessidade de implementação de jornada de 40 horas semanais para o professor, em tempo integral na mesma escola, com condições de trabalho e infraestrutura apropriadas.

Em relação ao financiamento da educação, o Parecer aponta que o investimento em educação no Brasil é inferior ao de países como Chile, Argentina e México e cinco vezes menor do que o que investem em educação os países da União Europeia.

O Parecer ressalta, entretanto, que apenas recursos não são suficientes para garantir a qualidade da educação, que depende também de uma boa

16. O texto do Parecer nº 8/2010 não menciona o Distrito Federal.

17. Instituído pela Lei nº 11738/08, que regulamentou a alínea “e” do inciso III do *caput* do artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

gestão, professores valorizados, currículos atraentes e boa infraestrutura de trabalho. Mas sem recursos adequados, é deveras dificultoso alcançar uma educação de qualidade para todos.

Da mesma forma que a valorização dos professores e o financiamento da educação são fatores determinantes para uma educação de qualidade, a gestão da educação, seja no nível da escola ou dos sistemas, é outro fator importante para a promoção da qualidade. Nesse contexto, preconiza o Parecer pela profissionalização da gestão democrática, como pré-requisito chave no processo de gestão. Nos cenários atuais, não é mais aceitável que gestores sejam escolhidos por indicação política, sem condições de liderança e de formação para gerir uma escola ou um sistema de ensino.

A profissionalização requer, por sua vez, formação sólida e uma cultura de planejamento com apoio de instrumentos adequados de gestão, enquanto a gestão democrática introduz legitimidade por um lado, e fortalecimento da autonomia escolar por outro; maior autonomia associa-se com maior responsabilização e transparência social das decisões tomadas (BRASIL, 2010).

Com o advento do Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE), um novo contexto de trabalho foi inaugurado, pautado pelo regime de colaboração entre União, Estados e Municípios¹⁸, compartilhando projetos e resultados a fim de melhorar a qualidade da educação. Foi com esse espírito que o MEC estabeleceu para cada ente federativo um Plano de Ações Articuladas (PAR) com o compromisso fundado em 28 diretrizes e consubstanciado em um plano de metas concretas e efetivas, que compartilha competências políticas, técnicas e financeiras para a execução de programas de manutenção e desenvolvimento da educação básica. Além de um novo modelo de gestão, o PAR introduz a transparência e o acompanhamento da sociedade nas ações desenvolvidas, permitindo, assim, maior controle social.

Além disso, assevera o Parecer que a legislação vigente assegura que o ensino oferecido nas escolas deve se processar por padrões mínimos de qualidade. Por essa razão, o Custo Aluno Qualidade Inicial (CAQi) surge como proposta de concretização do Custo Aluno Qualidade (CAQ). Como visto, o CAQi, firmado pelo Conselho Nacional de Educação em 2008, é reafirmado no Parecer como política pública cuja implementação é de extrema necessidade, mas que, até o momento, não logrou êxito.

18. O Parecer nº 8/2010 não menciona o Distrito Federal.

Assim, passa-se ao estudo da normatização do direito à educação no federalismo brasileiro a fim de analisar como e em que medida as distorções desse modelo impactam a qualidade da educação.

Normatização do direito à educação: problemas do federalismo brasileiro e impacto das normas nacionais na qualidade da educação

Inicialmente, cabe assinalar que numa primeira acepção, o federalismo designa a teoria do Estado federal. Numa segunda acepção, refere-se a uma visão global da sociedade, já que o estudo e o conhecimento do Estado não se completam se as características de dada sociedade não são tomadas em consideração. Se, por um lado, a primeira (e tradicional) acepção não é controversa, ela, contudo, se revela reducionista (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1983: 475). Por essa razão, a acepção *social* acerca da educação e sua qualidade merecem ser analisadas à luz do princípio da dignidade humana, importando compreender como essa estrutura federativa legisla e diverge sobre educação e em que medida compromete a sua qualidade.

A Constituição Federal compõe um complexo sistema de distribuição de competências legislativas, encargos e rendas às unidades federadas para fazer frente ao direito à educação, através de competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV); competência concorrente da União, dos Estados e Distrito Federal para legislar sobre Educação mediante normas gerais (art. 24, IX); organização federativa dos sistemas de ensino em regime de colaboração (art. 211); discriminação de competências prioritárias por nível de ensino, em graus de generalidade crescente (art. 211); indicação de percentuais mínimos de aplicação de receita de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212), ressalvada a proibição de vinculação de impostos a órgãos, fundos ou despesas (art. 167, IV); proibição de instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços das instituições de educação sem fins lucrativos (art. 150, VI, “c”); estabelecimento de PNE visando à erradicação do analfabetismo, à universalização do atendimento escolar, à melhoria da qualidade de ensino, à formação para o trabalho, à promoção humanística, científica e tecnológica do país (art. 214).

O direito à educação no Brasil, além da previsão constitucional específica conta com desdobramentos, compondo uma complexa teia normativa ínsita nas Constituições e leis ordinárias estaduais, leis orgânicas e ordinárias municipais e em diversas leis federais, tais como Código Civil Brasileiro, Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/90), Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei nº 9.394/96), Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/2014), Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), Decreto-lei nº 201/67, que dispõe sobre a responsabilidade de prefeitos e vereadores, além de outras disposições constantes no Código de Processo Civil, do Mandado de Segurança e da Ação Popular (RANIERI, 2013: 76).

A extensa e complexa teia normativa que regulamenta a educação no Brasil caracteriza-se pela multiplicidade e provisoriedade de suas regras, bem como pela variabilidade das fontes normativas: o Congresso Nacional, o Presidente da República, o Ministério da Educação, o Conselho Nacional de Educação, as Secretarias Estaduais e Municipais de Educação, os Conselhos Estaduais e Municipais de Educação, dificultando o seu entendimento e sua aplicação (RANIERI, 2013: 100) e produzindo impactos sobre a oferta e a qualidade da educação nos sistemas educacionais¹⁹.

Primeiramente, é preciso analisar o federalismo educacional brasileiro de *per se*. No Brasil, há uma *sui generis* sobreposição de níveis de governo sobre os outros, remontando à própria tradição centralizadora do federalismo brasileiro (ABRUCIO, 2012: 19-20), em que pese o regime de colaboração inerente ao próprio princípio federativo, bem como a sua horizontalidade. A União e os Estados, muitas vezes criaram, ao longo da história, uma relação de dependência ou de comando direto sobre os municípios, ferindo a autonomia dos entes federativos (ABRUCIO, 2012: 19-20).

A análise do IDEB de 2015 revela a existência de dois “mundos” completamente diferentes e distantes entre si: a educação estadual e a educação municipal (BRASIL, 2015). A educação básica é constituída, em grande medida, por uma duplicidade de redes convivendo num mesmo território:

19. No caso do Brasil a educação é oferecida por sistemas de educação atinentes aos três níveis de governo, federal, estadual e municipal, conforme previsão da Lei nº 9.394/96, conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

as escolas municipais e estaduais. No caso do ensino médio, é possível contar ainda com instituições federais, que tendem a crescer nesse ciclo por conta da necessária expansão das escolas técnicas (ABRUCIO, 2012: 20). O que aparentemente poderia ser contextualizado como “autonomia”, revela, na prática, total desarticulação entre esses entes. Em razão dessa configuração, há também sobreposições e discrepâncias qualitativas, tendo em vista a falta de diálogo e colaboração entre as redes de ensino (ABRUCIO, 2012: 20).

A duplicidade de redes e responsabilidades facilitou a construção de um modelo perverso no qual as ações mais importantes favorecem o ensino superior, ao passo que a educação básica teve – e tem – um espaço de desenvolvimento muito mais dificultoso. Como resultado, instituiu-se uma estrutura elitista de provisão do serviço educacional (ABRUCIO, 2013: 212), inobstante a oferta de educação de qualidade tenha, ao menos em tese, se universalizado a partir do marco constitucional instituído pós-1988.

A duplicidade de redes, por si só não é ruim (CURY, 2007: 118), pois muitos Estados federativos têm funcionamento semelhante (ABRUCIO, 2013: 212). O problema é que à duplicidade se somou, ao longo da história brasileira, à falta de articulação e coordenação entre as redes de ensino, num ambiente de grande desigualdade no plano subnacional, sobretudo em função das diferenças financeiras e institucionais nas regiões brasileiras. Enquanto as unidades federativas do Sul e Sudeste assumiram a responsabilidade pelo sistema educacional, nas do Norte e Nordeste, essa responsabilidade foi assumida pelos municípios (OLIVEIRA E SOUZA, 2010; ABRUCIO, 2013: 212).

Outro impacto que reflete sobre a qualidade da educação diz respeito às desigualdades regionais. A desigualdade é a maior marca do federalismo brasileiro, tanto no plano das regiões como na comparação entre os municípios (ABRUCIO, 2012: 20). O levantamento escolar sobre o IDEB, de 2015, revelou a heterogeneidade entre as regiões e os Estados. A trajetória de reformas dos Estados e políticas educacionais nos diferentes níveis de governo contribuiu para a discrepância dos números. Todavia, o elemento crucial para esse cenário é a repartição tributária deficiente (XIMENES, 2013: 331), muito embora a Constituição Federal tenha buscado a universalização e a equidade, em particular nos serviços públicos da área social.

A estrutura de financiamento da educação é mista e complexa, com a maior parte dos recursos provenientes do aparato fiscal, o caso típico dos recursos provenientes da vinculação de impostos. Essa vinculação, garantida desde a Emenda Constitucional nº 24/1983, garante a vinculação mínima de recursos financeiros à educação (à época, 13% pela União e 25% pelos Estados, frente aos atuais 18% pela União e 25% pelos Estados, garantidos pela Constituição Federal de 1988). Uma vez respeitado o índice nacional, os percentuais podem variar regionalmente, de acordo com as Constituições ou Leis Orgânicas dos Estados, Distrito Federal e municípios. Mesmo reconhecendo a possibilidade de esses entes ampliarem o valor do índice mínimo fixado pela Constituição Federal e pelo CAQi caso venha a ser implementado, essa variabilidade conduz muito mais a distorções do que a efetiva ampliação de recursos financeiros.

Na educação, o fenômeno da desigualdade se expressa em dois aspectos distintos, mas interligados: na capacidade de gerenciar a política e nos resultados educacionais atinentes à qualidade. Com a descentralização impulsionada pela nova ordem democrática é patente que a maioria dos municípios e mesmo alguns Estados, não conseguem por si mesmos gerir os respectivos sistemas de educação e atingir as metas educacionais (ABRUCIO, 2012: 20), sobretudo as mensurações de qualidade mínima, levando Araújo e Oliveira (2013: 214), à seguinte conclusão:

No caso da educação básica, temos uma Torre de Babel protegida sob o conceito politicamente conveniente de 'regime de colaboração'. Segundo esse conceito, as três instâncias podem operar (ou não) redes de ensino; podem financiar (ou não) a educação; e podem escolher onde desejam (ou não desejam) atuar. Resultado: não existe uma instância de poder público que seja responsável (e responsabilizável) pela oferta (ou não) de ensino fundamental. Cada instância faz o que pode e o que quer, supostamente em regime de colaboração.

O modelo federativo adotado pelo Brasil, com a particularidade da inclusão dos municípios como entes federados, torna a estrutura federativa complexa e com entidades superpostas (SILVA, 2006: 250). Não que isso seja necessariamente ruim, entretanto, a falta de definição dos papéis dos entes federativos em relação a certos objetivos e interesses comuns revela a

existência do problema apontado por Hannah Arendt (2004), em relação à coletivização das responsabilidades: quando as responsabilidades são complicadas, corre-se o risco de que de fato, elas não sejam assumidas por ninguém. A realidade brasileira convola um cenário de um modelo artificial de federação, que atua como entrave no desenvolvimento educacional (BUCCI; VILARINO, 2013: 119), o que compromete, sobremaneira, a sua qualidade.

Além disso, as avaliações e instrumentos de aferição do processo ensino/aprendizagem demonstram que o estudante brasileiro não domina a leitura na própria língua nacional, tampouco as quatro operações matemáticas elementares (SOARES, 2013). Se comparados os resultados brasileiros aos internacionais através do Projeto Internacional de Avaliação da Educação, o Programme for International Student Assessment (PISA)²⁰, os resultados do Brasil são ainda piores: o percentual de alunos brasileiros com baixo desempenho de leitura chega a 50%; os que alcançaram desempenho sólido ou alto, perfazem apenas 7,4% do total de alunos brasileiros avaliados (SOARES, 2013: 599).

Muito embora a qualidade da educação constitua uma preocupação constante no arcabouço legislativo educacional, constituindo um direito vinculado e plenamente exigível, tanto para a sua instituição, implementação e consecução, buscando-se a promoção de políticas educacionais, bem como o respectivo financiamento, o resultado prático é pouco verificável – o que não implica, necessariamente, em demérito dos avanços já conquistados. Mas é preciso reconhecer que ainda são insuficientes.

Se, por um lado, a Constituição Federal brasileira se dirige ao legislador ordinário estabelecendo, desde logo, restrições, limites, diretrizes, critérios e princípios gerais, além dos meios a serem adotados e de limitações negativas e positivas a serem estritamente observadas em relação ao direito à educação, sob

20. O PISA é um exame que tem por objetivo avaliar até que ponto os alunos de 15 anos de idade que estão concluindo o ensino básico, em diferentes países, adquiriram os conhecimentos e habilidades em leitura, matemática e ciências, necessários para a participação plena na sociedade. São avaliados estudantes de países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento (OCDE) e de alguns outros países como convidados, como é o caso do Brasil, que, apesar de não ser membro da OCDE, é considerado um país cooperador (SOARES, 2013: 597).

pena de inconstitucionalidade, por outro lado, previsões como a “garantia de padrão de qualidade” (art. 206, VII) demonstram exíguo condicionamento do legislador ordinário. O que é qualidade, quando e de que maneira será assegurado tal padrão fica a critério do legislador, que dispõe de amplo poder de apreciação dos meios e modos de atingir o objetivo. A única limitação à ação do legislador, neste último exemplo, resulta das finalidades da educação expressa no art. 205 – a qualidade da educação para formar o indivíduo, o trabalhador e o cidadão (RANIERI, 2013: 69).

Como se vê, a legislação referente à qualidade da educação, tanto no que tange às prescrições constitucionais, às regras do federalismo brasileiro e às políticas públicas educacionais, em grande medida, repete dispositivos legais já existentes, ratificando-os, no sentido de torná-los obrigatórios. Assim, é interessante questionar acerca das razões pelas quais esses dispositivos legais têm muito mais inocuidade do que cumprimento. E quando são cumpridos, não alcançam resultados significativos.

Todo o debate ao redor do direito à educação de qualidade se deve ao fato de que a própria compreensão de “qualidade” constitui um campo de disputa conceitual: o que é qualidade e quais são os meios necessários para alcançá-la. Em razão disso, a análise acerca da qualidade da educação como caudatária da dignidade humana se mostra imprescindível para desvelar a questão.

Educação de qualidade e dignidade humana

Em que pese o reconhecimento da importância do direito à educação de qualidade, a questão ganha maior relevo, tendo em vista que esse direito inerente a todos os seres humanos, é, de *per si*, um direito humano. Esse direito foi internalizado como direito fundamental²¹ pela Constituição vigente e encontra guarida no direito a ter direitos, defendido por Hannah Arendt como o primeiro direito humano, por meio do qual derivam todos os

21. Utiliza-se o termo direito fundamental com o mesmo conteúdo de direitos humanos, adotando a lição de Fábio Konder Comparato (2008:58): “[...] a distinção, [...], entre direitos humanos e direitos fundamentais (Grundrechte). Estes últimos são os direitos humanos reconhecidos como tais pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais”.

demaís (LAFER, 1988: 99), constituindo predisposição para todos os outros direitos (DE GROOF, 1988), fundamentado na dignidade humana.

A noção de dignidade humana, entretanto, é variável no tempo e no espaço, sofrendo impactos relacionados à historicidade e cultura de cada povo, além de sofrer impactos em razão de circunstâncias políticas e religiosas. Devido à plasticidade e ambiguidade do conceito, muitos autores sustentem a sua inutilidade, auferindo-o ilusório e teórico (BARROSO, 2012: 9).

A sua proteção, todavia, seja no âmbito da filosofia da moral ou do direito, mesmo intuitivamente e desprendida de todo e qualquer contexto, é inegável (VINCENZI, 2013: 75-76). Seu conceito carrega esses dois desdobramentos, muito embora a dignidade do ser humano, como valor moral, seja explicitada em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos e internalizada, no Brasil, pela Constituição Federal de 1988²², ideia que é explicitada por Luís Roberto Barroso (2012: 10):

A dignidade humana tem seu berço secular na filosofia. Constitui assim, em primeiro lugar, um valor, que é conceito axiológico, ligado à ideia do bom, justo, virtuoso. Nessa condição, ela se situa ao lado de outros valores centrais para o direito, como a justiça, segurança e solidariedade. É nesse plano ético que a dignidade se torna, para muitos autores, a justificação moral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Em plano diverso, já com o batismo da política, ela passa a integrar documentos internacionais e constitucionais, vindo a ser considerada um dos principais fundamentos dos Estados democráticos. Em um primeiro momento, contudo, sua concretização foi vista como tarefa exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo. Somente nas décadas finais do século XX é que a dignidade se aproxima do Direito, tornando-se um conceito jurídico, deontológico – expressão de um dever-ser normativo, e não apenas moral e político. E, como consequência, sindicável perante o Poder Judiciário. Ao viajar da filosofia para o Direito, a dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha também *status* de princípio jurídico.

22. No âmbito das políticas públicas, a proteção da dignidade humana deve ter por objetivo estabelecer que as instituições sociais não violem o já conquistado autorrespeito e autoestima de cada indivíduo, importando dizer, que elas devem proteger os cidadãos de toda e qualquer experiência negativa de humilhação, forma mais comum de imputação de dor, começo de toda desumanidade (STERN *apud* VINCENZI, 2013: 76).

A dignidade humana, outrossim, constitui o valor e a norma jurídica de maior relevo na arquitetura constitucional brasileira, integrante, pois, da essência (identidade) da Constituição formal e material (SARLET, 2006:136).

Entretanto, adverte Ingo Wolfgang Sarlet (2006) que, em sua condição de princípio, a dignidade humana, sob pena de uma visão reducionista e monocultural, não pode ser alçada à categoria de norma de feição absoluta, uma vez que sempre está sujeita a algum tipo de restrição. O limite de sua relativização repousa na preservação da vedação de qualquer elemento ou conduta que importe na reificação do ser humano.

Nessa esteira, adverte Christian McGrudden (2008: 679) sobre a importância em se conceber a dignidade humana como arcabouço transnacional, transcultural, não ideológico, humanista, não positivista e, individualista, embora comunitarista.

Para tanto, recorre-se ao pensamento de Luís Roberto Barroso (2012) para quem a dignidade humana e os direitos humanos fundamentais constituem duas faces de uma só moeda, como as faces de Janus – uma, voltada para a filosofia, a expressar valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; e outra, voltada para o direito, a traduzir posições jurídicas titularizadas por indivíduos, tuteladas por normas coercitivas e permeada pela atuação judicial, traduzindo, outrossim, a moral sob a forma do direito. Para tal mister, aponta Barroso (2012) três aspectos essenciais da dignidade: valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana. Com esse teórico, seguem as análises sobre esses três aspectos.

Quanto ao valor intrínseco da dignidade, trata-se de pensar no elemento ontológico da dignidade, atrelado ao ser, ao que é comum a toda a humanidade. Trata-se da afirmação do que não tem preço: inteligência, sensibilidade e comunicação (pela palavra, pela arte, por gestos, pelo olhar, por expressões fisionômicas) como atributos únicos que servem de justificação para essa condição singular. Trata-se de um valor objetivo, que independe das circunstâncias pessoais de cada um, muito embora seja observável a crescente importância dada aos sentimentos de autovalor e auto-respeito que resultam do reconhecimento social (BARROSO, 2012).

Do valor intrínseco da pessoa humana decorre um postulado anti-utilitarista e outro, anti-autoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do ser humano como fim em si mesmo e não como meio para a realização de metas coletivas ou projetos sociais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo e não o contrário. Deve-se ao valor intrínseco o conteúdo essencial de que a dignidade não depende de concessão estatal e não pode ser retirada, nem mesmo pela conduta individual indigna de seu titular. Ela independe até mesmo da própria razão, estando presente até mesmo em pessoas desprovidas de qualquer grau de capacidade mental (BARROSO, 2012).

No plano jurídico, o valor intrínseco impõe a inviolabilidade da dignidade humana e está na origem de uma série de direitos humanos fundamentais, tais como o direito à vida, à igualdade, à integridade física, moral e intelectual (BARROSO, 2012), direitos em que a qualidade da educação visa por assegurar: o direito à educação de qualidade confere ao indivíduo condições de igualdade na medida em que promove o seu saudável desenvolvimento físico e intelectual.

Já a autonomia constitui, segundo Barroso (2012), o elemento ético ligado à razão e ao exercício da vontade na conformidade com as normas. Segundo a concepção kantiana, essas normas seriam aquelas que o próprio indivíduo se imporia; no plano jurídico, porém, as normas são heterônomas, provenientes, em grande medida, do aparato estatal. Desta feita, a autonomia envolve, em primeiro lugar, a capacidade de autodeterminação, enquanto direito do indivíduo de decidir rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade. Significa o poder de valoração moral e escolhas próprias, decisões sobre vida, trabalho, ideologia, espiritualidade e demais opções personalíssimas que não podem ser subtraídas do indivíduo, sem implicar em violação de sua dignidade.

Ao lado da ideia de autonomia, reside a de pessoa, de um ser moral e consciente, dotado de vontade livre e responsável, ao que se pressupõem determinadas condições pessoais e sociais para o seu desenvolvimento, ou seja, a adequada representação e percepção da realidade, que incluem, por certo, informação e ausência de privações essenciais (BARROSO, 2012).

Em sua dimensão jurídica, segundo Barroso (2012), a autonomia como elemento da dignidade constitui a principal ideia subjacente às declarações de direitos em geral, tanto as internacionais quanto as decorrentes do constitucionalismo brasileiro. A autonomia tem uma dimensão privada e outra pública: a autonomia privada reside no âmbito dos direitos individuais, manifestando-se como autonomia privada, presente no conteúdo essencial da liberdade. É preciso, com efeito, que condições para a liberdade estejam presentes, o que traz para esse domínio o direito à igualdade, em sua dimensão material.

No plano dos direitos políticos, a dignidade se expressa como autonomia pública, identificando o direito de cada um de participar do processo democrático, de vez que a democracia é entendida como um projeto comum de autogoverno, importando a cada um o direito de participar e de influenciar da tomada de decisões, não apenas sob o ponto de vista eleitoral, inclusive do debate público e da organização social (BARROSO, 2012), ponto de convergência do direito à educação de qualidade: a educação qualitativa educa e qualifica o ser humano para a cidadania (RANIERI, 2013), bem assim para a sua inserção no mundo político (ARENDDT, 2011).

Pontua ainda Barroso (2012) que a dignidade subjaz aos direitos sociais materialmente fundamentais, em cujo âmbito merece destaque a ideia de mínimo existencial. Para ser livre, igual e capaz de exercer a cidadania, o indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e mental. Importa afirmar que ele tem o direito a determinadas prestações e utilidades elementares. Constitui o núcleo dos direitos sociais elementares à cidadania, como o direito à saúde, à educação qualitativa, ao acesso à justiça etc. e, como tal, independe de prévio desenvolvimento pelo legislador.

O terceiro e último conteúdo da dignidade humana é o seu valor comunitário, o valor social da pessoa humana, também entendido como heteronomia, abrigando, portanto, a ideia do indivíduo em relação ao grupo (BARROSO, 2012). Ele traduz a concepção ligada a valores compartilhados pela comunidade, segundo padrões civilizatórios de vida boa. O que se coloca em questão nesse caso não são escolhas individuais, mas os deveres e responsabilidades a elas associados. Nesse caso, a dignidade como valor comunitário funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade

individual do que um meio de promovê-la. Não se trata aqui em se pensar a liberdade como componente central, mas ao revés: é a dignidade que molda o conteúdo e o limite da liberdade.

A dignidade como valor comunitário destina-se à promoção de valores diversos, tais como a proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes²³, a proteção de direitos de terceiros e a proteção de valores sociais, inclusive de solidariedade²⁴ (BARROSO, 2012).

A imposição coercitiva de valores sociais em geral pelo legislador e eventualmente pelo juiz, em nome da dimensão comunitária da dignidade jamais consiste em uma providência banal, exigindo fundamentação racional consistente. Deve-se levar em conta a existência ou não de um direito fundamental em questão; a existência de consenso social forte em relação ao tema; e a existência de risco efetivo para o direito de outras pessoas (BARROSO, 2012).

A dignidade humana é, portanto, simultaneamente limite e tarefa do Estado, uma vez que a sua preservação deve ser assegurada a partir de uma postura defensiva, ou de cunho negativo, bem como a partir da promoção de condições que permitam seu exercício pleno; daí o seu caráter prestacional – como a educação de qualidade. Para que haja a efetiva fruição do direito, há que se garantir o seu mínimo existencial, pois que, onde seres humanos

23. Diz respeito à proteção do indivíduo em face de si mesmo, de suas próprias decisões. Exemplo emblemático na jurisprudência mundial, a proibição da atividade de entretenimento conhecida como arremesso de anão, em que um portador de nanismo era arremessado em competição em uma casa de espetáculos na França. Em suma, o caso debatia o direito pela autonomia da vontade (a do arremessado, no caso) *versus* a dignidade humana (do próprio arremessado). Prevaleceu o entendimento de proteção à dignidade humana. Cf. Manuel Wackenheim v. France, Communication n. 854/1999, UNDoc CCPR/C/75/D/854/1999 (2002), disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/854-1999.html>>. Acesso em 26 Jul 2017.

24. Adverte Barroso (2012) com ênfase que em relação à dignidade como valor comunitário, é preciso ter especial cuidado para alguns graves riscos envolvidos, que incluem: a) o emprego da expressão como um rótulo justificador de políticas paternalistas, pois que, imposto heteronomamente, é frequentemente associado a conceito jurídicos indeterminados, como ordem pública, interesse público, moralidade pública, portas pelas quais ingressam, em concepções autoritárias ou não plurais, as razões de Estado; b) o enfraquecimento de direitos fundamentais em seu embate com as “razões de Estado”; e c) problemas práticos e institucionais na definição dos valores compartilhados pela comunidade, com os perigos do moralismo e da tirania da maioria.

estiverem condenados a viver na pobreza, desconsiderada a carga axiológica inerente à dignidade humana, os direitos humanos estarão sendo violados (SARLET, 2006).

Assim, a proteção à qualidade da educação, premente, pode ser sinalizada como direito humano fundamental e como tal, merecedora da firmação de um compromisso estatal para com a questão, num novo *ethos* de reconhecimento da importância da qualidade da educação e firmação e proteção da dignidade humana, afinal, pouco adiantam as normativas nacionais se não há prioridade em sua proteção como valor universal.

Assim, os próprios entes federativos, no exercício de suas autonomias voltadas à colaboração poderão, sem receio, se posicionar e se articular favoravelmente quanto ao reconhecimento da importância da qualidade da educação, independentemente da criação de leis e diretivas nacionais específicas, já que o princípio da dignidade humana é norma de aplicabilidade imediata. Afinal, a norma é produto da interpretação do texto legal e, como tal, se sujeita às nuances e percepções daquele que as lê. Sem esse preenchimento de sentido e de importância em se revestir de qualidade a educação, muito de texto se terá, como de fato já se tem, mas pouco de norma se cumprirá.

Adverte Kevin Davis (2011) acerca do perigo da superprodução legislativa, bem assim seu quadro interpretativo meramente positivista, hipótese em se enquadrar as mazelas do cenário de desarticulação do federalismo brasileiro em matéria educacional: quando o volume de pronunciamentos estatais pela via legislativa é exacerbado, além da dificuldade de sua interpretação, o que aumenta e muito o seu grau de indeterminação e hipóteses de contrariedade, dá-se de imediato o prejuízo acerca da percepção do cidadão sobre a legitimidade do sistema jurídico, reduzindo, destarte, o acesso dele a esse sistema.

De se notar que a certeza é uma das principais virtudes de um sistema jurídico (DAVIS, 2011). E não se pode negar que o positivismo contribuiu para a segurança jurídica e para a sistematização de inúmeras categorias e, está, por certo, muito mais arraigado no pensamento corrente do que se imagina, sendo frequentes as interpretações de enunciados normativos indiferentes às consequências e finalidades das normas (NOHARA, 2016:115).

Pontua Barroso (2012: 11), no entanto, que em sua trajetória rumo ao direito, a dignidade humana beneficiou-se do advento de uma cultura jurídica pós-positivista, locução designativa da aproximação entre direito e moral, tornando o ordenamento jurídico permeável aos valores ético-morais, principalmente para o julgamento de casos em que não se encontra a resposta no direito positivo, “casos difíceis” nas palavras do autor, em que há de se recorrer a elementos extrajurídicos, como filosofia moral e filosofia política.

Por essa razão, a compreensão da qualidade da educação fundada na dignidade humana exige interpretação pós-positivista, e, portanto, de carga axiológica, para além do escopo textual, em que se resgata um mínimo ético nos produtos normativos (SIMIONI, 2014).

Sobre os princípios e normas, há que se pontuar a verdadeira revolução defendida por alguns juristas quanto ao entendimento da teoria da norma, em que se desenvolve a ideia de que o princípio compõe a legalidade, não havendo precedência, fazendo-se necessário frisar o caráter normativo do princípio da dignidade humana.

Até meados do século XX, os princípios não eram encarados como espécie normativa, mas tão somente como fundamento e inspiração de outras normas. E, na pior das hipóteses, eram utilizados para suprimento de lacunas *ex lege*. Esse entendimento, porém, encontra-se superado diante da evolução do atual pensamento jurídico.

Nesse sentido, pertinente a observação de Lênio Luiz Streck (2009:61) sobre a relevância do princípio, ponto de conformação sobre o qual decorre todo o saber compreensivo e intelecção do direito em que:

[...] torna-se necessário compreender a origem da diferença entre regra e princípio porque nela – na diferença (e não da cisão) – está novamente a questão que é (ou deve ser) recorrente em qualquer teoria que se pretenda crítica e que objetive transformar o direito em um saber prático: pela regra fazemos uma justificação de subsunção (portanto, um problema hermenêutico-filosófico), que no fundo é uma relação de dependência, de subjugação, e, portanto, uma relação de objetivação (portanto um problema exurgente da predominância do esquema sujeito-objeto); já por intermédio do princípio não operamos mais a partir de dados ou quantidades objetiváveis, isto porque, ao trabalhar com os princípios, o

que está em jogo não é mais a comparação no mesmo nível de elementos, em que um elemento é causa e o outro é efeito, mas, sim, o que está em jogo é um acontecer daquilo que resulta do princípio, que pressupõe uma espécie de ponto de partida, que é um processo compreensivo. Esse é o estado da arte do modos interpretativo que ainda domina o imaginário jurídico prevalente em parcela considerável da doutrina praticada no Brasil. Trata-se, fundamentalmente, de um problema paradigmático, bem representado por aquilo que venho denominando ‘baixa constitucionalidade’ e ‘crise de dupla face’, ambos caudatários de uma espécie de acoplamento do Tribunal de Múnchhausen ao mundo jurídico brasileiro.

Assim, o direito à qualidade da educação prescinde, para além de insumos e processos plenamente auferíveis, a construção de novo *ethos* de proteção a essa categoria a partir da aplicabilidade imediata do princípio da dignidade humana, a fim de conferir um grau máximo de proteção.

O amplo espectro legislativo existente em relação ao direito à educação, por um lado, revela a sua importância, bem como a necessidade de atuação direta do Estado para a sua consecução e efetivo exercício (DE GROOF, 1998). Se, por um lado, verifica-se o esforço do Estado brasileiro em proteger e assegurar o direito à educação, por outro, a falta de definição de “educação de qualidade”, apartada do entendimento de dignidade humana, compromete a substância do próprio direito.

Além disso, a intrincada tessitura normativa construída para proteger o direito, nos moldes do modelo federativo adotado pelo Brasil, dificultam o seu entendimento e a atribuição dos papéis de cada um dos sujeitos envolvidos (ativo e passivos) no que concerne à definição da qualidade para a educação.

A educação de qualidade, como direito humano e predisposição para outros direitos, demanda, para além da firmação de instrumentos legais específicos, a construção de sentidos valorativos para a superação do campo de disputa conceitual que ainda o permeia.

Considerações finais

O direito à educação encontra-se sedimentado no âmbito dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Em relação à qualidade, a questão é controversa, sob a justificativa de falta de instrumentos legais nacionais que deem conta da questão.

Apesar disso, a qualidade da educação é legislada, discutida exaustivamente pelo Estado brasileiro (e até judicializada). Muito embora haja a preocupação para com a demarcação de insumos e processos que contribuem para a qualidade da educação, além de mecanismos de gestão democrática já previstos em instrumentos legislativos e da garantia de financiamento da educação, ainda que pendente a fixação do CAQi e do CAQ, a multiplicidade e a provisoriedade dos textos legais aliadas às distorções do federalismo brasileiro convolvam verdadeira disputa conceitual acerca da qualidade da educação, levando ao descumprimento do direito.

O entendimento acerca da temática urge ampliação. Não se defende aqui a criação pura e simples de instrumentos legais definidores da qualidade, já que essa deve ter seu lastro na dignidade humana. Como princípio, a dignidade humana, por si só, tem força normativa e deve, portanto, ser cumprida no âmbito estatal e no corpo social, preenchendo de sentido a ideia de qualidade da educação.

A proteção a esse direito é medida que se impõe ao Estado, à família e à sociedade. Para além da firmação de textos legais específicos, a qualidade da educação entendida como cumprimento e proteção ao princípio normativo da dignidade humana é medida premente como norma e valor universal, direito e dever de todos e que, portanto, deve ser reconhecido, a fim de que a qualidade da educação fundamentada na dignidade humana seja realmente norma e não apenas, mais um texto.

Referências bibliográficas

- ARAÚJO E OLIVEIRA, João Batista. Avanços e impasses na educação: à guisa de balanço. *Revista do Legislativo*, Belo Horizonte, n.21, jan-mar 1998.
- ABRUCIO, Fernando Luiz. A dinâmica federativa da educação brasileira: diagnóstico e propostas de aperfeiçoamento. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela; SANTANA, Wagner. *Educação e federalismo no Brasil: combater a desigualdade, garantir a diversidade*. Brasília: UNESCO, 2010.
- ABRUCIO, Fernando Luiz. Associativismo territorial para a coordenação intergovernamental. In: ABRUCIO, Fernando Luiz; RAMOS, Mozart Neves. *Regime de colaboração e associativismo territorial: arranjos de desenvolvimento da educação*. São Paulo: Fundação Santillana, 2012.
- ABRUCIO, Fernando Luiz. Federalismo e Educação no Brasil: trajetória recente e principais desafios. In: ABMP; TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento: escritos morais e éticos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- ARENDT, Hannah. A crise na educação. In: ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.
- AZEVEDO, Fernando *et al.* *Manifesto dos pioneiros da educação nova (1932) e dos educadores (1959)*. Recife: Fundação Joaquim Nabuco/Editora Massangana, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Forum, 2012.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1983.
- BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Disponível em <<http://www.educacao.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=14303%3Acne-atribuicoes&catid=323%3Aorgaos-vinculados&Itemid=754>>.
- BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Parecer nº 8/2010.

BRASIL. Ministério da Educação / Secretaria de Articulação com os Sistemas de Ensino (MEC/ SASE), 2014. Planejando a próxima década, conhecendo as 20 metas do Plano Nacional de Educação. Disponível em <<http://pne.mec.gov.br/images/pdf/pne_conhecendo_20_metas.pdf>>.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP. Disponível em: <<<http://www.publicacoes.inep.gov.br/portal/download/1362>>>.

BUCCI, Maria Paula Dallari; VILARINO, Marisa Alves. A ordenação federativa da educação brasileira e seu impacto sobre a formação e o controle das políticas públicas educacionais. In: ABMP; TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Federalismo político e educacional. In: FERREIRA, Naura Syria Carapeto. *Políticas Públicas e gestão da educação*. Brasília: Liber Livro Editoria, 2007.

DE GROOF, Jan. About quality rights in education. *European Journal for Education Law and Policy*, Amsterdam, v. 2, 1998.

DAVIS, Kevin. The concept of legal uncertainty. *SSRN Eletronic Journal*, 2011. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1990813>>.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

McGRUDDEN, Cristopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *The European Journal of International Law*, Oxford, v.19, 2008.

NOHARA, Irene Patrícia. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Atlas, 2016.

OBSERVATÓRIO DO PNE. Disponível em: <<<http://www.observatoriodopne.org.br/>>>.

OLIVEIRA, Romualdo Portela; SOUZA, Sandra Zakia. Introdução. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela; SANTANA, Wagner. *Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade*. Brasília: UNESCO, 2010.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: ABMP; TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAVIANI, Dermeval. Sistema Nacional de Educação articulado ao Plano Nacional de Educação. *Revista Brasileira de Educação*, Campinas, v. 15 n. 44 maio/ago. 2010.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo jurídico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SOARES, José Francisco. Medidas do aprendizado dos alunos das escolas de educação básica. In: ABMP; TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de Canotilho ou de como ainda é válida a tese da constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia). In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT, 2009.

VINCENZI, Brunela Vieira. É digno ser humano? Ou és digno, ser humano? *Revista de Direito Constitucional e Internacional* (IBDC), São Paulo, Ano 21. Vol. 82. Jan-mar 2013.

XIMENES, Salomão Barros. Custo aluno-qualidade: um novo paradigma para o direito à educação e seu financiamento. In: ABMP; TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

I. ASPECTOS TEÓRICOS

PARTE 3

DIREITO À EDUCAÇÃO E
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O relativismo do direito à educação no Brasil: um ensaio

Luiz Henrique Sormani Barbugiani

Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Fernando de Souza Coelho

Doutor e Mestre em Administração Pública e Governo pela Escola de Administração de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas

Professor da Escola de Artes, Ciências e Humanidades da Universidade de São Paulo

Introdução

Alguns temas relacionados ao direito são extremamente espinhosos, mas nem todos apresentam as implicações e irradiações da educação e seu caráter multidisciplinar. Essa constatação é aferível mesmo quando se trata do direito à saúde, pois o ensino formal repercute por toda a vida em nossas ações, pensamentos, desenvolvimento, planejamento, ultrapassando, por conseguinte, os limites do individual para alcançar o grupo familiar e os demais segmentos da sociedade, entrelaçando, com amarras e nós, nosso espírito no tecido social.

A saúde, por óbvio, é tão importante quanto à educação, mas não apresenta as ramificações que esta última proporciona. A capilaridade elevada da educação irriga com conhecimento abalizado as artérias do tecido social dos diversos países e, conseqüentemente, contribui diretamente para o aperfeiçoamento e desenvolvimento dos Estados que se dispuserem a investir no aprimoramento intelectual de seu povo. Não é sem motivos que a preocupação de diversos Estados é mais focada na educação do que na saúde, especialmente quando o objetivo traçado é o desenvolvimento da nação a médio e a longo prazo, o que parece não ter sensibilizado os políticos brasileiros¹.

-
1. “Nos Estados Unidos a educação é direito fundamental devidamente salvaguardado. A qualidade das instituições públicas de ensino é bastante elevada e a garantia de acesso à educação é efetivamente assegurada a todos os cidadãos. No que concerne ao Brasil, apesar de a promoção de um ensino público de qualidade ser exigência constitucional (art. 206, VII) e a questão presente nos planos de campanha dos mais diversos grupos políticos, a sua implementação consubstancia-se, atualmente, em escopo por demais distante de ser alcançado.” (BELLINTANI, 2006: 248)

Não se deve desmerecer, nesse momento, a saúde com as considerações acima narradas porque o indivíduo ou grupo que não a detiver, em níveis aceitáveis, dificilmente terá condições de se aprimorar educacionalmente.

O direito à saúde em si pressupõe também, num sentido mais amplo, um adequado bem-estar mental e social que não pode ser atingido, na maioria das vezes, sem a educação² dada à interpenetração dos direitos sociais.

A assertiva da maior capilaridade da educação em relação à saúde, a nosso ver, consiste na quantidade de instituições de ensino se comparadas com as unidades de atendimento à saúde, bem como no número de profissionais destinados a área educacional que, por sua vez, atinge também os cursos técnicos e de graduação na área da saúde.

Além disso, um indivíduo pode apresentar uma boa genética que o livre ou dificulte o contágio de enfermidades, contudo, dificilmente o mesmo indivíduo conseguirá, independentemente da educação em seus diversos segmentos, ou melhor, sem passar pelo ensino fundamental, pelo médio até alcançar o nível educacional superior; enfim, graduar-se para o exercício de uma profissão que exija essa condição.

Ainda nessa seara, as formas de prevenção e recuperação da saúde também podem ser aplicadas pelos cidadãos sem necessidade de um atendimento num hospital ou unidade de saúde e, para isso, devem os indivíduos deter conhecimento do vernáculo para interpretar corretamente os signos linguísticos ou compreender o discurso oral relativo à transmissão dos conhecimentos necessários para sua preservação, interferindo diretamente nos cuidados pessoais e familiares.

2. “A saúde, reconhecida como direito humano, passou a ser objeto da Organização Mundial de Saúde (OMS) que, no preâmbulo de sua Constituição (1946), assim a conceitua: “Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. Observa-se, então, o reconhecimento da essencialidade do equilíbrio interno e do homem com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a conceituação da saúde, recuperando os trabalhos de Hipócrates, Paracelso e Engels”. (DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. Revista de saúde pública, v. 22, n. 1, p. 57-63, 1988. p. 58. Disponível em < <http://www.revistas.usp.br/rsp/article/view/23471/25508> > Acesso em 03.08.2017).

O Estado e a Política Educacional

A política pública apresenta o designativo ‘público’, tendo em vista a exigência de impessoalidade na sua idealização e implementação, almejando o bem-estar geral da população mesmo quando é direcionada para um determinado segmento social, visto que, nesses casos, o objeto é a pacificação da sociedade, atendendo exigências ou necessidades segundo uma concepção de igualdade material e não meramente formal.

O dicionário Aurélio Buarque de Holanda apresenta as diversas facetas do substrato do termo política:

“Política. [F. subst. de político] S. f. 1. Ciência dos fenômenos referentes ao estado; ciência política. 2. Sistema de regras respeitantes à direção dos negócios públicos. 3. Arte de bem governar os povos. 4. Conjunto de objetivos que informam determinado programa de ação governamental e condicionam a sua execução. 5. Princípio doutrinário que caracteriza a estrutura constitucional do Estado. 6. Posição ideológica a respeito dos fins do Estado. 7. Atividade exercida na disputa dos cargos de governo ou no proselitismo partidário. 8. Habilidade no trato das relações humanas, com vista à obtenção dos resultados desejados. 9. P. ext. Civilidade, cortesia. 10. Fig. Astúcia, ardil, artifício, esperteza. [Cf. política do v. politicar.]” (FERREIRA, 1999:1599).

Na visão de De Placido e Silva, o termo política é o mesmo no âmbito filosófico e jurídico:

“Do grego *politiké*, possui, na acepção jurídica, o mesmo sentido filosófico, em que é tido: designa a *ciência de bem governar um povo*, constituído em Estado. Assim, é seu objetivo estabelecer os princípios, que se mostrem indispensáveis à realização de um governo, com o cumprimento de suas precípuas finalidades em melhor proveito dos governantes e governados. Nesta razão, a *política* mostra o *corpo de doutrinas*, indispensáveis ao bom governo de um povo, dentro das quais devem ser estabelecidas as *normas jurídicas* necessárias ao bom funcionamento das instituições administrativas do Estado, para que assegure a realização de seus fundamentais objetivos, e para que traga a tranquilidade e o bem-estar a todos quantos nele se integrem” (SILVA, 2012:1054).

Norberto Bobbio, por sua vez, identifica a origem da palavra política no designativo “cidade”:

“Derivado do adjetivo de pólis (*politikós*), significando tudo aquilo que se refere à cidade, e portanto ao cidadão, civil, público e também sociável e social, o termo “política” foi transmitido por influência da grande obra de Aristóteles, intitulada Política, que deve ser considerada o primeiro tratado sobre a natureza, as funções, as divisões do Estado, e sobre as várias formas de governo, predominantemente no significado de arte ou ciência do governo, isto é, de reflexão, não importa se com intenções meramente descritivas ou também prescritivas (mas os dois aspectos são de difícil distinção), sobre as coisas da cidade” (BOBBIO, 2000:159).

Em nossa concepção, o atrelamento da política com a cidade decorre da identificação do sujeito de direitos como cidadão, o que se aperfeiçoou nos ordenamentos jurídicos contemporâneos para englobar também os estrangeiros residentes num determinado país, independentemente da nacionalidade, preceito típico da democracia e dos direitos humanos.

Dentro da noção de política, um dos elementos abordados consiste na ligação umbilical dela com o poder, como bem expressa Reinaldo Dias:

“O conceito de política como práxis humana está intimamente relacionado com a noção de poder. Isto é, quem faz política busca ou exerce o poder – o homem exercendo poder sobre outro homem, ou sobre determinado grupo social – com o objetivo de obter alguma vantagem pessoal ou coletiva”. (DIAS, 2008:02)

Norberto Bobbio, de outro lado, demonstra a mutabilidade dos ideais políticos, que variam conforme as circunstâncias sociais consideradas relevantes por um grupo ou pela classe dominante presente nele:

“(…). Com relação ao fim da política, a única coisa que se pode dizer é que, se o poder político é, exatamente em razão do monopólio da força, o poder supremo em um determinado grupo social, os fins que vierem a ser perseguidos por obra dos políticos são os fins considerados segundo as circunstâncias preeminentes para um dado grupo social (ou para a classe dominante daquele grupo social). Isso significa que não há fins da política para sempre estabelecidos, e muito menos um fim que compreenda todos os outros e possa ser considerado o fim da política: os fins da política são tantos quantos forem as metas a que um grupo organizado se propõe, segundo os tempos e as circunstâncias. Esta insistência no meio mais do que no fim corresponde de resto ‘*communis opinio*’ dos teóricos do

Estado, os quais excluem o fim dos chamados elementos constitutivos do Estado” (BOBBIO, 2000: 167).

Assim, muitas vezes, quem detém o poder pode eleger e projetar a política, sob uma aparência democrática de destinação impessoal quando, na realidade, oculta objetivos específicos nem sempre legítimos e mutáveis.

Como os anseios do povo podem variar segundo aspectos ou circunstâncias religiosas, sociais, culturais, econômicas e etnológicas vigentes numa equação espaço-temporal, nem sempre é possível de pronto identificar desvios no estabelecimento, na projeção e na implementação de uma política. Isso decorre também da legitimação democrática dos cargos do Poder Executivo e do Legislativo por meio de eleições diretas, o que transfere aos eleitos poderes para deliberar sobre o conteúdo e os limites da política educacional justamente por serem representantes do povo. Essa representação não se baseia em um contrato escrito, pois decorre do voto e justamente por isso não possui um parâmetro seguro de validação ou conformação legitimante.

Aliado a isso, o desenvolvimento da política, ao longo dos séculos, transformou-a em ciência, com princípios, métodos e âmbito de pesquisa próprio, sendo seu principal objeto de estudo os fatos políticos³. Todavia, apesar da política encontrar-se numa acepção mais técnica, na era contemporânea, apresenta as mesmas dificuldades das ciências humanas do “mundo do dever ser” e não do “mundo do ser”, dado o subjetivismo que demarca seus preceitos em contraposição ao objetivismo das ciências baseadas nas leis da natureza⁴.

Para entender a preciosidade da política basta conceber que ela tem como objetivo fundamental o bem comum da sociedade, envolvendo uma

3. Reinaldo Dias delimita o objeto de estudo da ciência política da seguinte forma: “A ciência política é uma ciência social que estuda o exercício, a distribuição e a organização do poder na sociedade. Como ciência social, procura estudar os fatos políticos, que envolvem tanto acontecimentos e processos políticos, como o comportamento político que se expressa concretamente na interação social” (DIAS, 2008:01).

4. Nas ciências humanas, ao contrário das ciências da natureza, coexistem teorias positivas e normativas. Os argumentos positivos baseiam-se no que é passível de verificação pelo método científico – a descrição do que é –, e os argumentos normativos baseiam-se no *a priori de ideologias e juízos de valor – na prescrição do que deve ser. Logo, a objetividade tem limitações nas ciências humanas e a neutralidade é relativizada pelas interpretações e conflito de interesses na sociedade.*

infinidade de questões, que vão desde a eleição de prioridades, sua localização no tempo e espaço, avaliação de seu custo-benefício, probabilidade de êxito, planejamento estratégico e alocação de recursos, dentre tantos outros que devem ser necessariamente implementados com participação democrática para legitimar a atuação do Estado.

O Estado do Bem-Estar Social surgiu com a crise do Estado Liberal, fruto dos ideais libertários da Revolução Francesa em que a interferência estatal na sociedade era mínima, restringindo-se à manutenção da segurança interna e externa do país.

Norberto Bobbio identifica essa atuação na defesa interna e externa do país como o fim mínimo da política:

“... a ordem pública nas relações internas e a defesa da integridade nacional nas relações de um Estado com os outros Estados. Esse fim é mínimo, porque é a *conditio sine qua non* para a realização de todos os outros fins, sendo, portanto com eles compatível. Mesmo o partido que deseja a desordem, deseja a desordem não como objetivo final, mas como momento obrigatório para transformar a ordem existente e criar uma nova ordem” (BOBBIO, 2000:167)

O Estado Liberal fundamentava-se na não intervenção estatal na sociedade, com fulcro numa concepção de igualdade de todos, sem distinção de qualquer tipo, deixando o mercado e todas as relações inerentes aos indivíduos se regularem livremente, como, por exemplo, “a lei da oferta e da procura” na ordem econômica. Dessa forma, não havia uma regulação minuciosa do Estado no tocante às relações sociais e, quando surgiam normas específicas, vislumbrava-se o nítido caráter individualista da normatização sem resguardo do interesse coletivo que permanecia relegado a um segundo plano.

Com o passar das décadas percebeu-se que a igualdade dos homens que embasava o Estado Liberal era meramente aparente, sendo certo que as diferenças econômicas geravam uma discrepância que afetava e distorcia a utópica igualdade natural de todos os cidadãos.

Bertrand Russell, ao analisar esse fenômeno, salienta que enquanto os homens pretenderem praticar violências em face dos demais, não se poderá autorizar a liberdade absoluta, demonstrando os efeitos maléficos do liberalismo pleno:

“[...] Enquanto alguns homens desejarem cometer violências contra os demais não poderá haver completa liberdade: ou a vontade de cometer a violência deverá ser coibida, ou a vítima terá de sofrê-la. Por esta razão, embora os indivíduos e as sociedades devam ter a máxima liberdade em seus próprios assuntos, não devem ter completa liberdade em relação aos assuntos dos outros. Dar liberdade para que o forte oprima o fraco não é um caminho para assegurar a maior quantidade possível de liberdade no mundo. Este é o fundamento da revolta socialista contra o tipo de liberdade que defendiam os economistas do *laissez-faire*” (RUSSELL, 2001:22).

Diante desse desequilíbrio fruto das relações socioeconômicas surgiu o Estado do Bem-Estar Social.

Essa nova roupagem do Estado partiu de uma artificial desigualdade jurídica, com a estipulação de vantagens a favor dos hipossuficientes, consubstanciada na edição de normas de ordem pública inafastáveis pela vontade das partes, que incidiriam como cláusulas obrigatórias em contratos variados, visando compensar uma flagrante desigualdade econômica pré-existente, que possibilitava a imposição da vontade de uma das partes em detrimento da outra.

Assim, a remodelação do Estado buscou transformar a igualdade meramente formal numa igualdade verdadeiramente material entre as pessoas na vida em sociedade.

Paulo Bonavides, citando Vierkanndt, de maneira abalizada, relata a dramática situação dos mais fracos diante da falsa igualdade do liberalismo que, num mundo de desigualdades das mais variadas espécies, somente autoriza a liberdade de “morrer de fome” aos oprimidos e aos opressores a de “oprimir”:

“Mas, como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais -, termina ‘a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome’” (BONAVIDES, 2007: 61).

O *Welfare State* surgiu, por conseguinte, com o intuito de promover uma maior intervenção do Estado na economia e nas relações sociais, a fim

de evitar o surgimento de conflitos sociais decorrentes do abuso do poder econômico, social, político e pessoal em afronta ao princípio da igualdade.

Assim, uma política educacional legítima e efetiva deve englobar um conjunto de medidas tendentes a propiciar aos habitantes de um determinado Estado o livre acesso à educação básica e superior, sem descuidar da qualidade do ensino, visando, portanto, estimular o desenvolvimento contínuo do país.

O trabalho da política será justamente incentivar a alfabetização e a continuidade dos estudos nos níveis fundamental, médio e superior, não só para o crescimento dos indivíduos na perspectiva da formação de capital humano, mas também para que eles possam atender as demandas da sociedade nas atividades essenciais e em outras que a evolução da tecnologia exija conhecimento no prisma de formação para a cidadania. Isso não deve significar que todos sejam obrigados a estudar até terminarem o nível superior, pois como bem salientou José Roberto Pinto de Góes, ao redigir a apresentação da obra de Thomas Sowell, “Ação afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico”, não se pode confundir “educação com diploma”⁵.

O estímulo à educação como política de Estado deve ser estabelecido a curto, a médio e a longo prazo, não sendo apenas um pedaço de papel ou projeto com meras palavras de impacto político, pois é necessário dar cumprimento – no caso do Brasil, por exemplo – ao artigo 214 da CF⁶, objetivando propiciar a cada indivíduo conhecimentos suficientes para que

-
5. “[...]. Enquanto nada muda no estado precário da escola pública, pretende-se forçar as portas das universidades para fazer entrar os mais pobres – com o argumento de que eles também têm “direito” ao ensino superior. Confundindo educação com diploma, os termos desta equação só podem levar à perpetuação da pobreza” (SOWELL, 2004: xi).
 6. 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 que conduzam a:
(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)
I - erradicação do analfabetismo;
II - universalização do atendimento escolar;
III - melhoria da qualidade do ensino;
IV - formação para o trabalho;
V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.
VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

reconheça seus direitos enquanto cidadão e possa exercer uma profissão, seja por meio da graduação em nível superior, seja pelo ensino técnico ou, ainda, mesmo que não conclua os estudos no ensino médio, possa efetivamente ser o senhor do seu destino.

O relativismo do Direito à Educação no Brasil

Ao se ponderar sobre o relativismo do Direito à Educação devemos nos atentar para os termos plurissignificativos “Direito” e “Educação”. Essa constatação por si só já seria suficiente para assegurar um relativismo em sua compreensão, sendo notoriamente debatida a amplitude do termo Direito no meio jurídico.

No tocante à educação, a variabilidade de conteúdo também é significativa, bastando verificar o que consta no dicionário da língua portuguesa:

“Educação. [Do lat. educatione] S. f. 1. Ato ou efeito de educar(-se) 2. Processo de desenvolvimento da capacidade física, intelectual e moral da criança e do ser humano em geral, visando à sua melhor integração individual e social: educação da juventude; educação de adultos; educação de excepcionais. 3. Os conhecimentos ou as aptidões resultantes de tal processo; preparo: É um autodidata: sua educação resultou de sério esforço pessoal. 4. O cabedal científico e os métodos empregados na obtenção de tais resultados; instrução, ensino: É uma autoridade em educação, sendo seus livros largamente adotados. 5. Nível ou tipo de ensino: educação primária; educação musical; educação sexual; educação religiosa; educação física. 6. Aperfeiçoamento integral de todas as faculdades humanas. 7. Conhecimento e prática dos usos de sociedade; civilidade, delicadeza, polidez, cortesia: Vê-se que é pessoa de muita educação. 8. Arte de ensinar e adestrar animais; adestramento: a educação de um cão, de uma foca. 9. Arte de cultivar as plantas e de as fazer reproduzir nas melhores condições possíveis para se auferirem bons resultados. Educação à distância. V. teleducação. Educação especial. Modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino para educandos portadores de necessidades (v. portador de necessidades especiais)” (FERREIRA, 1999:718).

A educação na visão de De Placido e Silva não destoa da amplitude inerente ao conceito:

“Derivado do latim *educativo*, de *educare* (instruir, ensinar, amestrar), é geralmente empregado para indicar a *ação de instruir* e de *desenvolver* as faculdades físicas, morais e intelectuais de uma criança ou mesmo de qualquer ser humano. Nesta razão, *educação* não possui somente o sentido estrito de ação de ensinar ou de instruir, no conceito intelectual. Abrange toda e qualquer espécie de educação: física, moral e intelectual, consistindo assim em se ministrar ou fazer ministrar *lições*, que possam influir na *formação* intelectual, moral ou física, a fim de prepará-la, como é de mister para ser útil à coletividade. (...)”(SILVA, 2012: 511)

A perspectiva por nós defendida vai um pouco mais além e ressalta a dificuldade de garantir o direito à educação sem que a política de Estado efetivamente adotada seja coerente na implementação de todos os direitos sociais assegurados em nossa Constituição Federal.

O artigo 6º da CF estabelece que:

“são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Todos os direitos sociais encontram-se emaranhados numa relação de interdependência: sem o trabalho não se consegue remuneração adequada para proporcionar moradia, alimentação e lazer, que, por sua vez, afetam a saúde, interferindo no aprendizado (educação) que sem o transporte para as escolas e as universidades sequer é efetivado. Essa é apenas uma das inúmeras conjunções de direitos sociais que podem ser identificadas. O inciso II, do artigo 208, da CF, reforça essa compreensão⁷.

O próprio salário mínimo previsto no artigo 7º, da CF deve ser “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo”, o que demonstra a interpenetração dos direitos supracitados e sua implicação individual e coletiva (familiar e social).

7. Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) II - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

Observa-se que, para nossa reflexão, importará a educação como o direito do ser humano de adquirir conhecimentos diversificados, possibilitando a todos o desenvolvimento de suas aptidões físicas, morais e intelectuais necessárias à vida em sociedade, além da realização pessoal e plena como indivíduo pertencente a um todo representado pelo organismo social.

Jean Piaget apresenta entendimento muito semelhante ao acima exposto e de grande valia para a compreensão do que vem a ser educação na era hodierna:

“Afirmar o direito da pessoa humana à educação é pois assumir uma responsabilidade muito mais pesada que a de assegurar a cada um a possibilidade da leitura, da escrita e do cálculo: significa, a rigor, garantir para toda criança o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual. É antes de tudo, por conseguinte, assumir a obrigação - levando em conta a constituição e as aptidões que distinguem cada indivíduo - de nada destruir ou malbaratar das possibilidades que ele encerra e que cabe à sociedade ser a primeira a beneficiar, ao invés de deixar que se desperdicem importantes frações e se sufoquem outras” (PIAGET, 2007: 34).

O relativismo do direito à educação é ressaltado pela compreensão variável condicionada por elementos difusos que cada indivíduo, cidadão, criador, intérprete ou aplicador das normas constitucionais e infraconstitucionais detém do próprio fenômeno educação.

Aliado a uma multiplicidade de concepções sobre a realidade educacional do país, podemos destacar a ausência de isonomia e uniformidade na prestação dos serviços de educação, no âmbito público e privado, para todos os membros da sociedade em qualquer grau.

Uma das facetas desse relativismo aqui defendido consiste na maior preocupação de alguns agentes políticos com uma aparência de tutela do direito à educação do que com programas e práticas efetivas, que elevem o nível educacional da sociedade. O conhecimento traz consigo, como se fosse uma verdadeira projeção, a percepção da realidade das coisas decorrente da compreensão. Quem compreende pode contestar o processo e isso pode gerar desconforto e resistência, o que, muitas vezes, é indesejado no cenário político.

As reformas no sistema educacional brasileiro são evidentemente necessárias, mas devem pautar-se numa estratégia embasada em dados analíticos fiáveis. Como um processo nessa perspectiva é complexo por natureza (a demora intrínseca à colheita de informações, à compilação dos dados, à organização e ao planejamento das propostas, à aprovação e à implementação da política e de seus instrumentos de acompanhamento e de fiscalização), há um afastamento do interesse de políticos que desejam apresentar resultados imediatos aos eleitores ou, ao menos, aparentemente imediatos, independentemente do desempenho (eficiência, eficácia e efetividade) do que está em fase de execução ou dos reflexos diretos e indiretos na sociedade e, numa aceção mais dramática, no futuro do país a médio e longo prazo.

Um embuste muito utilizado há séculos pelos conquistadores consiste no adágio “dividir para conquistar”, fato que não é diferente quando o assunto é política educacional. Por exemplo, elementos inseridos no sistema, como as cotas e outros fatores discriminantes referentes a etnias ou segmentos sociais na educação superior, apesar de seu potencial de inclusão social como política pública de ação afirmativa, podem enfraquecer o intento de melhoria da educação básica ofertada pelo setor público.

Em nossa concepção, devemos combater o relativismo do Direito à educação procurando, na medida do possível, objetivar esse Direito concretizando a Educação sem distinção de classes, credos, etnias, raças, segmentos, pensando sempre no futuro do país ao estimular a liberdade sem discriminação e com consciência coletiva.

Em alguns países, as opções para os estudantes escolherem as profissões são estabelecidas segundo as necessidades da sociedade e baseadas na meritocracia, com a preocupação da absorção desses profissionais no mercado de trabalho. Um exemplo: qual será a vantagem de uma nação com milhares de pessoas com diploma em cursos de graduação de Direito ou de Administração, se não existem empresas ou postos de trabalho suficientes para a absorção dessa mão-de-obra? Não seria mais lógico incentivar a formação em áreas com poucos profissionais e demandas crescentes como, no caso brasileiro, a área da saúde, da tecnologia e das energias sustentáveis e da indústria criativa?

O diploma não pode ser um fim em si mesmo⁸. Ao se permitir um excesso de cursos superiores em áreas já sobrecarregadas com muitos profissionais e pouca oferta de emprego, elevam-se as condições de desequilíbrio no mercado de trabalho. Além disso, o desemprego não só afetará às famílias, mas também o psíquico dos trabalhadores será fragilizado. A propaganda ilusória de que os esforços múltiplos para que o indivíduo ingresse e termine um curso superior serão recompensados com sucesso imediato⁹ está se fragilizando pela impossibilidade do exercício da profissão para a qual se estudou durante anos.

Uma situação é a livre opção do graduado num curso superior ou num técnico de determinada área migrar para outra por motivos pessoais ou familiares; outra situação, no entanto, consiste na triste realidade de não ter opção de escolha porque o mercado não comporta a sua atividade e não se sabe atuar em outra área.

Essa preocupação é a essência do artigo 205 da CF, ao consignar que “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

-
8. “Quanto ao ensino superior não consta na lei natural que alguém tenha direito a este nível de ensino, pois qualquer pessoa pode realizar-se perfeitamente sem cursar uma universidade. Não é necessário para a vida humana digna, decente e bem vivida que determinada pessoa tenha cursado estudos superiores. Quanto à lei positiva também não consta que exista este direito legal comprovado, pois não há lei que diga que todas as pessoas necessitam cursar estudos acima dos fundamentais, ou de primeiro grau, e, com limitações, de segundo grau. Portanto, sob nenhum aspecto, seja do ponto de vista natural, seja do legal, existe um direito líquido de qualquer pessoa ao ensino superior” (SCHMITZ, 1984: 56).
 9. “Uma das piores influências negativas do vestibular e do sistema universitário em geral sobre todo o ensino anterior é que se cria a crença e convicção de que, para ser um bom técnico ou ser aceito na comunidade e na sociedade de consumo, é necessário possuir um diploma universitário. A própria sociedade tem culpa na supervalorização dos estudos universitários, e com isso do vestibular, em detrimento do ensino de segundo grau (hoje, ensino médio). Se a sociedade não considerasse de maneira tão desvalorizada os profissionais ou técnicos de segundo grau, eles não se sentiriam urgidos ou impelidos a procurar o ensino superior a todo custo. E o pior é que se cria uma inflação de técnicos e profissionais de nível superior, quando se sofre uma falta generalizada e séria de bons técnicos de nível intermediário. Neste nível proliferam os leigos, os não técnicos, que, naturalmente, com esforço e perseverança podem alcançar um bom nível de desempenho técnico, mas não deixam de ser autodidatas” (SCHMITZ, 1984: 124).

sua qualificação para o trabalho”. Ou, como consagra a LDB, de 1996, a formação do cidadão-produtivo.

O *caput* do artigo 26 da Lei nº 9.394/96, ao expressar que “os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos”, demonstra, da mesma forma, uma atenção especial com as necessidades da comunidade em que os indivíduos estão inseridos. O inciso II, do artigo 35, do mesmo diploma legal, indica, por sua vez, como uma das finalidades do ensino médio “a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores”, enquanto o inciso III “o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico”, o que parece demonstrar a inclinação do legislador para a manutenção do equilíbrio entre trabalho e cidadania associado a um devido acompanhamento da evolução e das exigências sociais, em conformidade aos mandamentos constitucionais.

O artigo 43 da Lei nº 9394/96 especifica as finalidades da educação superior com o estabelecimento de diretrizes¹⁰ que se preocupam com o

10. Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;

II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;

III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;

IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;

V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;

VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;

desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, mas se todas elas não deixarem de serem meras normas programáticas, com uma política pública efetiva e não meramente aparente acerca da tutela do direito à educação, muito provavelmente, nenhum resultado concreto será alcançado e tais disposições não passarão de uma mera carta de intenções sem consciência coletiva.

Como o ensino superior não é obrigatório, ganha importância os artigos 36-A a 36-D da Lei nº 9394/96, em que se dispõem sobre a educação profissional técnica de nível médio, situação que deve ser cada vez mais incentivada pelas políticas públicas, assegurando capacitação técnica para os estudantes que optem por não continuar os estudos em nível superior.

Uma questão muito pouco abordada e praticamente desconsiderada na implementação da política educacional, sem qualquer tipo de divulgação na mídia, consiste na ausência de investimento específico na educação especial. Se já é pouco usual o rol de investimentos na educação especial, como preconizado nos artigos 58, 59, 59-A e 60 da Lei nº 9394/96¹¹, em relação

VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição.

VIII - atuar em favor da universalização e do aprimoramento da educação básica, mediante a formação e a capacitação de profissionais, a realização de pesquisas pedagógicas e o desenvolvimento de atividades de extensão que aproximem os dois níveis escolares (Incluído pela Lei nº 13.174, de 2015).

11. Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013).

§ 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.

§ 2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.

§ 3º A oferta de educação especial, dever constitucional do Estado, tem início na faixa etária de zero a seis anos, durante a educação infantil.

Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação: (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades;

II - terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para

às crianças com deficiência e transtornos globais do desenvolvimento, sequer são abordados como deveriam os casos de altas habilidades ou superdotação. Invariavelmente afirma-se que as crianças são o verdadeiro futuro do país, mas nada de efetivo é implementado para que esse futuro seja o melhor possível não só para elas como também para toda a sociedade.

No âmbito internacional, o artigo XXVI, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, da ONU, ressalta que “todo ser humano tem direito à instrução” com orientação ao pleno desenvolvimento de sua personalidade franqueando o livre acesso à “instrução técnico-profissional”¹².

concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados;

III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;

IV - educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora;

V - acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular.

Art. 59-A. O poder público deverá instituir cadastro nacional de alunos com altas habilidades ou superdotação matriculados na educação básica e na educação superior, a fim de fomentar a execução de políticas públicas destinadas ao desenvolvimento pleno das potencialidades desse alunado (Incluído pela Lei nº 13.234, de 2015).

Parágrafo único. A identificação precoce de alunos com altas habilidades ou superdotação, os critérios e procedimentos para inclusão no cadastro referido no *caput* deste artigo, as entidades responsáveis pelo cadastramento, os mecanismos de acesso aos dados do cadastro e as políticas de desenvolvimento das potencialidades do alunado de que trata o *caput* serão definidos em regulamento.

Art. 60. Os órgãos normativos dos sistemas de ensino estabelecerão critérios de caracterização das instituições privadas sem fins lucrativos, especializadas e com atuação exclusiva em educação especial, para fins de apoio técnico e financeiro pelo Poder Público. Parágrafo único. O Poder Público adotará, como alternativa preferencial, a ampliação do atendimento aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação na própria rede pública regular de ensino, independentemente do apoio às instituições previstas neste artigo (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013).

12 “Artigo XXVI.

1. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade

A Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, no artigo 26, ao discorrer sobre a educação, ressalta o seu desenvolvimento progressivo, com razoabilidade e proporcionalidade aos recursos disponíveis do Estado:

“Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados” (GUERRA, 2006: 210).

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em diversas disposições, também assegura o direito à educação, esclarecendo que ela “deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre”¹³.

humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos” (GUERRA, 2006: 166).

13. “Art. 13 - 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
2. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:
- a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos.
 - b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.
 - c) A educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.
 - d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária.

Com a edição da Emenda nº 59, de 2009, à Constituição Federal Brasileira, que alterou a redação do inciso I, do artigo 208, especificando que “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”¹⁴, percebe-se a importância da formação dos jovens para nosso país.

Diante desse contexto, a educação básica englobará a educação infantil, o ensino fundamental e o médio, conforme previsto nos artigos 4º (redação da

e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.

3. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais - de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

4. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no § 1o do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo estado.

Art. 14 - Todo Estado-parte no presente Pacto que, no momento em que se tornar parte, ainda não tenha garantido em seu próprio território ou território sob a sua jurisdição a obrigatoriedade ou a gratuidade da educação primária, compromete-se a elaborar e a adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano de ação detalhado, destinado à implementação progressiva, dentro de um mínimo razoável de anos estabelecido no próprio plano, do princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos.

Art. 15 - 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

a) Participar da vida cultural;

b) Desfrutar o progresso científico e suas aplicações;

c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

2. As medidas que os estados-partes no presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.

3. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.

4. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura” (GUERRA, 2006: 198-199).

14. Para maiores esclarecimentos sobre a matéria recomendável a leitura da obra de BARBUGIANI, 2017.

Lei nº 12.796, de 4 de abril de 2013) e 21¹⁵, da Lei nº 9394/96, sendo que as demais normas infraconstitucionais que não foram alteradas para se conformar com o texto constitucional perderam a validade, como, por exemplo, os incisos I e II do artigo 54¹⁶ do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com a criança e o adolescente na escola, a prioridade será proporcionar uma igualdade de resultados e não de meras oportunidades¹⁷. Acreditamos que os princípios que são estipulados pelo artigo 206¹⁸ da CF para embasar

15. Art. 21. A educação escolar compõe-se de:

- I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio;
- II - educação superior.

16. Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:

- I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
- II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;

(...)

17. “A oposição que apresentei aqui, como oposição entre igualdade de pontos de partida e igualdade de pontos de chegada, foi também apresentada como oposição entre igualdade de oportunidades e igualdade de resultados, e considerada como representativa da oposição entre uma concepção individualista e pluralista e uma concepção solidária e comunitária da sociedade. De acordo com a primeira, basta que sejam comuns as regras do jogo e que qualquer um seja colocado em condições de poder participar do jogo: é mais do que natural que um jogo termine com um vencedor e um vencido. De acordo com a segunda, que haja um vencedor e um vencido é exatamente o que deve ser evitado, mas para evitar que isto aconteça é preciso fazer não com que todos possam participar do jogo, mas que todos, na mesma medida, possam sair vencedores” (BOBBIO, 2000: 302).

18. 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).

o ensino não são meramente figurativos, ressaltando, dentre outras coisas: igualdade no acesso e na permanência na escola; liberdade de pensamento em aceção ampla (pesquisar, ensinar, aprender, divulgar); padrão de qualidade; valorização dos profissionais da educação e culto ao pluralismo.

Assim, constata-se que, apesar do extenso arcabouço legislativo, ainda estamos muito distantes da plena observação dessas diretrizes e parâmetros na prática de nossa política educacional, corroborando o argumento do relativismo do direito à educação no Brasil.

Considerações Finais

As dificuldades em analisar o fenômeno “educação” se intensificam quando a abordagem passa pelo “direito à educação”, especialmente num país que possui um arcabouço legislativo exemplar assegurando a essência desse direito com a previsão de planos, metas e programas adequados, mas na implementação dessas normas não consegue alcançar os resultados almejados pela sociedade.

O ponto positivo da situação brasileira consiste justamente na existência de uma legislação específica regulando o direito essencial à educação com preocupação direcionada ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade em conjunto. O lado negativo encontra-se na dificuldade de efetivação do que se vislumbra previsto na norma positivada.

Uma política educacional em prol do direito à educação não deve ser planejada e implementada em função de pedidos de grupos e subgrupos tão somente, pois aqueles que não pedem ou não solicitam algo, evidentemente, não é porque não apresentam necessidades peculiares e legítimas que merecem atendimento num Estado Democrático de Direito.

Não cabe apenas atender pedidos para se assegurar a democracia do regime, mas principalmente perguntar quais são as necessidades da população e na medida do possível atendê-las, em caráter geral, segundo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade em sintonia com a receita pública disponível, uma vez que os serviços públicos existem em atenção ao bem-estar de toda a população.

Essas considerações, sem a pretensão de esgotar a matéria, almejam propiciar o contínuo debate sobre o direito à educação e, no momento,

ressaltar o seu relativismo concreto.

À guisa de conclusão, vale ressaltar: conhecimento é poder; e poder conhecer só se alcança com educação!

Referências bibliográficas

BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do Direito: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. *Educação e trabalho: aspectos relevantes do entrelaçamento desses direitos sociais no âmbito nacional e internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Michelangelo Bovero (Org.). Daniela Beccaccia Versiani (Trad.). Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2007.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. *Revista de saúde pública*, v. 22, n. 1, p. 57-63, 1988. P. 58. Disponível em < <http://www.revistas.usp.br/rsp/article/view/23471/25508>> Acesso em 03.08.2017.

DIAS, Reinaldo. *Ciência Política. São Paulo: Atlas, 2008*.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 1999.

GUERRA, Sidney. *Tratados e Convenções Internacionais*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?* Ivette Breaga (trad.). Rio de Janeiro: José Olympio, 2007.

RUSSELL, Bertrand. *Ideais políticos*. Pedro Jorgensen Jr (trad.) Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

SCHMITZ, Egídio. F. *Caminhos da universidade brasileira: filosofia do ensino superior*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1984.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SOWELL, Thomas. *Ação afirmativa ao redor do mundo: estudo empírico*. Brízida, Joubert de Oliveira (trad.). Rio de Janeiro: UniverCidade Editora, 2004.

Parceria público-privada na educação

Eduardo Calmon de Almeida César

*Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Juiz de Direito do Estado de Mato Grosso*

Introdução

A pesquisa científica objetiva trazer à dinâmica educacional brasileira a utilização do instituto da parceria público-privada como viabilidade jurídica para a implantação de nova metodologia de gestão privada, em escolas públicas, e eficiência do controle orçamentário.

A propósito, as Parcerias Público-Privadas (PPP) são contratos de concessão em que o parceiro privado faz investimentos em infraestrutura para prestação de um serviço, cuja amortização e remuneração são viabilizadas pela cobrança de tarifas dos usuários e de subsídio público (PPP patrocinada) ou é integralmente paga pela Administração Pública (na modalidade de PPP administrativa).

As parcerias público-privadas são regidas pela Lei Federal nº 11.079/2004 a qual prevê entre seus mecanismos a flexibilidade no processo licitatório, ao permitir a abertura das propostas técnicas antes da habilitação (art. 12, inciso I e art. 13), o emprego de mecanismo privado de resolução de disputa durante a execução contratual (art. 11, inciso III), a possibilidade de os agentes financeiros assumirem o controle da Sociedade de Propósito Específico (SPE), em caso de inadimplemento dos contratos de financiamento (art. 9º, § 5º), a conveniência e oportunidade da contratação como PPP, a repartição dos riscos entre as partes (pública e privada), inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (art. 5º, inciso III), o fornecimento de garantias de execução pelo parceiro público (art. 5º, inciso VIII) e o compartilhamento com a Administração Pública dos ganhos econômicos efetivos do parceiro privado, decorrentes da redução dos riscos de crédito dos financiamentos.

Esse instituto jurídico aliado à deficiência educacional, principalmente, sob o ponto de vista de gestão pública de pessoal e recurso orçamentário favorece o desenvolvimento do setor com aplicação de técnicas privadas para solução de antigos problemas públicos de eficiência e de gestão.

Trazendo a experiência prática no campo multidisciplinar, o artigo científico busca desenvolver a temática sob o enfoque político-constitucional do instituto alertando a ausência de impeditivos legais à sua aplicabilidade. Ademais, traz experiência de ruptura no sistema norte-americano ao implantar na década de 1990 a política pública do *choice school*, entre elas, os *charters schools* e *vouchers schools*.

Parceria público-privada

O tema parceria público-privado merece especial atenção dos pesquisadores da área do conhecimento, pois envolve diversos aspectos de ordem teórica e prática capaz de provocar profundas e dilatadas modificações no cenário brasileiro, em especial, o cenário municipal.

A propósito, ressaltamos a crítica especializada sobre a terminologia apontada pelo legislador, pois, primeiro, não se trata tipicamente de uma parceria, à medida que há interesses tanto convergentes quanto divergentes e, a par disso, não teríamos uma parceria, mas, paradoxalmente invertido, um contrato e, segundo, porque parceria não pressupõe vínculo de permanência, dada a natureza de estabilidade outorgada a contratos dessa magnitude.

A rigor da tecnicidade deixada de lado pelo legislador infraconstitucional, é de bom termo destacar as razões pelas quais se optou por esta novel forma de delegação de serviços públicos de utilidade pública à iniciativa privada.

Nessa esteira, diga-se de passagem, houve o reconhecimento formal da incapacidade orçamentária do Estado brasileiro para não só gerir os recursos públicos, mas, muito além, para aplicá-los adequadamente.

Ora, na etapa de elaboração do projeto de lei houve, na oportunidade da discussão legislativa, cognição de que o Brasil estava margeado pela ingovernabilidade fiscal, ou seja, insuficiência atributiva de recursos públicos capazes de fazer frente a investimentos de altíssimo grau a fim de atender à demanda crescente para o desenvolvimento nacional. Essa insuficiência de recursos orçamentários fez o legislador pensar em um método de atrair

os recursos privados e aplicá-los na iniciativa pública com o objetivo de fomentar esta expansão a qual, a propósito, só se concretizara com a onda do plano nacional de desestatização iniciada na era de Fernando Henrique Cardoso, com a Lei nº 9.637/98.

O segundo ponto, senão o mais convincente, motivo pelo qual se reconheceu a incapacidade do poder público de gerir os próprios recursos, trouxe como característica principal da gestão compartilhada dos riscos e responsabilidades, fator típico das concessões em especial, foi outorgar a administração do projeto de parceria público-privado à gestão privada.

Isto representou a quebra do paradigma governamental de que os recursos públicos deveriam ser geridos pelo próprio poder público. A rigor, a gestão privada já apresentava resultados mais eficientes os quais poderiam ser estendidos ao poder público com o fim de concretizar a tão sonhada eficiência pública.

Nesse sentido, criou-se mecanismo legal para, não só, atrair investimentos privados para o setor público, mas deixar à própria administração privada a gestão desses serviços públicos delegados a fim de que, com muito maior eficiência, pudesse a iniciativa privada promover a expansão do setor público, ora tão marginalizada.

Mas afinal do que se trata a parceria pública a ponto de impactar na seara educacional no âmbito municipal?

Essa pergunta motivadora exige respostas multidisciplinares capazes de esvaziar a temática proposta sob o ângulo do que é parceria, suas implicações na área educacional, intercorrências da subsidiariedade, o paralelo doutrinário estrangeiro, as questões de terceirizações e a própria concessão especial, na sua forma mais cristalina, na educação municipal.

Desenvolvendo a questão, parceria público-privada é contrato. Contrato porque envolve tanto interesses convergentes, na medida em que as partes desejam alcançar pontos comuns, como há interesses divergentes, em que as partes defendem posições antagônicas e, de certo, contrárias ao interesse do outro. A conciliação dessas vontades contratuais resulta na própria parceria público-privada também conhecida como concessão especial¹.

1. Denominação utilizada pela doutrina publicista para distinguir as concessões que existiam anteriormente denominadas de concessão comum, regidas pela Lei nº 8.987/95, das recém-criadas concessões especiais utilizadas para designar as parcerias público-privadas criadas pela Lei nº 11.079/04.

Dentre estes contratos propriamente ditos, surgem duas espécies. Primeiro denominado de contrato de concessão administrativa em que o ente federativo, poder concedente, celebra um contrato administrativo, regido pelo direito público, dotado das características próprias das relações contratuais públicas, com a iniciativa privada, concessionários, delegando a prestação de um serviço público, precedida ou não da realização de uma obra pública, para que, por sua conta e com riscos e lucros compartilhados, desempenhe o contrato e receba, em contrapartida, uma remuneração cobrada e paga pelo usuário, assim como uma remuneração paga pelo parceiro público (ente federativo) ao parceiro privado. E, segundo, denominado concessão administrativa em que o poder concedente, o ente federativo, celebra um contrato administrativo, com a iniciativa privada (concessionário) em que figura como a usuária direta ou indireta da prestação do serviço e que envolva, necessariamente, tal prestação, execução de obra, fornecimento ou instalação de bens.

O objetivo central da parceria é firmar compromissos sólidos estatais e firmes ao longo do tempo em áreas que envolvam necessidade de expansão, sejam custosas ao Estado e insuficientes de serem atingidos pelos recursos orçamentários públicos; tudo isto justamente para que se possam atrair investimentos de longo prazo e em tempo suficiente para que o parceiro privado possa se ressarcir no decorrer dos anos.

Essas são linhas gerais das razões jurídicas da parceria público-privada desenvolvida pelo legislador para tender os anseios da sociedade brasileira com a expansão da economia nacional e local e atender aos princípios da generalidade que resumem o serviço público.

Educação e serviço público

Educação no Estado liberal

O marco do rompimento da educação regida pela Igreja se dá no final do século XVI. Somente com a revolução francesa ocorre a secularização da educação com o surgimento da educação pública estatal (LUZURIAGA, 1989:71), a que se sucede em finais de século XVIII, a educação pública nacional.

Na primeira etapa o Estado resolve subvencionar a educação e, posteriormente, já amadurecido, resolve assumir o papel de responsabilidade pela educação nacional.

Não obstante a época de o liberalismo defender a completa retirada do Estado do meio do intervencionismo, para a educação a máxima não vigorou, já que, o que era indispensável ao aprimoramento da pessoa, não poderia deixar de ser afeto ao Estado (MEDAUAR, 1992:78).

Nesse rumo, a defesa da educação compulsória e universal, financiada totalmente ou, pelo menos, parcialmente pelo Estado, foi um discurso eloquente da economia clássica desde Adam Smith (BLAUG, 1975, ROBBINS 1965: 89).

Nesta época em que o liberalismo representa unicamente ao Estado o dever de se limitar a três funções², Adam Smith traz ao equacionamento da doutrina liberal a noção da subsidiariedade em que ao Estado deve deixar de lado – à iniciativa privada – questão que não envolva necessariamente aspectos fundamentais, ou seja, deve fazer educação, mas sem olvidar à lógica da subsidiariedade.

Dessa forma, embora haja certa angularidade com princípio narrado, muito se afasta desta noção na proporção em que o Estado Liberal não o faz de forma completa nem fundamentada.

Educação no Estado social

Na época do Estado social, o intervencionismo aumentou de maneira significativa a ponto de o Estado desejar, reservar a si, diversas atividades que, até então, eram típicas da iniciativa privada. Buscou auxiliar o indivíduo em diversas formas, sobretudo, no aspecto social, de modo a implantar uma política social generalizada e protecionista ao extremo.

2. "... primeiro, o dever de proteger a sociedade contra a violência e a invasão de outros países independentes; segundo, o dever de proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade contra a injustiça e a opressão de qualquer outro membro da mesma, ou seja, o dever de implantar uma administração judicial exata; e terceiro, o dever de criar e manter certas obras e instituições públicas que jamais algum indivíduo ou um pequeno contingente de indivíduos poderão ter interesse em criar e manter, já que o lucro jamais poderia compensar o gasto de um indivíduo ou de um pequeno contingente de indivíduos, embora muitas vezes ele possa até compensar em maior grau o gasto de uma grande sociedade..." (SMITH, 1983: 147).

Nesse sentido, a mudança ocorreu também no campo educacional em que o Estado deveria facilitar, estimular e impor a educação generalizada e a todos os segmentos da sociedade. Não que, por outro lado, o particular não pudesse explorar tal atividade, mas, diversamente da forma que encontramos hoje no Estado nacional, o particular poderia explorar desde que recebesse um título jurídico mais complexo que o atual, ou seja, uma concessão.

Historicamente, o movimento do fortalecimento do intervencionismo estatal surgiu em 1833 quando o governo resolve conceder subvenções públicas a sociedades religiosas para que estas aplicassem no desenvolvimento de suas escolas. Posteriormente, já em 1870, com o crescimento das escolas públicas já que destaca a subsidiariedade do ensino privado ao público em plena expansão.

Nesta época já moldava o sistema de duplicidade de redes pública e privada na medida em que as escolas públicas recém-criadas eram administradas pelo Conselho escolar (*schools boards*), eleitos pelos contribuintes, e com a faculdade de criar impostos locais. Estabeleceu-se, portanto, esse duplo sistema de rede: 1) das escolas privadas (*voluntary schools*) mantidas por igrejas ou corporações religiosas e; 2) das escolas públicas (*boards schools*) mantidas pela autoridade governamental.

O *iter* percorrido para chegar à regra da escola pública e a exceção à escola privada passa por este período em que subsidia a iniciativa privada estabelecendo, portanto, uma relação de total dependência. Posteriormente criam-se escolas públicas pagas com recursos públicos, diminui-se, então, o subvencionismo para a iniciativa privada e, ao final, com o fortalecimento das escolas públicas e o esvaziamento das escolas privadas, tolera-se esta atividade ao particular.

Essa participação do estado social na construção da idéia de educação pública subtraiu, assim, da família e das sociedades, até então intermediárias, a responsabilidade originária e primária pelo cumprimento do direito-dever da educação, aguardando-se do Estado à total responsabilidade pelo ensino e qualidade.

Educação no Estado atual

A temática do direito à educação está inserta no capítulo I, do Título II, da Constituição Federal de 1988, relativo aos direitos e deveres individuais

e coletivos e previstos como um dos direitos sociais, no artigo 6º. Ainda, no artigo 206, inciso I, dispõe que deve ser assegurada a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, além dentre outros nortes, a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, digam-se, estabelecimentos públicos.

Nesta ordem, a organização educacional brasileira é realizada por meio de sistemas, ou seja, um conjunto de instituições educacionais e de normas vinculadas à determinada esfera da administração, sejam União, os Estados e os Municípios, de modo que lhe haverá um sistema federal, outro estadual e, por fim, municipal com atribuições e competências definidas de modo a assegurar a universalidade do ensino.

Não obstante se tratar de competência privativa legislativa da União dispor sobre diretrizes e bases da educação nacional, *vide* art. 22, XXIV, é obrigação comum e, portanto, material dos Estados, Distrito Federal e Municípios proporcionar os meios de acesso e eficiência educativa em pleno regime de colaboração.

A rigor, assim dispõe o artigo 211, da Constituição Federal:

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 e financiará o sistema federal de ensino e dos Territórios, e prestará assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal, e aos Municípios para o desenvolvimento de seus sistemas de ensino e ao atendimento prioritário à escolaridade obrigatória.

§ 2º. Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e pré-escolar.

Dessa forma, pela redação constituinte é possível extrair a técnica da subsidiariedade estabelecida para que a regra seja a descentralização até como forma de garantir o federalismo também na rede educacional. Neste ponto, a lei de diretrizes e bases da educação nacional, Lei nº 9.394/96, estabelece de forma cristalina a função normativa e coordenadora da União sobre uma perspectiva dentro do sistema de ensino nacional.

A propósito, a lei de diretrizes e bases educacional determina, em seu artigo 8º, §1º, que a União tem a função de coordenar a política nacional de educação por meio de articulações e normas, de âmbito nacional, além de

atuar, igualmente, de forma supletiva às demais instâncias educacionais. Isto quer dizer que, no campo financeiro, a União tem a função de redistribuir os recursos federais auferidos com a captação dos tributos de modo a corrigir, de forma progressiva, as eventuais disparidades de acesso e garantir o padrão mínimo de qualidade de ensino.

Dessa forma, não havendo meios econômicos de um determinado município saldar o débito educacional de qualidade, a União deve agir supletivamente, sem ferir a autonomia municipal, para efetivar a correção.

Mas, afinal, e quando surge um problema econômico do qual a União não possa, sem contingenciar outros recursos tão importantes, resolver o impasse de qualidade? Nesta situação, tão corriqueira no cenário brasileiro, surge à necessidade de se estudar uma política alternativa capaz de fazer frente aos problemas expostos; e, entre as alternativas pensadas, surge à necessidade de estabelecer uma forma de parceria público-privada no cenário educacional brasileiro, em especial municipal.

Para saber se é possível adequar esta nova figura jurídica da descentralização administrativa à realidade educacional brasileira, é preciso aferir qual a natureza jurídica do ensino nacional.

Com efeito, é importante destacar que educação não é monopólio do Estado, sendo, destarte, um direito de a iniciativa privada exercê-los nos moldes legais impostos pela legislação atual. É certo, ainda, que se trata de serviço público ainda quando desempenhada pelos particulares e que, por este motivo, são subordinadas a um regime jurídico especial.

Em linha contrária, Sarmiento Garcia (1994:09) sustenta que a educação, originalmente, é um serviço privado nos quais são estendidos algumas regras públicas. Sempre o foi historicamente, porém com a ascensão do Estado social passou a integrar a estrutura pública do Estado sem sê-lo essencialmente. E continua o jurista a sustentar o seu ponto de vista na medida em que afirma que esta atividade (educacional) está inserida dentro do rol das atividades sociais as quais o Estado tomou para si, não sendo, destarte, conveniente englobar tais serviços sociais ou assistenciais na categoria de serviço público.

Para ele, não são considerados serviços públicos, quando do exercício pela iniciativa privada, porquanto seriam serviços não exclusivos pertencentes ao setor público não estatal.

Em que pese tal entendimento doutrinário, ainda vimos nos posicionando no sentido de que é um serviço público, pouco importando se a titularidade e a execução permanecem em poder do Estado. Aliás, para sustentar o ponto focal do trabalho é indispensável que se amolde a concepção de serviço público, ainda que impróprio – na visão clássica de Hely – ou de setor de serviços não exclusivos do Estado – na visão moderna do Plano diretor do Município de São Paulo – mas o certo é que para viabilidade do seu exercício pela iniciativa privada é requisito essencial à autorização ou a concessão para o seu funcionamento.

Aplicabilidade do princípio da subsidiariedade na Educação

Subsidiariedade significa afastamento primário do exercício de uma faculdade legal. Subsidiariedade na educação importa reconhecer que ao Estado carece a primeira intervenção estatal no setor, isto não quer dizer que a etapa educacional deve ser transferida para outra pessoa, mas reconhecer que o primeiro comportamento educacional recai sobre a família, para depois se insurgir nas sociedades intermediárias e, ao final, sobre o Estado.

Inicialmente a educação compete à própria família em prioridade à sociedade e ao Estado.

Pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, “A família³ é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado (artigo XVI, 3º).

A família entidade jurídica e social mais próxima do cidadão tem a função primária de tracejar os primeiros passos na educação sendo, destarte, insubstituível pelo Estado ou pela própria sociedade. Os ideais de certo e errado, no primeiro instante de vida, são repassados pela família.

Desta concepção, decorrem quatro reconhecimentos da subsidiariedade do Estado na educação dos seus membros: 1) competência originária da família; 2) reconhecimento jurídico do ensino doméstico pela família; 3) outorga aos pais de escolherem não só a escola como o tipo de educação que

3. Recorde-se que o termo família, atualmente, deve ser entendido de forma bastante ampla de modo a integrar a dignidade da pessoa humana no seu conceito. Assim, a família é abrangida de forma a contemplar todas as categorias de relações humanas como uniafetivas, biafetivas ou poliafetivas.

desejam para os seus filhos aliando-se àquilo já ensinado no seio doméstico e; 4) permitir e exigir às famílias a participação ativa no processo educacional, não apenas na colaboração material, mas na elaboração e orientação pedagógica e curricular.

Em seguida, vem o papel da sociedade intermediária no processo educacional do seu membro.

Como sociedade intermediária vem à própria escola, instituição subsidiária e complementar à família.

Há uma expressão corriqueira no mundo social no qual se afirma, com propriedade, que a escola é a segunda casa do cidadão. É na escola que boa parte dos seus relacionamentos sociais vão se formar. É na escola onde haverá a integração deste aluno no meio social e político. É na escola onde todas as manifestações de aprendizagem vão ser exteriorizadas com absoluta liberdade para criar.

Portanto, nesta segunda etapa, a escola funciona como fator de motivação ao desenvolvimento intelectual e pessoal do aluno capaz de libertar do mundo familiar e restrito expandido seus conceitos e visão mundial.

O Estado, nesta segunda etapa, deve fomentar a liberdade de criação, a liberdade de orientação pedagógica, criação de escolas privadas e até auxílios econômicos para favorecer a diversidade de conhecimento cultural. A propósito, deve permitir à família a escolha da escola que melhor se amolde ao seu grau cultural.

Por fim, vem à atribuição do Estado com o dever de promover o livre exercício dos direitos educativos, zelando pela educação e sua qualidade de ensino.

Deve, ainda, assegurar a liberdade de ensino seja por meio do pluralismo de escolas e de projetos educativos, seja por meio de projeto educativo que exija a participação construtiva de todos (família e sociedade).

Outro ponto que deve ser abordado pelo Estado, na aplicação da subsidiariedade, é a gestão democrática com a participação de pais, alunos, professores, agentes escolares, membros da sociedade civil e demais interessados. Assembleias participativas abertas ao público realizam fóruns de discussão e aprimoramento da função educacional do Estado trazendo inovações e alternativas a antigos problemas.

Dessa forma, deve o Estado atuar de forma subsidiária onde não haja iniciativas ou onde esta seja insuficiente, mas, para que isto aconteça, é preciso fortalecer os demais seguimentos família e sociedade para que participem cada vez mais nos projetos escolares e assim, no futuro longínquo, possa o Estado outorgar por completo à iniciativa privada a educação nacional.

Mas, enquanto isso não é possível, busquemos integrar os mecanismos existentes, como possibilidade de parceiras público-privadas na rede educacional, para fomentar o seu desenvolvimento.

A exemplo de conquistas da implementação da subsidiariedade do Estado no papel educacional tem-se os Estados Unidos da América por meio do método da *school choice* (*voucher schools*, *magnet schools* e *charter schools*). Na *voucher schools*, são escolas públicas geridas pela iniciativa privada, tem autonomia pedagógica, curricular e de gestão. A *voucher schools* corresponde à entrega de um vale do governo para a família escolher a escola que melhor se adequa. Trata-se de escola privada paga com recursos públicos. Quanto melhor é a escola, mais será escolhida pelas famílias e mais receberá recursos públicos fomentando, ainda mais, a qualidade do seu ensino. E, por fim, a *magnet schools*, embora seja inteiramente pública, tem uma grade curricular bem específica que acaba por atrair jovens alunos interessados naquela grade curricular.

São casos em que a iniciativa privada se emerge no cenário público determinando as diretrizes escolares com o objetivo de melhorar a qualidade de ensino, de gestão e pedagógica. É a participação direta da família deixando, para o Estado, aspectos de menos importância. É a efetivação real da subsidiariedade para o Estado onde a família e a escola assumem o papel importante para a definição da estratégia educacional.

Concessão especial na educação municipal

Admitir a parceria público-privada na linha do serviço público educacional poderia, realmente, ser uma das formas mais condizentes com a realidade jurídica para melhorar a prestação do serviço, sob o ponto de vista da infraestrutura e qualidade de ensino. Entretanto, para decidirmos pela aplicabilidade integral da Lei nº 11.079/2004, indispensável se faz refletir sobre os aspectos controvertidos e eventuais impedimentos legais para a sua concretização.

Nesta linha, quando se questiona o serviço público, é preciso, inicialmente, distinguir as gestões as quais poderão ser delegadas à iniciativa privada em forma contratual.

Com efeito, a gestão de um serviço público é dividida em gestão estratégica, a qual estabelece metas, direção e serviço, a gestão operacional, a qual decide os processos de otimização, de logística e de resolução de conflitos, e a gestão de execução, na qual objetiva a concretização do resultado, ou seja, o próprio serviço.

Com relação à gestão estratégica, esta foi competida à União, de forma legislativa privativa, consistente em editar leis capazes de regular a matéria educacional. Sobre esta forma de gestão, não admitiria qualquer delegabilidade porquanto decorrente de ato próprio do Estado e impassível de transferência à iniciativa privada.

No tocante à gestão operacional, em que é outorgada aos órgãos públicos afetos à Administração direta (como secretarias estaduais e municipais), é possível se pensar na delegabilidade para iniciativa privada, resguardando, por outro lado, eventual exercício de poderes próprios do Estado.

Por fim, com relação à gestão executória, ou seja, aquela que coube aos profissionais da educação, como professores e diretores, que formam a base da estrutura educacional nacional, por importar a execução do serviço em si mesmo não se discutem a inviabilidade de delegação, a propósito, como ocorre em demais áreas estatais.

A rigor, quando o artigo 206, inciso VI, da Constituição Federal dispõe que um dos princípios obrigatórios é a gestão democrática do ensino público, isto representa muito mais do que a simples participação da sociedade civil e de pais e alunos, mas, que o ensino é público no sentido de ser assegurado a qualquer pessoa indistintamente, pouco importando se é executado diretamente pelo próprio Estado, em forma centralizada ou pela iniciativa privada em forma descentralizada.

Igualmente, não há qualquer óbice à concessão deste serviço à iniciativa privada, em que pese entendimento contrário (CINTRA, 1999:231), porquanto para o usuário final, no caso, o destinatário da prestação do serviço educacional, seja ele fundamental ou médio, ainda assim será gratuito. Gratuito no sentido estrito da palavra, ou seja, o usuário não dispenderá

absolutamente nenhum recurso posterior para o gozo da prestação do serviço pelo parceiro privado. A propósito, a Administração Pública, como usuária indireta, realizará o dispêndio necessário para custear o serviço prestacional.

Ao invés de realizar a atividade de forma centralizada e, portanto, com gastos mais elevados e eficiência reduzida, delegará tal prestação e administração operacional e executória ao parceiro.

Pensar, hoje, que o serviço educacional é gratuito, em absoluto, é uma falácia constitucional já que parcela dos recursos tributários auferidos pelo sistema de arrecadação é destinado ao custeio e manutenção da rede educacional. Gratuito, sim, para o usuário direto, sem cobranças de taxas, preços públicos ou qualquer outra forma remuneratória, à exceção dos impostos, para o ingresso e obtenção do serviço.

Sendo assim, o usuário continuaria a gozar da prestação do serviço sem desembolsar, diretamente para o concessionário, qualquer remuneração, já que esta acaba, por final, sendo paga pela própria Administração Pública.

Portanto, quando se pensa em descentralizar a prestação desse serviço público altamente composto (multiplicidade de objetos), imagina-se na própria concepção da parceira público-privada.

Nesse rumo, os contratos de parceria importam multiplicidade de objetos em sua execução como, de fato, ocorre na prestação do serviço educacional. Para tanto, tem-se a execução do serviço, em si, a compra de materiais permanentes de consumo e de investimento, a gestão de pessoal, a organização interna da escola, gestão orçamentária e demais assuntos afetos à área educacional. Isto representa dizer que, tipicamente, o contrato escolar é passível de se enquadrar na logística dos objetos compreendidos pela lei das parcerias.

Partindo dessa conclusão, a modalidade de concessão administrativa é a que melhor se amolda às exigências legais.

Sendo assim, para o publicista Carlos Ari Sundfeld (2005:29):

A concessão administrativa de serviços públicos é aquela em que, tendo por objeto os serviços públicos a que se refere o art. 175 da CF, estes sejam prestados diretamente aos administrados sem a cobrança de qualquer tarifa, remunerando-se o concessionário por contraprestação versada em pecúnia pelo concedente (em conjunto, ou não, com outras receitas

alternativas). Nesse caso, embora os administrados sejam beneficiários imediatos das prestações, a Administração Pública será havida como usuária indireta, cabendo a ela os direitos e responsabilidades econômicas que, de outro modo, recairiam sobre eles.

Sob esta ótica, destaca-se o caso em que, por exemplo, um determinado município pretenda a instalação de uma nova escola municipal para ampliar a rede educacional fundamental, em nível integral, não dispondo de recursos orçamentários para a construção e operação deste novo estabelecimento de ensino moderno e equipado, e, por outro lado, não havendo auto sustentabilidade econômica do projeto, seja pela certeza demanda, seja pelo caráter gratuito prestacional. No caso, ainda, acrescenta-se o dado de que não é possível a aquisição direta do serviço por meio de escolas privadas, que, em decorrência do custo local, inviabiliza o acesso de diversos municípios à prestação pública.

Neste caso, pode-se sustentar a utilização do modelo da concessão administrativa, remunerando-se o concessionário que assuma a construção e operação do novo modelo educacional mediante a previsão contratual.

Em contrapartida aos investimentos e obras exigidas para a construção e gestão operacional e executória da escola municipal, aquisição das instalações e manutenção dos serviços, será devida uma remuneração paga a todo empreendedor de modo que o Poder Público asseguraria ao concessionário, em longo prazo, uma forma bastante eficiente de se ressarcir pelos custos dos investimentos, além de auferir renda satisfatória com vista à eficiência.

Dessa forma, o usuário não seria onerado com o custo da construção, manutenção e continuidade da prestação do serviço educacional medida esta que já estaria abraçada no recolhimento dos tributos devidos para a manutenção do ensino fundamental na forma atual.

Assim, o Estado não precisaria, também, comprometer a balança fiscal orçamentária com o investimento de implantação do serviço, nem prejudicaria o parceiro privado que, ao longo do contrato, teria o capital privado investido amortizado, em que pese à assunção dos riscos econômicos da demanda – maior ou menor quantidade de usuários e outros pertinentes ao vínculo contratual – de forma compartilhada.

Além dessa forma completa de concessão administrativa, também existe a possibilidade de o parceiro privado assumir o comando administrativo da escola, isto é, na tentativa de se obter maior eficiência e economicidade, sobretudo deste serviço público, outorgaria ao parceiro privado tão-somente a administração das escolas públicas.

Semelhante ao que acontece no terceiro setor, porém não se confundindo com este, a gestão da escola passaria, por meio do contrato de concessão administrativa, ao parceiro privado o qual, na assunção da administração local, com autonomia gerencial, poderia realizar pagamentos, adquirir equipamentos e proceder às mudanças estruturais necessárias para o desenvolvimento escolar. Em contrapartida, receberia o preço semiprivado do parceiro público para fazer frente às despesas concretizadas sem onerar o cofre público com novas instalações.

A propósito, a assunção da gestão executória implicaria, em princípio, menores custos ao Estado porquanto os investimentos realizados seriam de pequena monta⁴ atingindo, não a expansão da infraestrutura, mas o aperfeiçoamento do pessoal objetivando o atingimento do nível de excelência.

Assim sendo, é certa a diagramação desenhada por Fernando Abrucio (2014). A rigor, a pesquisa vai à temática de que o sistema educacional atual de duplicidade de redes não dialoga entre si e que a ausência de soluções práticas para o problema orçamentário e de gestão escolar comprometem à qualidade de ensino e maquiagem os números estatísticos.

Nesta linha de raciocínio, debate à importância da ruptura do modelo centralizador do Estado em que o Poder Público assume papel de gestor estratégico, operacional e executivo. Esse comportamento impede o

4. Observe-se à vedação estabelecida no artigo 2º, § 4º, I, da Lei nº 11079/04 em que veda a celebração de contrato de parceria público-privado com valores abaixo de R\$ 20.000.000,00. Assim, ao pensar em concessão especial, na modalidade administrativa para o serviço público educacional, imaginar-se-á uma administração de várias escolas municipais e ou estaduais a fim de cumprir o requisito minimalista de valor. A propósito, também não se justifica a celebração da parceria em valores inferiores em decorrência de que haverá necessidade de se fazer investimentos vultosos, em muitos dos casos, para viabilizar uma educação digna e eficiência. Ademais, justifica o limite legal justamente porque estes investimentos os quais não serão poucos dependem, para se tornarem atrativos da iniciativa privada, de longos anos a fim de que possam ser ressarcidos pelo decurso do tempo em favor do parceiro privado.

desenvolvimento criativo educacional e assola o sistema. É por isso que a parceria público-privada, na modalidade administrativa, se faz indispensável para tracejar novos horizontes na ciência educacional capazes gerir a coisa pública com mais eficiência e redução de custos.

A indispensabilidade da educação, como móvel formador do conceito da dignidade humana, carece de tempo e, por isso, demanda maior esforço do gestor público em assumir um papel proativo do cidadão e descentralizar atividades as quais, embora sejam primordiais à sociedade, não são de exclusiva e única responsabilidade do Estado.

Paralelo do direito norte-americano

Paralelamente ao direito brasileiro, o direito estrangeiro se desenvolveu criando novas formas de liberalismo educacional, descentralização administrativa e compartilhamento de responsabilidade social.

Nesse sentido, por exemplo, nos Estados Unidos da América surgiu a *charter schools* em 1991 no Estado de Minnesota.

Essencialmente, a *charter schools* é uma escola pública que funciona com base em contrato firmado entre professores, pais e membros da comunidade que ficam responsáveis pela organização da escola e as autoridades públicas que estabelecem um tempo determinado com exigências mínimas de metas de desempenho (MAUHS-PUGH, 1995).

Representa a participação ativa da sociedade escolar na medida em que os pais assumem o comando de uma escola pública já existente transformando-a em charter schools ou constroem uma nova escola.

Trata-se, na verdade, de uma gestão privada de uma escola pública em que se busca atingir determinados resultados.

Entretanto, em que pese à existência crescente das *charters schools*, no sistema norte-americano de ensino, existem, também, outras modalidades consistentes nas escolas *opt out*, escolas domésticas, escolas de contrato ou programas de livre escolha⁵.

5. Escolas *opt out*, denominação inglesa, são aquelas que se tornam independentes da autoridade local e são geridas por meio de uma dotação orçamentária própria de recursos públicos. As escolas domésticas são aquelas em que os próprios pais educam seus filhos no recinto doméstico, sem leva-lo à escola regular coletiva. Já as escolas de contrato são aquelas conduzidas por instituições privadas as quais se comprometem, mediante

Essa forma de gestão tem assegurado economia aos cofres públicos na medida em que um aluno da rede estadual custa em média U\$ 7.000,00 anual por aluno ao passo que o voucher confere em média U\$ 3.500,00, anual, por aluno.

Nesse sentido, James VonderHaar (2014) defende a expansão da *charter schools* em todo país Norte-Americano:

A evidência está em: Se o seu objetivo é a eficiência e economizando dólares nos impostos, os programas de *vouchers* de educação K-12 são um sucesso espantoso. O programa de *vouchers* da Flórida, por exemplo, custa U\$3.950 por aluno, em comparação com um sistema escolar público que gasta U\$ 7.000 por aluno. Certamente, mesmo a eficiência do mercado livre não pode compensar um déficit de financiamento de 44 por cento, certo? Errado: um estudo da Universidade Northwestern não encontrou diferença entre a realização em estudantes que frequentam escolas através de programas de comprovantes e aqueles que frequentam escolas públicas. Da mesma forma, o Departamento de Educação dos EUA informa que os estudantes do programa de bolsa de oportunidades de alto perfil de Washington continuaram com seus pares nas escolas públicas, apesar dos programas de *vouchers* receberem apenas 56 por cento do capital por aluno. Isso dificilmente nos surpreenderia, pois os monopólios raramente produzem bons resultados. Instituições que não precisam se preocupar com a saída de negócios tendem a tornar-se laxas e crescer inchadas, sugando altos investimentos financeiros enquanto entregam produtos de qualidade inferior. Com vários Estados em dificuldades orçamentárias extremas, os preços de monopólio são a última coisa que eles podem pagar. Infelizmente, os governos estaduais

termo contratual, a alcançar determinados resultados de eficiência junto à autoridade educacional. Por fim, as escolas de livre escolha (*voucher schools*) são aquelas em que os pais utilizam “cheques escolares” para matricular e pagar a mensalidade de seus filhos na escola que preferir, podendo ser pública ou privada. Essa situação se verifica com muita frequência na escolha de escolas nas quais há um direcionamento religioso ou em colégios privados os quais têm um programa que interessa à família matriculante. Em média o valor gira em torno de U\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos dólares americanos) anual, entretanto este valor varia em cada Estado. No Estado da Flórida, por exemplo, corresponde a U\$ 3.950,00 (três mil e novecentos e cinquenta dólares americanos) por estudante.

parecem relutantes em reformar um dos monopólios mais difundidos e ineficientes desde os dias dos antigos barões da economia: as escolas públicas. Em vez disso, eles se envolveram com interesses arraigados dentro do sistema escolar público sobre os pais e os grupos de defesa dos cidadãos que querem a maior explosão por conta do custo do imposto. O item de gastos superiores em quase todos os Estados é a educação. A Califórnia, por exemplo, gasta 55 por cento de seu orçamento estadual para esse propósito. Se a Califórnia adotasse um programa de *vouchers* universal com recursos similares ao programa limitado de Washington, DC, poderia economizar cerca de um quarto do orçamento estatal. Em um momento de explosão de déficits orçamentários estaduais, faz sentido considerar medidas comprovadas para reduzir os custos e reter a qualidade. A criação e extensão de programas de *vouchers* pode ser inestimável para que os orçamentos do Estado saiam da crise e proporcionem às crianças a melhor educação possível. Os seguintes artigos e estudos oferecem uma prova considerável da eficiência dos programas de *vouchers*.⁶

-
6. *The evidence is in: If your goal is efficiency and saving tax dollars, K-12 education voucher programs are an astounding success. Florida's voucher program, for example, costs \$3,950 per student, compared with a public school system that spends \$7,000 per pupil. Surely even the efficiency of the free market can't make up for a 44 percent funding deficit, right? Wrong: A Northwestern University study found no difference between achievement in students attending schools through voucher programs and those attending public schools. Similarly, the U.S. Department of Education reports that students in Washington, DC's high-profile Opportunity Scholarship Program kept up with their peers in public schools despite the voucher programs receiving only 56 percent as much per-pupil funding. This should scarcely surprise us, as monopolies rarely produce good results. Institutions that don't have to worry about going out of business tend to become lax and grow bloated, sucking up increasing amounts of cash while delivering substandard products. With numerous states in dire budgetary straits, monopoly prices are the last thing they can afford to pay. Unfortunately, state governments seem reluctant to reform one of the most widespread and inefficient monopolies since the days of the robber barons: the public schools. Instead they have overwhelmingly sided with entrenched interests within the public school system over parents and citizen advocacy groups who want the biggest bang for their tax buck. The top spending item in nearly every state is education. California, for example, spends 55 percent of its state budget for that purpose. If California adopted a universal voucher program with funding similar to Washington, DC's limited program, it could lop off nearly a quarter of its state budget. In a time of exploding state budget deficits, it makes sense to consider measures proven to cut costs and retain quality. Creating and extending voucher programs can be invaluable in getting state budgets out of crisis while providing children with the best education possible. The following articles and studies offer considerable proof of the efficiency of voucher programs”.*

Em que pese à posição vanguardista do cronista Americano, é importante destacar que existem tanto pontos favoráveis a tal técnica como pontos desfavoráveis. A propósito, destaco como pontos favoráveis: 1) os pais podem escolher para onde enviar seu filho para a escola de acordo com critérios de melhor desempenho e; 2) as escolas com baixo desempenho serão forçadas a melhorar sua estrutura e qualificação dos profissionais para não perder os financiamentos.

Dessa forma, embora as políticas de escolha de escola pública, como *charter schools* sirvam a um propósito semelhante, as escolas privadas acabam por ter mais flexibilidade em termos de pessoal, orçamento, currículo, padrões acadêmicos e sistemas de prestação de contas do que até mesmo as *charter schools*, entretanto, sob o ponto de vista da eficiência, essa flexibilidade acaba por promover um melhor ambiente para a concorrência de mercado e redução de custos.

Entre os pontos negativos se destacam: 1) a migração de alunos de uma escola pública para escolas particulares não vai implicar na redução automática dos custos da rede pública, mas, ao contrário, vai impactar na queda orçamentária da escola pública à medida que os alunos saem; 2) os incentivos do governo para as escolas religiosas privadas acabam por violar a separação entre Igreja e Estado.

Sendo assim, concluem os opositores, que os efeitos positivos da concorrência escolar sobre o desempenho dos alunos acabam por se tornarem exagerados e um tanto nocivos aos proponentes.

Conclusão

A situação educacional brasileira demanda maiores esforços no rumo à melhoria da prestação do serviço público e maior inserção de pessoas a fim de alavancar o desenvolvimento do país. A permanência na forma em que se encontra, sem alternativas jurídicas capazes de fazer frente à problemática da eficiência de gestão pública impede a expansão setorial do ensino seja na abrangência seja na qualidade.

A fim de buscar alternativa possível para introduzir a gestão privada, como ocorre em países desenvolvidos, a exemplo dos Estados Unidos da América, com sistema de gestão compartilhada, como ocorre na *choice schools*, assegura

um passo à modernidade e ao rompimento de práticas até então totalmente ineficientes.

Essa é a ideia de introduzir a roupagem da parceria público privada na área de educação com o objetivo de garantir eficiência na administração escolar, como por outro lado, a expansão do setor com níveis de educação de qualidade.

Esse instrumento jurídico, apto a ser introduzido na forma de delegação do serviço público, focado, sempre, na questão da subsidiariedade do Estado, vai permitir à iniciativa privada os investimentos necessários para promover a educação em todos os níveis e garantir, por outro lado, a generalidade.

Viável juridicamente a parceria público-privada no campo educacional dependerá, tão-apenas, de rompimento da prática atual e coragem de implantar e gerir este novo projeto de parceria.

A exemplo de rompimento do sistema anterior ineficiente nos Estados Unidos da América foram as *charter schools* surgidas na década de 1990, mais precisamente em 1992. A rigor, a explicação para o seu sucesso está na autonomia dos professores, na liberdade de escolha dos pais e na avaliação externa, justamente porque o capital público, na mão dos particulares, acaba por fomentar a concorrência entre o público e o privado forçando à melhoria da escola a fim de captar mais alunos e, portanto, mais investimentos.

Nisso muito se assemelha com o sistema de parceira, instituída pela Lei nº 11.079/2004 em que transfere ao concessionário a prestação do serviço público educacional focado em metas de desempenho e compartilhamento de riscos e ganhos.

Digamos, portanto, que a parceria público-privada na educação é o primeiro passo do infante à caminhada e que, posteriormente, em pé poderá correr em breve em rumo a uma educação de qualidade focada no desenvolvimento educacional.

Referências bibliográficas

ABRUCIO, Fernando. Palestra proferida no Conselho Estadual de Educação de São Paulo no dia 19 de março de 2014.

_____. Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter. *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 5 ed. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

ADRIÃO, Theresa. *Educação e produtividade: a reforma do ensino paulista e a desobrigação do Estado*. São Paulo: Xamã, 2006.

_____. Público não-estatal: estratégias para o setor educacional brasileiro. In: _____ (Orgs.). *O Público e o Privado na Educação*. São Paulo: Xamã, 2005. p. 137-154.

BRASIL. Ministério da Educação. Decreto n. 3.100/99, de 30 de junho de 1999. Regulamenta a Lei n. 9.790, de 23 de março de 1999, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria e dá outras providências. Base de Dados Sicon. Brasília, 1999b. Disponível em: Acesso em: 12 abr. 2014.

CINTRA, Fernando Pimentel. *O princípio da subsidiariedade e as formas de parceria aplicáveis ao ensino público de nível básico*. Tese de doutoramento na Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, 1999.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Igreja Católica/Educação: pressupostos e evolução no Brasil. In: PAIVA, Vanilda (Org.). *Catolicismo educação e ciência*. São Paulo: Loyola, c1991. p. 99-110.

DUPAS, Gilberto. A lógica econômica global e a revisão do Welfare State: a urgência de um novo pacto. In: PEREIRA, Luis Carlos Bresser Pereira (Org.). *Sociedade e Estado em transformação*. Brasília: ENAP, 1999.

FÉLIX, Maria de Fátima Costa. *Administração escolar: um problema educativo ou empresarial?* São Paulo: Cortez, 1984.

FISCHER, Rosa M.; FALCONER, Andrés P. Desafios da parceria governo e terceiro setor. In: ENAP/FDRH. *Estado e Administração Pública: desafios atuais*. Brasília: [s.n.], 1998.

- GOHN, Maria da Glória. *Movimentos sociais e educação*. São Paulo: Cortez, 1992. (Coleção Questões da nossa época, v.5).
- LUZURIAGA, Lorenzo, 1889. *História da educação pública*. Tradução e notas de Luiz Damasco Penna e J. B. Damasco Penna. São Paulo: Companhia Editora Nacional, Série Atualidades pedagógicas, v. 71, 1959.
- MAUHS-PUGH, Tom. Charter Schools 1995: A survey and Analysis of the Laws and Practices of the States. In *Education Policy Analysis Archives*, July 12, 1995. Disponível em: <<<http://www.olam.ed.asu.edu/intro.html>>>. Acessado em 16 de abril de 2014.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MENEZES, Raul Miranda. *Processo de gasto e descentralização na política educacional brasileira*. Em Aberto, Brasília, v.18, n.74, p.58-71, dez. 2001.
- MÉSZÁROS, István. *Para Além do Capital*. São Paulo: Boitempo, 2002.
- MONTAÑO, Carlos. *Terceiro Setor e Questão Social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. São Paulo: Cortez, 2002.
- MORAES, Reginaldo. *Neoliberalismo. De onde vem, para onde vai?* São Paulo: Senac, 2001.
- OLIVEIRA, Romualdo Portela de. Educação pública e privada na Constituição Federal de 1988. In: ADRIÃO, Theresa; PERONI, Vera M. V. (Orgs.) *O Público e o Privado na Educação - interfaces entre Estado e sociedade*. São Paulo: Xamã, 2005.
- ORMOND, Derry; LÖFFLER, Elke. Nova gerência pública: o que aproveitar e o que rejeitar. In: ENAP/FDRH. *Estado e Administração Pública: desafios atuais*. Brasília: [s.n.], 1999. p. 83-104.
- PARO, Vitor Henrique. *Administração Escolar: introdução crítica*. São Paulo: Cortez, 2006.
- PEREIRA, L. C. B.; SPINK, P. K. (Orgs.) *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.
- “CASSAGNE, Juan Carlos. *El resurgimiento del servicio publico y su adaptación en los sistemas de economia de mercado: hacia una nueva interpretación*. Buenos Aires: R.A.P., s/d..

SUNFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: ____
SUNFELD, Carlos Ari (coord). *Parcerias público-privadas*. São Paulo:
Malheiros, 2005.

VONDERHAAR, James. Disponível em: <<<http://heartland.org/policy-documents/research-commentary-school-vouchers-are-cost-saver-taxpayers>>>. Acessado em 16 de abril de 2014.

WOOD, Ellen Meiksins. *Democracia contra o capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. São Paulo: Boitempo, 2003.

Sistemas estaduais de ensino na região Sul: arranjos para o oferecimento de educação especial e parcerias público-privadas entre os Estados e escolas especializadas

Marcia Maurilio Souza

Doutoranda em Educação e Ciências Sociais na Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo

Professora das Universidades Estácio de Sá e Municipal de São Caetano do Sul

Introdução

Pretendemos neste artigo apresentar como os sistemas estaduais de ensino da região sul do Brasil definem/elaboram suas políticas de educação especial, para tanto trataremos como embasamento o tratamento que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) (BRASIL, 1988) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (LDB/96), Lei nº 9394/96 (BRASIL, 1996) dão aos sistemas de ensino e a legislação brasileira que regulamenta a educação especial a partir de 1988. Além da legislação que os Estados do sul do Brasil tem colocado em vigor para a garantia do ingresso, permanência e bom desempenho dos alunos da educação especial em seus sistemas regulares de ensino e em escolas e classes especiais públicas e privadas.

Apesar das políticas de educação especial serem direcionadas para a perspectiva inclusiva desde a década de 1990, temos também nos documentos nacionais, CF/88 (BRASIL, 1988), LDB/96 (BRASIL, 1996), citando apenas os principais, uma abertura para que os alunos da educação especial possam ser atendidos em classes e escolas especiais exclusivas¹, quando em seus textos encontramos o “preferencialmente em escolas regulares”. Além de documentos como o Parecer CNE/CEB² 17/2001 e a Resolução CNE/

1. Utilizamos aqui a mesma terminologia apresentada nos dados do Censo da Educação Básica do Inep.

2. Conselho Nacional de Educação/Câmara da Educação Básica (CNE/CEB).

CEB 02/2001 (BRASIL, 2001a) que preconiza em seu art. 10 que os alunos da educação especial que

[...] requeiram atenção individualizada nas atividades de vida autônoma e social, recursos, ajudas e apoios intensos e contínuos, bem como adaptações curriculares tão significativas que a escola comum não consiga prover, podem ser atendidos, em caráter extraordinário, em escolas especiais, públicas ou privadas, atendimento este complementado, sempre que necessário e de maneira articulada, por serviços das áreas de Saúde, Trabalho e Assistência Social. (BRASIL, 2001a)

Os documentos mais atuais que fomentam a perspectiva inclusiva na educação especial são claros ao afirmar que a educação especial deve ser oferecida aos alunos, aos quais dela necessitar, de forma complementar ou suplementar, não mais de forma substitutiva ao ensino regular, porém os Estados e municípios baseiam-se nas legislações anteriores que estão em vigência para a elaboração/definição de suas políticas para a educação especial.

Com as prerrogativas documentais e legislativas os Estados e municípios modelam suas políticas para a educação especial baseados em seu histórico na educação especial, logo, entre os entes federativos estaduais e municipais encontraremos diferenças gritantes em suas ações frente à educação dos alunos da educação especial, todavia podemos observar que a maioria dos sistemas de ensino caminham no sentido da implantação e efetivação de sistemas de ensino inclusivos.

O que encontramos nos Estados do sul do país não é diferente, cada um dos seus três Estados apresenta formas diferenciadas em suas políticas de educação especial para ofertar a educação especial ao público que dele necessita. Em relação ao oferecimento do Atendimento Educacional Especializado (AEE), nesse não há grandes diferenças, pois todos os três Estados implantaram os serviços de AEE em seus sistemas de ensino, como as salas de recursos multifuncionais nas escolas regulares, professores de apoio, tradutor intérprete de língua de sinais, entre outros serviços.

As diferenças mais gritantes encontradas foram em relação às parcerias público-privadas entre os Estados e as escolas especializadas filantrópicas, as normas de credenciamento e reconhecimento junto aos Conselhos Estaduais

de Educação, que variam conforme os pareceres e legislação estadual, as diferenças dos termos de cooperação dos apoios técnicos e financeiros dos Estados para com as escolas especializadas e as regulamentações dos tipos de atendimento por essas oferecidos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e os sistemas de ensino

A CF/88 cita em seu Art. 6º, os direitos sociais, e nesse rol de direitos temos “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados” (BRASIL, 1988), logo vemos anunciado entre os direitos de todos os cidadãos brasileiros o direito social à educação. A “constituição cidadã” também traz o capítulo III – da Educação, da Cultura e do Desporto, que trata na Seção I, artigos de 205 a 214 da Educação.

O Art. 205 preconiza que “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). Esse artigo indica que a educação além de ser direito de todos é também “responsabilidade comum” (RANIERI, 2007:332) de todos, da União, dos Estados, dos municípios, da família e da sociedade, sendo que entre a União, Estados e municípios há uma descentralização normativa e executiva que acompanha a organização federativa do Brasil. Para a execução das ações que venham a garantir o direito à educação dos cidadãos brasileiros os artigos 22, inciso XXIV e 24, inciso IX, tratam das competências legislativas, que “garantem a divisão de responsabilidades educacionais por intermédio de mecanismos de concorrência e supletividade entre os entes federados” (RANIERI, 2007:332).

Segundo Oliveira e Santana (2010) a organização federativa brasileira, diferentemente de modelos federativos já conhecidos em outros países, nasce com a perspectiva da descentralização, que permite aos entes federados ter maior autonomia do que no Império, mas uma maior descentralização corresponde a uma maior desigualdade, tendo em vista as diferentes realidades entre as regiões e Estados de nosso país, a não ser que a União, para contrabalançar, implemente ações supletivas. Há uma tensão entre a

centralização e a descentralização, e a forma de colaboração entre a União e os demais entes federados e é fundamental compreendê-la para se entender a política educacional.

O tema que trataremos neste artigo diz respeito aos sistemas de ensino, que está contemplado na CF/88, no art. 211, §§ 1 a 5. O *caput* desse artigo determina que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizem em regime de colaboração seus sistemas de ensino. A LDB/96 (BRASIL, 1996) reafirma essa determinação no *caput* de seu art. 8º.

Nesse sentido, os sistemas de ensino de cada esfera federativa (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) têm sua abrangência, suas incumbências e responsabilidades, descritas na CF/88 (BRASIL, 1988) e na LDB/96 (BRASIL, 1996). Essas esferas administrativas, os sistemas de ensino, devem definir formas de colaboração para assegurar a universalização do ensino obrigatório (BRASIL, 1988, art. 211, § 4º).

Em relação às responsabilidades, a CF/88 (BRASIL, 1988) em seu art. 211, § 1º, encarrega a União de organizar o sistema federal de ensino e dos Territórios, financiar as instituições de ensino públicas federais e de exercer função redistributiva e supletiva nas matérias educacionais, para garantir a “equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios” (§ 1º). Segundo a LDB/96 (BRASIL, 1996), a União tem como incumbências, definir normas gerais para graduação e pós-graduação; autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar os cursos superiores e instituições de ensino do seu sistema; elaborar o Plano Nacional de Educação (PNE); estabelecer diretrizes curriculares nacionais para a Educação Básica e manter um sistema nacional de informações e de avaliação educacional (Art. 9º).

Na LDB/96 (BRASIL, 1996), em seu art. 16, incisos I, II e III encontramos a determinação da abrangência do sistema federal de ensino, nele temos: “as instituições de ensino mantidas pela União; as instituições de educação superior criadas pela iniciativa privada e os órgãos federais de educação”. Observe-se que as instituições de ensino superior públicas e privadas estão sob a supervisão do sistema federal de ensino, nesse caso, do Ministério da Educação, órgão da administração federal direta.

Aos Estados ficam determinadas as seguintes incumbências: organização do Sistema Estadual de Ensino, normatizações complementares para seu sistema; autorização, reconhecimento, credenciamento, supervisão e avaliação de cursos superiores e de instituições de ensino do seu sistema; ações supletivas e redistributivas em relação às suas escolas e aos municípios; definição de formas de colaboração com municípios na oferta do ensino fundamental; elaboração de planos educacionais integrando ações dos municípios e oferta de transporte escolar para alunos da rede estadual (BRASIL, 1996, art. 10, incisos I-VII).

Nas esferas estaduais e no Distrito Federal, as responsabilidades referem-se a ofertar prioritariamente o ensino médio e assegurar a oferta do ensino fundamental (BRASIL, 1996, art. 10, inciso VI). Os sistemas estaduais de educação abrangem as instituições de ensino mantidas pelo Poder Público Estadual e pelo Distrito Federal, as instituições de educação superior mantidas pelo Poder Público Municipal, as instituições de ensino fundamental e médio privadas e os órgãos de educação estaduais e do Distrito Federal (BRASIL, 1996, Art. 17, incisos I-IV). No caso específico do Distrito Federal, há também a oferta da educação infantil e as instituições de educação infantil da iniciativa privada integram seu sistema de ensino (BRASIL, 1996, Art. 17, Parágrafo único).

A CF/88 (BRASIL, 1988) inaugura a proposta de organização dos sistemas de ensino municipais com suas abrangências, incumbências e responsabilidades.

Aos municípios ficam determinadas as seguintes responsabilidades e incumbências:

- I - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino, integrando-os às políticas e planos educacionais da União e dos Estados;
- II - exercer ação redistributiva em relação às suas escolas;
- III - baixar normas complementares para o seu sistema de ensino;
- IV - autorizar, credenciar e supervisionar os estabelecimentos do seu sistema de ensino;
- V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino

somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino;

VI - assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal.

Parágrafo único. Os Municípios poderão optar, ainda, por se integrar ao sistema estadual de ensino ou compor com ele um sistema único de educação básica. (BRASIL, 1996, art. 11).

Fazem parte dos sistemas municipais de ensino: “I - as instituições de ensino fundamental; médio e de educação infantil mantidas pelo Poder Público Municipal; II - as instituições de educação infantil criadas e mantidas pela iniciativa privada; e III - os órgãos municipais de educação” (BRASIL, 1996, art. 18).

A educação especial, legislação a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Desde a década de 1990 que há um movimento mundial pela inclusão social e educacional das pessoas com deficiência, em nosso país não está sendo diferente, logo observamos que a implementação de uma legislação que tende à inclusão dos alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação é perceptível e nela se assevera a necessidade de os sistemas de ensino desenvolverem ações nesse sentido, mas essa mesma legislação possibilita a manutenção de escolas especiais públicas e privadas, sendo que essas últimas, podem ser conveniadas com os sistemas de ensino – secretarias de educação – por termos de cooperação técnico financeiros, e assim receberem apoio financeiro, técnico, cedência de professores, dentre outros, de acordo com as políticas de educação especial estabelecidas por esses Estados e municípios.

A partir da CF/88, como já citamos anteriormente, em que a educação é apresentada e garantida como um dos direitos fundamentais e sociais anuncia-se também a garantia da educação às pessoas com deficiência no Capítulo III, Art. 208, Inciso III – “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino” (BRASIL, 1988). Observe-se que o “preferencialmente na rede regular de

ensino”, como anunciamos anteriormente, dá a possibilidade dessa educação ser oferecida em espaços que não sejam a rede regular de ensino.

A LDB/96 apresenta um capítulo sobre a educação especial, e em seu artigo 59, preconiza que deve ser assegurado aos alunos pelos sistemas de ensino currículo, métodos, recursos e organização específicos para atender as suas necessidades; para aqueles que devido as suas deficiências não atingiram o nível de aprendizagem exigido para concluir o ensino fundamental é assegurada a terminalidade específica; aos superdotados é assegurada a aceleração dos estudos para a conclusão do programa escolar (BRASIL, 1996).

Por meio do Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, ao dispor sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, a educação especial é definida como transversal a todos os níveis e modalidades de ensino, além de destacar sua complementariedade ao ensino regular (BRASIL, 1999).

As Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica, Resolução CNE/CEB nº 2, de 11 de fevereiro de 2001, em seu artigo 2º determina que os sistemas de ensino devem matricular todos os alunos e que as escolas devem organizarem-se para atender aos alunos com necessidades educacionais especiais e assegurar uma educação de qualidade para todos (BRASIL, 2001a).

Ainda em 2001, o PNE, Lei nº 10.172/2001, de 9 de janeiro de 2001, destaca que a década da educação deveria produzir um grande avanço e este deveria ser a construção de uma escola inclusiva que garantisse o atendimento à diversidade humana. O PNE já estabelecia objetivos e metas para que os sistemas de ensino favorecessem o atendimento às necessidades educacionais especiais e demonstrava o déficit relativo à oferta de matrículas para os alunos com deficiência nas escolas regulares, à formação docente, à acessibilidade física e ao atendimento educacional especializado (BRASIL, 2001c).

A Convenção de Guatemala (1999), foi promulgada no Brasil, por meio do Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001. Essa convenção define como discriminação, toda diferenciação ou exclusão com base na deficiência e quando se constitui em impedimento ou anulação para o exercício dos

direitos humanos e de suas liberdades fundamentais (BRASIL, 2001c). A importância desse Decreto para a educação está no sentido de exigir uma nova interpretação da educação especial, em que essa deve adotar ações que promovam a eliminação das barreiras impeditivas do acesso à escolarização (SOUZA, 2017).

Segundo Souza (2017), no ano de 2002, temos três ações concorreram para o avanço da educação inclusiva, a Resolução CNE nº 1, de 18 de fevereiro de 2002, que estabelece as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Formação de Professores da Educação Básica, define que as instituições de ensino superior devem contemplar em seus currículos conhecimentos sobre alunos com necessidades educacionais especiais e atenção à diversidade (BRASIL, 2002a). A Língua Brasileira de Sinais é reconhecida por meio da Lei nº 10.436³, de 24 de abril de 2002 (BRASIL, 2002b) e a Portaria nº 2.678, de 24 de setembro de 2002, do Ministério da Educação (MEC) aprova diretrizes e normas para o uso, o ensino, a produção e a difusão do sistema Braille em todas as modalidades de ensino (BRASIL, 2002c).

Em 2003, o MEC implanta o Programa Educação Inclusiva – Direito à Diversidade, programa esse que tem por objetivo transformar os sistemas de ensino em sistemas inclusivos, por meio de ampla formação continuada em educação especial na perspectiva da educação inclusiva para professores e gestores dos municípios brasileiros, visa garantir o acesso à escolarização, a diminuição das barreiras de acessibilidade e a oferta de atendimento educacional especializado. (BRASIL, 2003)

O documento *O Acesso de Alunos com Deficiência às Escolas e Classes Comuns da Rede Regular* publicado pelo Ministério Público Federal em 2004, disseminou os conceitos e diretrizes mundiais para a inclusão, reafirmando o direito e os benefícios da escolarização de alunos com e sem deficiência nas turmas comuns do ensino regular (BRASIL, 2004a).

O Ministério das Cidades para impulsionar a inclusão educacional e social

-
3. Art. 1º – É reconhecida como meio legal de comunicação e expressão a Língua Brasileira de Sinais – Libras e outros recursos de expressão a ela associados.
Parágrafo único – Entende-se como Língua Brasileira de Sinais – Libras a forma de comunicação e expressão, em que o sistema linguístico de natureza visual - motora, com estrutura gramatical própria, constituem um sistema linguístico de transmissão de ideias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil (BRASIL, 2002b).

lançou o *Programa Brasil Acessível*, em 2004, com o objetivo de promover a acessibilidade urbana e apoiar ações que garantam o acesso universal aos espaços públicos (BRASIL, 2004b). No mesmo ano, o Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, regulamentou as Leis nº 10.048, de 8 de novembro de 2000⁴ e nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000⁵, estabelecendo normas e critérios para a promoção da acessibilidade às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida (BRASIL, 2004c).

No ano de 2005, segundo Souza (2017), tivemos duas ações importantes em destaque, a primeira foi o Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005, que regulamentou a Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, que disponibilizou o acesso à escola dos alunos surdos, e a inclusão da Língua Brasileira de Sinais (Libras) como disciplina curricular, o ensino da Língua Portuguesa como segunda língua aos alunos surdos, a organização da educação bilíngue no ensino regular e a certificação de professor, instrutor e tradutor/intérprete de Libras (BRASIL, 2002b, 2005). A segunda ação foi a implantação dos Núcleos de Atividades de Altas Habilidades/Superdotação (NAAH/S). Esses centros foram implantados em todos os Estados e no Distrito Federal com o objetivo de serem centros de referência na área das altas habilidades/superdotação para o atendimento educacional especializado, o atendimento e orientação às famílias e a formação continuada de professores (BRASIL, 2006).

Em 2006, na Organização das Nações Unidas (ONU) foi aprovada a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em que o Brasil é um dos Estados signatários. Nela se estabelece que os Estados-Partes devem assegurar um sistema de educação inclusivo em todos os níveis de ensino, em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social compatível com a meta da plena participação e inclusão, e os Estados-Partes devem adotar medidas para garantir que as pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral e também do ensino fundamental gratuito e

-
4. Lei nº 10.048/00 – Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica (as pessoas portadoras de deficiência física, os idosos com idade igual ou superior a 65 anos, as gestantes, as lactantes e as pessoas acompanhadas por crianças de colo), e dá outras providências (BRASIL, 2000a).
 5. Lei nº 10.098/00 – Normas gerais e critérios básicos para a promoção de acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Capítulo VII (art. 17, 18 e 19) (BRASIL, 2000b).

compulsório sob alegação de deficiência e que o acesso a esse ensino seja em igualdade de condições com as demais pessoas da comunidade (ONU, 2006, art. 24). No Brasil foi promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Com o objetivo de contemplar no currículo da educação básica temáticas relativas às pessoas com deficiência e desenvolver ações afirmativas que possibilitem acesso e permanência na educação superior, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos, os Ministérios da Educação e da Justiça, juntamente com a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) lançam o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (BRASIL, 2007a).

Ainda em 2007, o MEC lança o Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE), que em relação à educação especial na perspectiva da educação inclusiva apresenta quatro eixos e foram criados quatro programas para atender aos seus respectivos objetivos: a) o acompanhamento e monitoramento do acesso à escola e sua permanência das pessoas com deficiência, de 0 a 18 anos, que são favorecidas pelo Benefício de Prestação Continuada (BPC) – Programa BPC na escola; b) a acessibilidade arquitetônica das escolas regulares – Programa Escola Acessível; c) acesso e permanência das pessoas com deficiência na educação superior – Programa Incluir – Acessibilidade à Educação Superior e; d) implantação das salas de recursos multifuncional (BRASIL, 2007b, 2007c).

Para a implementação do PDE publicou-se o Decreto nº 6.094, de 24 de abril de 2007, no PDE, o compromisso da União em relação à educação inclusiva está expresso no Art. 2º, inciso IX, quando afirma que apoiará e incentivará, direta ou indiretamente a garantia ao “acesso e permanência das pessoas com necessidades educacionais especiais nas classes comuns, fortalecendo a inclusão escolar nas escolas públicas” (BRASIL, 2007a). O PDE traz também em seu artigo 9º, o Plano de Ações Articuladas (PAR) que “é o conjunto articulado de ações, apoiado técnica ou financeiramente pelo Ministério da Educação, que visa o cumprimento das metas do Compromisso e a observância das suas diretrizes” (BRASIL, 2007b). O PAR é de “caráter plurianual, construídos com a participação dos gestores e educadores locais, baseados em diagnóstico de caráter participativo, elaborados a partir da utilização do Instrumento de Avaliação de Campo” (BRASIL, 2007c, p. 24).

Em 2008, o MEC, por meio da Secretaria de Educação Especial elabora com a participação de um grupo de trabalho (especialistas das várias áreas da educação especial) – *Política Nacional da Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva*, na qual se apresenta um diagnóstico da educação especial utilizando-se dos dados do Censo Escolar/MEC/INEP (BRASIL, 2008a).

Segundo Souza (2017), esse documento traz a definição dos alunos que são atendidos pela educação especial – pessoas com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação e tem como objetivo promover o acesso, a participação e aprendizagem desses alunos nas escolas regulares, orientando os sistemas de ensino para promover respostas às necessidades educacionais especiais. Para tanto reafirma as garantias de documentos anteriores como: a transversalidade da educação especial desde a educação infantil até o ensino superior; a acessibilidade arquitetônica, urbanística, nos mobiliários e equipamentos, na comunicação e informação e nos transportes; o AEE; a formação de professores para o AEE e demais profissionais da educação para a educação inclusiva, entre outros (BRASIL, 2008a).

Outra questão que se define no documento acima apresentado é a função do AEE que é de “identificar, elaborar e organizar recursos pedagógicos e de acessibilidade que eliminem as barreiras para a plena participação dos alunos” (BRASIL, 2008). Define-se no documento que o AEE deve ser complementar e/ou suplementar ao ensino regular, e, como tal, deve ocorrer no contraturno do horário em que o aluno frequenta a classe comum na própria escola regular ou em centro especializado que ofereça esse serviço educacional. O documento ressalta também que o AEE deve sempre articular-se à proposta pedagógica do ensino regular.

O Decreto nº 6.571, de 17 de setembro de 2008, que foi revogado pelo Decreto nº 7.611, de 17 de novembro de 2011, ambos dispõem sobre o AEE e regulamentam o parágrafo único do artigo 60 da LDB/96 (BRASIL, 2008b, 2011a). A Resolução CNE/CEB nº 4, de 2 de outubro de 2009, institui as diretrizes operacionais para o AEE consolidando as orientações do documento mencionado anteriormente (BRASIL, 2009).

Ainda em 2008, foi promulgada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo por meio do Decreto nº 6.949/2008, de 25 de agosto de 2008 (BRASIL, 2008c).

A Lei nº 12.796, de 4 de abril de 2013, altera o texto da LDB/96, em relação à educação especial na perspectiva da educação inclusiva nos artigos 4º, 58 e 60, reafirmando a transversalidade do AEE, que a educação especial é uma modalidade de educação, que deve ser oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, e que o poder público deve ampliar o atendimento aos alunos que dela necessitar no ensino regular, independente dos apoios às instituições filantrópicas (BRASIL, 2013).

Com base na Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, foi aprovada a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (BRASIL, 2015), intitulada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2016, que em seu art. 27, capítulo IV – Do Direito à Educação, reafirma os direitos das pessoas com deficiência em relação à educação inclusiva.

Vivencia-se, atualmente, a implementação, em todo o País, para adequação das normas educacionais ao Plano Nacional de Educação (2014/2024), Lei nº 13.005, aprovado em 25 de junho de 2014. A educação especial encontra-se contemplada na Meta 4 desse documento, com desdobramento nas respectivas estratégias, destacando-se: dupla matrícula, universalização do atendimento de crianças de 0 a 3 anos; educação escolar; criação de centros multidisciplinares, a implementação do programa nacional de acessibilidade nas escolas, tecnologia assistiva, educação bilíngue com Libras e Língua Portuguesa para alunos surdos; transporte acessível, complementação e suplementação curricular, e a garantia do atendimento educacional especializado das pessoas com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação, preferencialmente na rede regular de ensino, podendo ser ofertados nas escolas comuns, escolas especiais, salas de recursos multifuncionais e demais centros especializados (BRASIL, 2014).

Esse Plano influencia, juntamente com as demais normativas da educação, a elaboração de normativas nos Sistemas de Ensino Federal, Estaduais e Municipais e esses se encontram monitorados pelos observatórios instalados sob a coordenação dos Fóruns Estaduais de Educação.

Concluindo, sabendo-se que a educação especial é uma modalidade de ensino e que na perspectiva inclusiva deve ser transversal aos níveis e modalidades de ensino, ou seja, ela deve ser oferecida àqueles que dela necessitarem, desde a educação infantil até o ensino superior, perpassando

os níveis do ensino fundamental e médio, assim como, as modalidades da Educação de Jovens e Adultos (EJA) e os cursos profissionalizantes (BRASIL, 2008); todos os sistemas de ensino (federal, estaduais e municipais) devem ter políticas que direcionem o oferecimento dessa modalidade de educação.

Os Sistemas Estaduais de Ensino da Região Sul do Brasil e as políticas de educação especial

As parcerias público-privadas entre Estados e escolas especializadas filantrópicas podem ser remetidas a longa data na história da educação especial no Brasil, mas sofreu um abalo quando em setembro de 2007 a Secretaria de Educação Especial (SEESP) apresentou a preliminar do documento *Política Nacional da Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva* (Brasil, 2008), elaborado pelo MEC/SEESP e especialistas de diversas universidades brasileiras. Esse documento preconizava a substituição das classes especiais por salas de recursos multifuncionais, a não criação de novas escolas especiais, a transformação das escolas existentes em centros de atendimento educacional especializados, e a proibição da celebração de convênios com as que permanecessem em funcionamento. O documento causou manifestações adversas, de um lado de grupos que eram a favor da inclusão total e logo, a favor das medidas preconizadas e de grupos contrários, em sua maioria de representantes das entidades filantrópicas que ofereciam serviços educacionais especializados em todo o Brasil. Em meio ao debate público, em janeiro de 2008 o documento foi apresentado com nova redação, excluindo a redação que gerou as discussões (SOUZA, 2017).

Paraná

Nessa época no Estado do Paraná, as entidades filantrópicas tinham um grande apoio governamental e o Estado tinha como representante no Senado Federal, o então senador Flávio Arns, que era um dos defensores das entidades filantrópicas, que nesse momento buscaram apoio junto ao Departamento de Educação Especial e Inclusão Educacional (DEEIN)⁶, para

6. O DEEIN é o órgão responsável pela orientação das políticas públicas que asseguram inclusão de pessoas com necessidades educacionais, no que se refere à Educação Especial e programas socioeducativos. Ele atua em consonância com os princípios defendidos pela Secretaria de Estado de Educação do Paraná (MORAES, 2012: 5).

a manutenção das escolas especiais. “O governo do Estado é solidário com a causa dessas entidades filantrópicas sem fins lucrativos, destinando recursos e promovendo concurso público para professores de Educação Especial”. (MORAES, 2012: 5).

Segundo Moraes (2012) em 2009, outro documento, o Parecer CNE/CEB 13/2009 também causou grandes discussões e protestos por parte das instituições filantrópicas, pois recomendava a obrigatoriedade das matrículas dos alunos da educação especial em classes comuns do ensino regular, sendo assim complementar ou suplementar ao ensino regular, fazendo com que os recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb) deixassem de financiar a educação especial substitutiva oferecida pelas classes e escolas especiais, reduzindo assim seus recursos financeiros.

Mais uma vez, segundo Moraes (2012) o ex-senador Arns teve uma ação firme no Senado Federal, fazendo discursos e influenciando, juntamente com a sociedade civil contrária ao parecer a sua não homologação. Algumas entidades favoráveis também se manifestaram, mas o número era insignificante, cerca de 120, perto do número das Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais (Apaes) que se manifestavam contrárias ao parecer.

O então Ministro da Educação Fernando Haddad, declarou que o repasse do Fundeb continuaria sendo garantido às escolas especiais ou instituições comunitárias, confessionais ou filantrópicas sem fins lucrativos, conveniadas com o poder público, com atuação exclusiva na modalidade (SOUZA, 2017).

No Paraná com a garantia do financiamento do Fundeb, os convênios com as entidades filantrópicas foram renovados e prorrogados por mais 3 anos (MORAES, 2012). O governo anuncia que tornaria permanente as parcerias com essas instituições e para consolidar a ação, em 2010, o Governador Roberto Requião envia para a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 126/10, que trata da criação do Programa de Apoio às Instituições Filantrópicas (PARANÁ, 2010).

O art. 2º do PL nº 126/2010 indica que o objetivo do programa é de “assegurar aos educandos com deficiência e transtornos globais do desenvolvimento, com alta especificidade do Estado do Paraná, a escolarização em nível de educação básica, em consonância com a política educacional da Secretaria Estadual de Educação”, por meio da cooperação entre o

Governo do Estado e as Entidades Mantenedoras de Escolas de Educação Básica na Modalidade de Educação Especial e/ou Centros de Atendimento Educacional Especializado (PARANÁ, 2010).

Em seu art. 6º o Governo Estadual do Paraná se compromete a designar proporcionalmente ao número de alunos e aos diferentes níveis e modalidades da escolaridade ofertada, equipes especializadas para atendimento aos alunos e orientação e capacitação aos docentes, transferência de recursos para pagamento de pessoal e para custeio de suas atividades escolares (PARANÁ, 2010).

Entre os requisitos exigidos para que a entidade se habilite ao programa, no art. 8º, estão as autorizações de funcionamento e documentações necessárias e nos incisos II e III, os de “oferecer igualdade de condições para o acesso, permanência na escola e atendimento educacional gratuito, na forma da legislação vigente” e de “atender aos padrões de qualidade definidos pelo órgão normativo do sistema de ensino e ter aprovado e periodicamente atualizado seu Projeto Político Pedagógico”, respectivamente (PARANÁ, 2010).

O projeto de lei ainda traz as obrigações que as entidades têm para com o Estado e as que o Estado tem para com as entidades, no sentido de oferecimento de ensino de qualidade por parte das entidades e de acompanhamento, monitoramento e supervisão da qualidade por parte do Estado, assim como de oferecimento de formação continuada aos professores e funcionários.

Com essas ações o Estado do Paraná mantém a educação especial em escolas especiais exclusivas, mas apesar desse enfrentamento às orientações das políticas de educação especial na perspectiva inclusiva, as ações não comprometem o pacto de colaboração que o regime brasileiro de federalismo estabelece entre os entes federados, porque realiza ações paralelas em sua rede estadual e em seus municípios para a educação especial na perspectiva inclusiva.

Para adequar as entidades filantrópicas ao programa, essas entidades passaram a ser reconhecidas como *Escolas de Educação Básica na Modalidade de Educação Especial*⁷, e elas foram definidas pelo DEEIN/PR como:

7. Por meio da Resolução nº 3.600, de 18 de agosto de 2011, o então Secretário da Educação do Estado do Paraná, Sr. Flávio Arns, em seu “Art. 1.º – Autorizar a alteração na denominação das Escolas de Educação Especial para Escolas de Educação Básica, na modalidade de Educação Especial, com oferta de Educação infantil, Ensino Fundamental – anos iniciais, Educação de Jovens e Adultos – Fase I, e Educação Profissional/Formação inicial, a partir do início do ano letivo de 2011” (PARANÁ, 2011).

A escola de Educação Básica na modalidade de Educação Especial é uma instituição destinada a prestar serviço especializado de natureza educacional a alunos com necessidades educacionais especiais, decorrentes da deficiência intelectual e múltiplas deficiências, de transtornos globais do desenvolvimento, de condições de comunicação ou sinalização diferenciadas, que requerem atenção individualizada nas atividades da vida autônoma e social, recursos, ajudas e apoios intensos e contínuos, bem como adaptações curriculares tão significativas, que muitas vezes a escola comum não consegue prover. Os alunos necessitam também de atendimentos complementares / terapêuticos dos serviços da área da saúde, trabalho e assistência social. O ingresso dos alunos nesta instituição escolar deve ocorrer após a conclusão do processo de avaliação, realizado por equipe multiprofissional, com o objetivo de investigar as áreas do desenvolvimento cognitivo, motor, afetivo e social. (PARANÁ, 2012, anexo 1: 7-8)

Podemos observar que apesar dessas entidades serem denominadas escolas, em sua definição há menções às áreas da saúde, terapêutica e assistência social, áreas que deveriam estar interrelacionadas à educação no desenvolvimento global dos alunos por meio de ações intersecretariais e não serem partes efetivas do ambiente escolar, o que denuncia a manutenção dos antigos formatos dessas entidades de fundo assistencialista e não educacionais (MORAES, 2012).

O PL nº 126/10 foi substituído pela Lei nº 17.656, de 12 de agosto de 2013, que “institui o *Programa Estadual de Apoio Permanente às Entidades Mantenedoras de Escolas* que ofertam Educação Básica na Modalidade Educação Especial denominado ‘*Todos iguais pela educação*’” (PARANÁ, 2013). A lei mantém quase a totalidade do texto do PL, somente destacaremos o art. 4º,

O Estado do Paraná, por meio da Secretaria de Estado da Educação (SEED), garantirá aos destinatários do Programa de que trata esta Lei, mediante instrumento administrativo legal adequado, o acesso igualitário aos benefícios dos programas educacionais suplementares disponíveis para o respectivo nível de ensino, incluindo os programas de alimentação e transporte escolar, construção, ampliação e reforma das unidades escolares, suprimento de mobiliários, equipamentos e materiais e

capacitação, visando possibilitar os padrões de qualidade, economicidade e eficiência equivalentes aos ofertados pelos estabelecimentos da Rede Pública Estadual de Ensino (PARANÁ, 2013).

Observe-se que todos os programas da Rede Pública Estadual de Ensino são estendidos às escolas especiais que “aderem” ao programa.

Nas estratégias do *Plano Estadual de Educação do Paraná 2015-2025* (PARANÁ, 2015) podemos observar que nas estratégias da Meta 4 que trata da educação especial, temos cinco em que podemos destacar como o Estado do Paraná pretende estabelecer as parcerias com as escolas especiais conveniadas: oferecimento de AEE em salas de recursos multifuncionais, estratégia 4.2; ampliação das condições de apoio ao atendimento escolar integral, estratégia 4.6; instituição de centros profissionalizantes voltados à qualificação profissional e oferecimento de cursos para a qualificação profissional, estratégias 4.20 e 4.32, respectivamente; e o reforço e ampliação das parcerias entre as entidades mantenedoras das escolas de educação básica na modalidade educação especial, estratégia 4.5, corroborando com o PL nº 126/2010 e sua lei de aprovação.

No Portal da Secretaria de Educação do Estado do Paraná (SEED-PR)⁸ encontramos documentos que regulamentam os convênios de cooperação técnica e financeira entre o Estado e as escolas especiais (Instrução 009/2014 –SEED/SUED) (PARANÁ, 2014a), assim como os contratos de convênio assinados por 415 escolas especiais, entre elas a esmagadora maioria são mantidas pela Apae, algumas pela Pestalozzi, algumas escolas para surdos, e também escolas municipais e estaduais especiais.

Conforme explicações no Portal da SEED/PR a educação fundamental nas escolas especiais ocorrem em um ciclo contínuo, composto por dois ciclos (1º e 2º) que correspondem ao 1º e 2º ano do ensino fundamental regular, respectivamente, sendo que “o 1.º ciclo está subdividido em quatro etapas, com duração de quatro anos letivos, ou seja, um ano letivo para cada etapa e o 2.º ciclo subdividido em seis etapas, com duração de seis anos letivos, ou seja, um ano letivo para cada etapa”. (SEED/PR, 2017). Logo o ensino fundamental nas escolas especiais deverá ter 10 anos para alunos entre 6 e 15

8. Portal da Secretaria Estadual de Educação do Paraná (SEED/PR) - <www.educacao.pr.gov.br>, pesquisado em 3 jan. 2017.

anos com deficiência intelectual, transtornos globais do desenvolvimento e deficiência múltipla, e nesse período o aluno somente cursará o referente ao 1º e 2º ano do ensino fundamental regular.

No que diz respeito aos estudantes com 16 anos ou mais, esses devem ser matriculados na EJA por meio do Sistema de Educação de Jovens e Adultos (SEJA), a matrícula do aluno na EJA será integrada à Educação Profissional, isto é, o aluno terá duas matrículas: uma no SEJA (Ensino Fundamental – Fase I) e outra matrícula em uma das três unidades ocupacionais de educação profissional oferecidas (qualidade vida, produção e formação inicial). (PARANÁ, 2014b).

Santa Catarina

No Estado de Santa Catarina as políticas de educação especial são elaboradas e implementadas por três instâncias: a Secretaria de Estado de Educação (SED-SC), a Fundação Catarinense de Educação Especial (FCEE) e as Gerências Regionais de Educação (Gered), que hoje estão em número de trinta e seis. As Gered constituem um modelo de gestão descentralizada do governo estadual, elas ainda dividem-se em Secretarias de Desenvolvimento Regional (SRD).

Em 2005, a SED-SC e FCEE, com base nos fundamentos legais, instituem o documento que define a *Política de Educação Especial* tendo como base a cidadania e a dignidade da pessoa humana conforme preconiza a *Constituição Estadual de Santa Catarina 1989*. No ano de 2006 o Conselho Estadual de Educação dá sustentação legal a Política de Educação Especial do Estado de Santa Catarina aprovando a Resolução nº. 112/2006, de 12 de dezembro de 2006, que “fixa normas para a Educação Especial no Sistema Estadual de Educação de Santa Catarina” (FCEE⁹, 2017), considerando o disposto no Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001, na Resolução CNE/CEB nº 2, de 11 de setembro de 2001 (BRASIL, 2001b) e na Lei nº 12.870 de 12 de janeiro de 2004, preconiza em art. 1º:

A Educação Especial integra o Sistema Estadual de Educação de Santa de Catarina, caracterizada como modalidade que demanda um conjunto de

9. Portal da Fundação Catarinense de Educação Especial (FCEE) – <www.fcce.org.br> , acessado em jan. de 2017.

procedimentos e recursos específicos que visam ao ensino, à prevenção, à reabilitação e à profissionalização da pessoa com deficiência, condutas típicas e altas habilidades. (SANTA CATARINA, 2006a)

Além disso, a Resolução nº 112/2006 e a Política de Educação Especial (SANTA CATARINA, 2006 a, b) trazem a definição dos alunos que são atendidos pela educação especial em seu art. 2º, são “as pessoas de que trata esta Resolução são aquelas diagnosticadas com deficiência, condutas típicas¹⁰ e altas habilidades”; e os serviços que serão oferecidos a esse público de forma direta e/ou indireta, por meio dos convênios firmados com a FCEE, em caráter de apoio, complemento ou suplemento.

Devemos destacar nesse documento a definição de competências do Serviço de Atendimento Especializado (Saesp) por dizer respeito às instituições filantrópicas conveniadas à FCEE, como segue:

Este Serviço tem caráter terapêutico e reabilitatório, será exercido por profissionais das áreas da psicologia, fisioterapia, pedagogia, fonoaudiologia e terapia ocupacional. Organizado pelo poder público, deve ser prestado por intermédio dos Centros de Reabilitação municipais, estadual ou federal e por instituições conveniadas com a FCEE. Quando as equipes multidisciplinares das instituições conveniadas forem mantidas com recursos públicos, deverão disponibilizar Saesp aos educandos matriculados na rede regular de ensino ou aos que frequentam Centros Especializados (SANTA CATARINA, 2006a).

Entendemos que os serviços oferecidos nesses estabelecimentos não são considerados como serviços pedagógicos, como a própria definição de competências descreve, “caráter terapêutico e reabilitatório”, exercido por profissionais de áreas diversas da saúde e também por pedagogos. Essas instituições não são reconhecidas pelo Conselho Estadual de Educação de Santa Catarina para o oferecimento de educação básica e os alunos que as

10. A Resolução nº 112/2006 define em seu art. 2º, § 2º. A pessoa com condutas típicas é aquela que apresenta manifestações típicas dos seguintes quadros, de maneira isolada ou combinada: I. Transtorno hipercinético ou do déficit de atenção por hiperatividade/impulsividade se caracteriza pela combinação de comportamento hiperativo com desatenção marcante; II. Transtornos invasivos do desenvolvimento se caracterizam por anormalidades qualitativas em interações sociais recíprocas e em padrões de comunicação e, por um repertório de interesses e atividades restrito, estereotipado e repetitivo (SANTA CATARINA, 2006a).

frequentam não são contabilizados no Censo Escolar da Educação Básica do Inep. Com esse fato instala-se a invisibilidade dessas pessoas para as políticas públicas de educação especial, porque de fato, não são reconhecidos como pessoas que recebem educação formal.

Em 2009, por meio do documento *Programa Pedagógico* (SANTA CATARINA, 2009) para a educação especial elaborado pela SED-SC e FCEE, respaldados na Resolução nº 112/2006 (SANTA CATARINA, 2006a), foram definidos os objetivos gerais e específicos dos serviços oferecidos no Estado nos Centros de Atendimento Educacional Especializados (Caesp)¹¹. O documento define as diretrizes de implantação desses serviços, como objetivo geral e coordenar a implantação, subsidiar cursos de formação continuada dos educadores, coordenar projetos de investigação metodológica, orientar sobre as normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade e desenvolver pesquisas para a produção e adaptação de tecnologia assistiva (SANTA CATARINA, 2009).

O documento enumera e descreve os serviços que devem ser oferecidos como segue: Atendimento em classe (AC) – Para esse tipo de atendimento temos: Segundo professor de turma, Professor guia-intérprete – quando houver na turma aluno com surdocegueira; Professor bilíngue, Professor intérprete, Instrutor de Libras. Serviço de Atendimento Educacional Especializado (Saede) – esse serviço, segundo o documento *Programa Pedagógico* (SANTA CATARINA, 2009, p. 10) “está legitimamente assegurado por todas as determinações legais já citadas, como, por exemplo, o Artigo 208, inciso III, da Constituição Federal – ‘atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino’ – e os artigos 58 e 59 da LDBEN”. Ele é organizado por tipo de deficiência (auditiva, mental, visual, Transtorno Global do Desenvolvimento, paralisia cerebral, Surdocegueira, Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade/Impulsividade e misto (mais de uma de uma deficiência) e definido como [...] uma atividade de caráter pedagógica, prestada por profissional da educação especial, voltada ao atendimento das

11. Centros de Atendimentos Educacional Especializados (Caesp), entendemos que esta é a denominação no Estado para as escolas de educação especial estaduais e para as instituições de educação especial conveniadas.

especificidades dos alunos com deficiência, condutas típicas¹² ou com altas habilidades, matriculados na rede regular de ensino (SANTA CATARINA, 2009, p. 25). Serviço Pedagógico Específico (SPE) – serviços oferecidos aos alunos com severos comprometimentos cognitivos matriculados nos Caesp, Serviços de Atendimento Alternativo (SAA)

Os serviços AC, SPE e SAA estão regulamentados pelas legislações específicas da educação especial, segundo afirmação do documento *Programa Pedagógico* (SANTA CATARINA, 2009), que são: o Art. 8º da Resolução CNE nº 2/2001 que estabelece a participação do professor intérprete; o Art. 10º da mesma Resolução garante ao educando com severos comprometimentos o atendimento realizado pelo SPE; e o SAA está regulamentado por determinação estadual no art. 8º da Resolução nº 112/2006 (SANTA CATARINA, 2006a).

Devemos observar que os serviços pedagógicos que são oferecidos no SPE não estão alinhados com o currículo da educação básica das escolas regulares, a única atividade pedagógica desenvolvida visa somente desenvolver conceitos acadêmicos básicos e atividades pouco complexas.

No ano de 2015, publicou-se o *Plano Estadual de Educação (PEE) para o decênio de 2015-2024*, aprovado pela Lei Estadual nº 16.794, de 14 de dezembro de 2015. Para atingir a meta 4 da educação especial, são propostas vinte e duas estratégias que pretendem garantir o acesso, a permanência e a aprendizagem dos alunos da educação especial em escolas regulares com o apoio do AEE, mas também garantem o atendimento em escolas especializadas públicas ou conveniadas, assim como garantem promover parcerias com instituições especializadas para formação continuada dos profissionais da educação e produção de material didático para acessibilidade, participação e aprendizagem dos alunos (SANTA CATARINA, 2015).

Em relação ao atendimento em escolas especiais conveniadas com a FCEE, temos no portal da FCEE a informação de que em 2015 foram totalizados 188 convênios com as Apae, sendo atendidos 18.196 alunos; com as instituições congêneres foram 29 convênios, sendo que há entre os convênios instituições para estudantes com deficiência auditiva, visual, física, para estudantes com transtornos globais do desenvolvimento, e autismo, e os

12. Termo utilizado no documento.

termos de cooperação variam entre cedência de professores do Estado para as instituições, cooperação técnica pedagógica, profissionalização, reabilitação e habilitação; e com as outras instituições há 18 convênios, são instituições do tipo universidades, polícia militar estadual, outras secretarias de Estado. (FCEE, 2017).

Rio Grande do Sul

No histórico do Estado do Rio Grande do Sul “[...] prevaleceu a dualidade entre o modelo clínico-terapêutico e o modelo pedagógico na definição de políticas públicas para a Educação Especial”, hoje há no Estado várias formas de oferta de educação especial em seu sistema estadual de ensino, como: o AEE complementar/suplementar, por meio das salas de recursos multifuncionais e de salas de recursos com foco em uma área de deficiência; itinerância de professores; atendimento substitutivo realizado em algumas classes especiais remanescentes com foco na área da deficiência e nas Escolas Especiais Estaduais e conveniadas; serviços especializados prestados pelo Centro de Apoio Pedagógico às Pessoas com Deficiência Visual (CAP-RS) e pelo NAAH/S (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

Em relação à legislação orientadora da política de educação especial no Estado temos a Resolução nº 267/2002, de 10 de abril de 2002, que “fixa os parâmetros para a oferta da educação especial no Sistema Estadual de Ensino” (RIO GRANDE DO SUL, 2002a) e estabelece que o Parecer do Conselho Estadual de Educação (CEED) nº 441/2002, de 10 de abril de 2002, é parte integrante da presente Resolução e tem caráter normativo. O Parecer fundamenta-se na LDB/96, e na Resolução CNE/CEB nº 2, de 11 de setembro de 2001, do CNE, que “Institui Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica”. Em relação às instituições especializadas ou escolas especializadas, o Parecer nº 441/2002 do CEED (RIO GRANDE DO SUL, 2002b) define quem são os alunos que podem ser atendidos e os apoios que elas podem receber, como segue:

17. A par do atendimento pela rede escolar comum, podem ser credenciadas escolas para a oferta exclusiva da modalidade educação especial, em qualquer dos níveis da educação básica. Essas instituições, tanto destinadas a oferecer a escolarização completa, quanto as destinadas

a complementar a escola comum, mediante parceria [...]. A autorização expedida será específica para a oferta da educação especial. Com base em seu projeto pedagógico, a escola atenderá a alunos portadores de uma ou mais de uma das causas de atendimento especial (RIO GRANDE DO SUL, 2002b)

O Parecer nº 56/2006, de 18 de janeiro de 2006 do CEED, “orienta a implementação das normas que regulamentam a Educação Especial no Sistema Estadual de Ensino do Rio Grande do Sul. Complementa a regulamentação quanto à oferta da modalidade de Educação Especial no Sistema Estadual de Ensino do Rio Grande do Sul”. O Parecer está apoiado pela Resolução CEED nº 267, de 10 de abril de 2002, e pelo Parecer CEED nº 441/2002, fixou os parâmetros para a oferta da Educação Especial no Sistema Estadual de Ensino, com base no Parecer CNE/CEB nº 17/2001 e na Resolução CNE/CEB nº 2, de 11 de setembro de 2001 (RIO GRANDE DO SUL, 2006). O parecer reafirma que o sistema de ensino do Rio Grande do Sul acompanha os fundamentos da educação inclusiva, mas ainda mantém classes e escolas especiais, públicas e privadas, essas últimas conveniadas ou credenciadas à Secretaria de Estado de Educação (Seduc-RS).

As classes e escolas especiais para serem reconhecidas e credenciadas para funcionamento necessitam ter projeto pedagógico, carga horária regulamentada, recursos de apoio materiais e humanos.

Para a rede regular de ensino há a orientação de que a escola, “[...] pode criar, extraordinariamente, a classe especial: sala de aula, em espaço físico, na qual o professor da Educação Especial utilize métodos, técnicas, procedimentos didáticos e recursos pedagógicos especializados, equipamentos e materiais didáticos específicos [...]” (RIO GRANDE DO SUL, 2006). Ainda há a orientação para as escolas especializadas que atendem alunos que requerem atenção individualizada nas atividades de vida autônoma e social, bem como ajuda e apoios intensos e contínuos. Assim como, está autorizado o currículo funcional para o ensino fundamental para aqueles que dele necessitar e o curso poderá ser prolongado nas escolas especiais e desvinculado do critério de idade do aluno. Esses alunos receberão Certificado de Terminalidade Específica no Ensino Fundamental de forma descritiva, com as habilidades e competências apreendidas, indicação da alternativa educacional que pode

ser: oficina protegida na escola ou em outro local, educação profissional desenvolvida em escola técnica, modalidade de Educação de Jovens e Adultos, ou inserção no mundo do trabalho.

Temos também o Parecer nº 251/2010, de 14 de abril de 2010, que, Regulamenta a implementação, no Sistema Estadual de Ensino, do disposto na Resolução CNE/CEB nº 4, de 02 de outubro de 2009, que Institui Diretrizes Operacionais para o Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, modalidade Educação Especial, e dá outras providências. (RIO GRANDE DO SUL, 2010)

Nesse parecer o CEED, se manifestou em relação em inquietações da sociedade civil e da Seduc-RS sobre legislação federal, em manter-se “o estabelecido nas normas já exaradas na organização do Sistema Estadual de Ensino do Rio Grande do Sul, quanto à oferta da modalidade Educação Especial” e “incorpora-se a essa organização o que se estabelece na Resolução CNE/CEB nº 4, de 2 de outubro de 2009” (RIO GRANDE DO SUL, 2010).

Para isso o parecer orientou a incrementação do AEE em salas de recursos multifuncionais no contraturno, a constituição de Centros de Atendimento Educacional Especializado (CAEE), que podem ser públicos ou privados e a manutenção dos credenciamentos das escolas especiais.

Em 2015, foi instituído por meio da Lei nº 17.705/2015, de 25 de junho de 2015 o Plano Estadual de Educação (PEE) em cumprimento ao PNE, aprovado pela Lei Federal nº 13.005, de 25 de junho de 2014 (BRASIL, 2014a), que apresenta quarenta e duas estratégias para a educação especial em sua meta 4.

Após análise das estratégias estabelecidas pudemos observar que em sua maioria a política de educação especial do Estado apresenta a perspectiva inclusiva, alinhado ao PNE, as estratégias enfatizam o AEE, complementar ou suplementar, no contraturno da classe comum, oferecidos nas Salas de Recursos Multifuncionais (SRM) da própria escola ou CAEE, garantia de acesso, permanência e aprendizagem dos alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento, transtornos do espectro autista e altas habilidades/superdotação; formação continuada aos professores das salas comuns e daqueles que atendem nas SRM, entre outros.

Especificamente sobre as instituições especializadas, na estratégia trinta e um fica assegurado às escolas especiais (instituições privadas de ensino

sem fins lucrativos), entre outras, recursos orçamentários para adequação de acessibilidade, compra de equipamentos de informática e material didático-pedagógico. Assim como na estratégia dois a garantia de repasse dos valores do Fundeb relativos às matrículas nessas escolas. Por fim a estratégia trinta e dois corroborando com a legislação do Estado prevê a promoção de parcerias com “instituições comunitárias, confessionais e filantrópicas sem fins lucrativos, conveniadas com o poder público [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2015)”

Em relatório disponibilizado no portal do FNDE¹³ intitulado, *Instituições conveniadas e os segmentos de ensino considerados no Fundeb 2017*, elaborado pela Coordenação-Geral de Operacionalização do Fundeb e de Acompanhamento e Distribuição da Arrecadação do Salário-Educação (CGFSE) da Diretoria de Gestão de Fundos e Benefícios (DIGEF), encontramos 144 escolas especiais conveniadas com a Seduc-RS, sendo que somente cerca de treze delas não são Apae. Essas 144 escolas especiais mantêm convênios estaduais e municipais, e o repasse de verbas no ano de 2017 será relativo à 9.759 alunos atendidos em escolas especiais filantrópicas no Estado do Rio Grande do Sul. (SOUZA, 2017).

Conclusão

A CF/88 e a LDB/96 especificam as responsabilidades dos entes federados – União, Estados, Distrito Federal e municípios em relação à educação, assim como as incumbências e abrangências dos sistemas de ensino Federal, Estaduais e Municipais.

Trouxemos neste artigo um rol de documentos e a legislação que desde a CF/88 regulamentam e direcionam a educação especial, orientando os sistemas de ensino para organização/definição de suas políticas de educação especial no sentido de implementações de ações para uma educação inclusiva, tendo como base o documento nacional *Políticas de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva* (BRASIL, 2008), assim como uma legislação que traz diretrizes para regulamentar a implantação de serviços para alunos da educação especial serem atendidos no contraturno da sala regular em salas de recursos multifuncionais e Centros de Atendimento Educacionais Especializados; serviços que apoiam esses alunos na própria

13. Portal do FNDE –<www.fnde.gov.br>

sala de aula, como intérpretes, instrutores de Libras, entre outros. Ações essas que permitem o acesso, a permanência e bom desempenho escolar desses alunos que estão incluídos.

Em contraponto a própria CF/88, a LDB/96, a Resolução CNE/CBE, Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001, na Resolução CNE/CEB nº 2, de 11 de setembro de 2001 (BRASIL, 1988, 1996, 2001a,b), embasam a manutenção e funcionamento de escolas e classes especializadas.

O Estado do Paraná, por meio da Secretaria Estadual de Educação implementa políticas de educação especial na perspectiva inclusiva em sua rede de ensino, oferecendo serviços de apoio aos alunos da educação especial, como SRM, CAEE, cursos de formação continuada para os professores, entre outros. Ao passo que também reconheceu por meio de Lei as escolas especializadas mantidas por entidades filantrópicas como Escolas de Educação Básica na Modalidade Educação Especial, essas escolas recebem apoio técnico e financeiro do Estado, oferecem educação especial substitutiva ao ensino regular.

No Estado de Santa Catarina, a FCEE é um dos órgãos responsáveis pela elaboração das políticas de educação especial, em conjunto com a secretaria de educação e as gerências de educação. O Estado tem um longo histórico na educação especial e oferece muitos serviços para que os alunos sejam incluídos nas escolas regulares, assim como mantém convênios com as instituições filantrópicas para o oferecimento de serviços de AEE, Saesp. Os atendimentos oferecidos nesses serviços, como o Serviço Pedagógico Específico (SPE) e o Serviço de Atendimento Alternativo (SAA) não são reconhecidos como educacionais, e sim como terapêuticos e reabilitatórios, apesar de essas “escolas” receberem da secretaria de educação cédência de professores da rede regular de ensino. Como essas instituições não são reconhecidas como escolas as matrículas de mais de dezoito mil alunos no ano de 2015, segundo o portal da FCEE nas Apae e congêneres não são contabilizadas no Censo da Educação Básica do Inep, o que para nós dá a sensação de invisibilidade aos alunos que as frequentam e aos professores que neles lecionam.

O Estado do Rio Grande do Sul não foge à regra e tem políticas alinhadas às diretrizes nacionais, oferecendo serviços como AEE, CAEE, formação

continuada, entre outros, para os alunos e docentes de sua rede de ensino, assim como mantém escolas especializadas estaduais e convênio com escolas especializadas filantrópicas, nessas últimas se privilegiam apoios financeiros e técnicos. Essas escolas especializadas oferecem ensino especializado substitutivo ao ensino regular.

Concluindo, quando apresentamos as legislações dos Estados da região sul do Brasil que regulamentam a oferta de educação especial pudemos observar que esses sistemas apesar de terem uma política de educação especial na perspectiva da educação inclusiva, mantêm arranjos diferenciados no oferecimento dessa modalidade de ensino, os três Estados apoiam-se na legislação nacional acima citada e os Conselhos Estaduais de Educação emitem pareceres para a manutenção de escolas especializadas públicas e privadas, essas últimas conveniadas com o poder público por meio de termos de cooperação técnico e financeiro.

São sistemas estaduais de ensino que caminham para serem sistemas inclusivos, por suas ações, mas que ainda mantêm políticas públicas de educação especial alinhadas com o paradigma da integração por apoiarem e manterem escolas e classes especiais. Devemos apontar que reconhecemos o papel das escolas especializadas ao longo da história da educação especial e ainda hoje como centros de produção de conhecimentos na área e de oferecimento de serviços que beneficiam o alunado, mas devemos ressaltar que muitas pesquisas apontam os benefícios de uma educação especial na perspectiva inclusiva e que apesar dessas escolas especializadas demonstrarem ter uma postura favorável a inclusão, ainda mantêm programas pedagógicos em espaços exclusivos que precisam ser melhor analisados pelas secretarias estaduais de educação e pelos Conselhos Estaduais de Educação.

Referências bibliográficas

OLIVEIRA, Romualdo Portela de, SANTANA, Romualdo (Orgs). *Educação e Federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade*. Brasília: UNESCO. 2010.

MORAES, Valdete Aparecida Veiga de. Gestão da educação especial no Paraná: manutenção das escolas especiais. *Anais... IX Anped Sul – Seminário de Pesquisa em Educação da Região Sul – 2012*. Disponível em < www.portalanpedsul.com.br/.../08_25_33_2489-7325-1-PB.pdf>, Acessado em 04 jan. 2017.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Sistemas de Ensino e competências Legislativas Concorrentes. O Caso das Instituições Particulares de Ensino Superior do Sistema de Ensino de Minas Gerais. In: RIBEIRO, Lauro L. Gomes. (Org.). *Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: IOB Thomson, 2007.

SOUZA. Marcia Maurilio. *Produto nº 01: Documento técnico contendo diagnóstico sobre o atendimento especializado desenvolvido pelas escolas, centros especializados, instituições públicas e privadas, universo de estudantes e professores, nas regiões sul e centro-oeste*. Brasília: MEC/Secadi/DPEE/UNESCO. 2017. Mimeo.

I. ASPECTOS TEÓRICOS

PARTE 4

DIREITO À EDUCAÇÃO NO
DIREITO PENAL, INTERNACIONAL
E DO TRABALHO

Direito à educação nas normas internacionais: conteúdo, alcance e mecanismos de acompanhamento¹

Gustavo Ferraz de Campos Mônico

Professor Associado de Direito Internacional Privado do Departamento de Direito Internacional e Comparado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Introdução

O direito à educação é um direito que se encontra estreitamente vinculado com outros aspectos da vida cultural. Nesse sentido, ganham relevo os elementos culturais que devem tomar parte integrante do processo educativo, tais como a educação religiosa, a educação para a paz e a cooperação internacional para a amizade entre os povos e as nações, sem discriminações entre os grupos raciais e religiosos. Uma educação de respeito e tolerância², portanto.

1. O presente texto não inova relativamente a estudos anteriores do autor, já publicados, consistindo em uma reorganização e revisitação de suas ideias.
2. Michael Walzer (1999:XI) deixa claro, logo no prefácio de seu ensaio intitulado “Da tolerância”, que “tolerar e ser tolerado tem algo do governar e ser governado de Aristóteles: é a tarefa dos cidadãos democráticos”, para concluir, logo em seguida, não se tratar de “tarefa fácil nem insignificante”. Tendo como tema central a tolerância religiosa, Paul Ricœur (1995) traz importantes reflexões sobre as instituições e as tradições culturais, e constrói uma concepção da tolerância enquanto abstenção, que é o seu sinal negativo, de percepção de que, diante de algo que poderia afrontar o interlocutor, gerando nele o desejo de interditar a conduta que afronta, é, ao contrário, tolerada, abstendo-se de uma reação mais veemente que, todavia, se ocorresse não poderia ser alvo de censura. Nesse contexto, a intolerância apresenta-se, por sua vez, como uma “disposição hostil à tolerância eclesial ou civil” (1995:175). Ricœur explica que esse conteúdo, essa definição da (in)tolerância é institucional. No âmbito individual, por sua vez, a tolerância se manifesta por meio não da abstenção, mas da admissão. Admite-se no outro uma maneira de agir, de pensar, de conduzir a situação que é substancialmente diversa daquela que seria sua própria forma de atuação diante das mesmas circunstâncias. E a intolerância, para o indivíduo, mostra-se pela condenação da opinião ou da conduta do outro, já que ele não a suporta. Institucionalmente, o Estado se manifesta de forma tolerante e justifica positivamente a liberdade que concede aos jurisdicionados por

A sociedade internacional garante a todos os seres humanos esse direito e determina que essa incumbência seja, de forma precípua, desempenhada pelos pais ou pelos tutores das crianças. O ensino elementar deve ser obrigatório, garantida a gratuidade pelo menos até a complementação do ensino elementar fundamental.

Tais direitos vêm declarados genericamente no art. 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, além de uma breve menção no art. 18, nº 4, do Pacto de Direitos Cíveis e Políticos relativamente à educação moral e religiosa enquanto uma obrigação dos pais, e encontram ampla regulamentação no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (arts. 13 e 14). Como direito de crédito, a educação institucional incumbe ao Estado, que deve garanti-la segundo determinados parâmetros fixados tanto nesse Pacto, como na Convenção sobre os Direitos da Criança (arts. 28 e 29). Ademais, corolário desse direito, deve o Estado estabelecer ainda programas tendentes a evitar a evasão escolar, as repetências sucessivas de anos e o não comparecimento às aulas, por meio de programas que intentem a conscientização dos pais ou responsáveis (COSTA, 2000:30).

Em termos de seu conteúdo, a educação deve visar à promoção e ao desenvolvimento da personalidade da criança segundo as suas aptidões físicas e mentais, seus dons e sua capacidade pessoal (art. 29, nº 1, *a*), deixando assente o respeito devido aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios das Nações Unidas, como a paz e a segurança (art. 29, nº 1, *b*), fazendo-a conhecer e respeitar as diversidades culturais,

meio da ideia de justiça, que assume, assim, “o reconhecimento do direito de existência das diferenças e do direito às condições materiais de exercício de sua livre expressão” (1995:180). Todavia, como “as esferas de liberdade são competitivas e a expansão de cada uma tende a se sobrepor às dos outros”, tal atitude abre flanco para a intolerância institucional, confundindo as searas da justiça (material, diria eu) e da verdade (ou da pretensão da verdade, como salienta Ricœur; a minha verdade, diria eu), com o que não resta ao Estado nenhuma alternativa a não ser o estabelecimento de uma forma de proteção das liberdades que se constrói a partir daquilo que J. Rawls, citado pelo autor, chamou de “regras de ordem”, que nada mais é que a tentativa de defesa dos valores locais. Aquilo que for intolerável – e por isso temível – deve ceder diante da maioria, que estabelece o que deve ser objeto do processo educativo.

idiomáticas e nacionais (art. 29, n° 1, *c*),³ além de prepará-la para uma vida sem preconceitos de nenhuma natureza (art. 29, n° 1, *d*) (LEANDRO, 1996: 43 e seguintes), promovendo o respeito ao meio ambiente (art. 29, n° 1, *e*).⁴

No âmbito de aplicação do direito humanitário, os Estados que estiverem ocupando território alheio devem assegurar o bom funcionamento das instituições consagradas aos cuidados e à educação das crianças (Convenção de Genebra de 1949, art. 50, parágrafo 1°). Da mesma forma, o protocolo adicional a esta convenção, relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais, garante que as crianças que devam ser evacuadas para um país estrangeiro, nas situações que ela prevê e permite, tenham assegurado seu direito à educação, incluindo os aspectos religiosos e morais, tal como fora desejado por seus pais e de forma tanto continuada quanto possível.

Educação pública e privada

Relativamente à forma de divisão do conteúdo pedagógico e de seu magistério, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais determina estágios em que o ensino deve ser disponibilizado aos indivíduos, além de prever os meios pelos quais esse tipo de ensino deve ser ofertado à população.

Assim, na chamada educação primária a sociedade internacional determina tratar-se de estágio de frequência obrigatória a todas as pessoas, devendo ser pública e gratuita a sua oferta (art. 13, n° 2, *a*). Na hipótese de os Estados-parte no pacto não garantirem essa oferta pública com caráter obrigatório quando de sua ratificação, devem se subsumir ao preceito transitório do art. 14, comprometendo-se, em consequência, a elaborar e adotar, no prazo de

3. No sentido da necessidade de se permitir à criança o conhecimento da realidade que a circunda para seu amplo desenvolvimento, o estudo de Jorge Biscaia (1998:11 e seguintes). Propugnando o cuidado redobrado do Estado para a elaboração de conteúdos programáticos objetivos, críticos e abertos, isentos de deliberações doutrinárias tendentes a impor convicções religiosas, filosóficas ou políticas autodeterminadas, veja-se José Antonio García Regueiro (1998:375-376).

4. Seja permitido ao autor fazer uma rememoração de sua adolescência. O Brasil acabara de ratificar a Convenção sobre os Direitos da Criança em novembro de 1990. No mês de fevereiro de 1991, no início daquele ano letivo, portanto, a instituição de ensino que frequentava criara uma nova disciplina a ser ministrada para os alunos do último ano do ensino fundamental, àquela época ainda denominada 8ª série do primeiro grau. Tratava-se da disciplina intitulada Ecologia e Meio Ambiente.

dois anos contados do depósito do instrumento de ratificação, um plano de ação detalhado e destinado à implementação *progressiva* do sistema de oferta de ensino primário gratuito e obrigatório, prevendo um período razoável para tanto.

Cumprida esta etapa do período de formação, a pessoa humana deve passar a ter a possibilidade de frequentar o programa de educação secundária que pode ser meramente formativa ou possuir caráter complementar a esse primeiro aspecto, fornecendo ainda formação técnica e profissionalizante, a critério do Estado, no que tange à organização do sistema educativo e das famílias. Assim, tratar-se-á de uma opção posta à disposição do educando, que escolherá se deseja prosseguir nos estudos normais ou se, ao contrário, deseja iniciar um período de formação diferenciada e tendente à formação profissional. Seja em que modalidade for, o ensino secundário deve ser generalizadamente disponibilizado e disponível a todos. Não há necessidade de que seja gratuito, muito embora o pacto preveja uma implementação progressiva do ensino secundário gratuito.

O ensino superior, por sua vez, apesar de não se destinar diretamente às crianças, interessa a este estudo na medida em que são as crianças que ocuparão esse sistema em um futuro próximo. Sua oferta generalizada e gratuita é prevista, como no ensino secundário, de forma prospectiva, mas sem nenhuma regra de transição como a que consta do art. 14.⁵

Sempre que a sociedade internacional se refere ao direito de educação gratuito e generalizado, fá-lo ressaltando o respeito às decisões dos pais ou dos tutores das crianças que optarem por escolher um sistema educacional distinto daquele disponibilizado pelo Estado e pela comunidade.⁶

-
5. A esse respeito, veja-se o estudo de Jean Hauser (1998:315), em que o autor critica, nas entrelinhas, as políticas públicas que privilegiam o ensino universitário em detrimento do ensino primário e secundário. Para o autor, a razão desse privilégio aos jovens universitários em detrimento das crianças estudantes se deve a interesses eleitorais, uma vez que os direitos políticos só estejam reconhecidos aos jovens adultos e não às crianças.
 6. Como ressalta PERLINGIERI (1997:197), “quanto à escola particular, o discente e os seus pais são titulares de um interesse juridicamente relevante a que na escola escolhida o ensino seja conforme às orientações e às metodologias próprias da escola. Quanto à escola pública, o pluralismo que a caracteriza nem sempre se realiza na prática; à pluralidade das vozes frequentemente se substitui uma unidade de endereço de todo o instituto ou pelo menos do ano ou da classe à qual o aluno é destinado, acabando assim com ser lesado o direito dos pais e dos alunos de dar-se um projeto formativo e também o direito de incidir sobre as escolhas metodológicas.”

Em qualquer uma dessas hipóteses, todavia, garante-se ao Estado o direito de estabelecer ou aprovar padrões mínimos de qualidade por meio da previsão de currículos escolares, que podem, entretanto, ser complementados ao alvedrio da instituição de ensino. Nesse sentido, ganha especial relevo a cooperação comunitária no âmbito da União Europeia, uma vez que a educação se volte, em última análise, para a formação de cidadãos aptos a desempenhar o seu papel na sociedade, inclusive no que concerne à sua participação produtiva, por meio do desempenho de uma profissão adequada, o que recebe um tratamento específico no seio da União, na medida em que se garanta a livre circulação de trabalhadores no território comum (CASTILLO, 1990:363).

A ressalva referida anteriormente aplica-se, por exemplo, à hipótese de os responsáveis optarem por uma educação laica que possa ser complementada pela educação religiosa coerente com as próprias convicções.⁷ Outra aplicação dessa ressalva é aquela pertinente aos sistemas de ensino privado que, em alguns países, como aqueles em desenvolvimento, assumem um padrão de qualidade mais elevado do que o apresentado pela rede de ensino oficial.

Direito à titularidade de opinião como preparação para a responsabilização moral e social da criança

A educação das crianças deve levar em conta não só os aspectos do ensino pedagógico, mas deve antes de tudo abarcar fatores que contribuam para sua cultura geral, com o intuito de permitir a conformação de sua índole e de seu sentimento de responsabilidade, tudo com vistas a transformar a criança em um membro útil da sociedade.⁸

Bem por isso, a sociedade internacional garante à criança o direito de exprimir livremente a sua opinião, ressaltando o exercício dessa liberdade

7. Assim, por exemplo, a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos ao prescrever que “toda pessoa tem o direito de se casar, fundar uma família e educar os seus filhos em conformidade com a sua religião, sua tradição e sua cultura” (art. XII, a). A Declaração pode ser consultada em Documentação e Direito Comparado, nº 16.

8. Sobre o problema relativo à publicidade diretamente voltada para as crianças consumidoras e os reflexos que causa nesse particular, veja-se: Ronald Frohne (1997:667 e seguintes), Maja Cappello (1999:213 e seguintes) e Ernesto Vallejo Lobete (2000:79 e seguintes). Especificamente para o caso português, apesar de ultrapassado: Julio Reis Silva (1995:59 e seguintes).

apenas às crianças que tenham capacidade de discernimento. Daí a importância de uma educação cônica desses fatores (PAIS, 2000:94).

Ademais, o art. 12, nº 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança determina que as opiniões das crianças sejam levadas em consideração segundo a idade e a maturidade apresentadas. Por óbvio, essa conjugação de elementos não exclui a possibilidade de que qualquer criança expresse as suas opiniões no âmbito privado. Todavia, é no âmbito público que esse direito assume algumas especiais características, de acordo com as questões mencionadas.

A participação efetiva de crianças em processos judiciais ou administrativos se faz naqueles casos em que a criança, sendo parte ou mera testemunha, pode participar ativamente, emitindo as suas opiniões a respeito dos direitos subjetivos que lhe atingem de forma direta ou indireta (art. 12, nº 2).

É interessante notar que este direito de participar nos processos que lhe respeitem esbarrava na legislação da maioria dos Estados-parte que impediam, em suas legislações internas, quer a participação da criança como testemunha, quer a sua participação como parte ativa, exigindo-se que se procedesse à substituição processual do infante – (*in = negação; fari = falar*) *daquele que não fala ou não pode falar – por um de seus genitores, por um tutor ou curador ou por uma instituição qualquer* (LEITE, 2000:22).

Desta feita, as legislações nacionais quase unanimemente tiveram de ser alteradas após a ratificação da convenção, permitindo-se o acesso das crianças aos tribunais para emitir sua opinião. Esse direito assume relevantes funções, por exemplo, na determinação da guarda da criança quando da dissolução do vínculo que une eventualmente os seus pais, bem como nas decisões que visem rever uma guarda anteriormente deferida, além das hipóteses de adoção, quando a oitiva da criança se faz necessária.

Todavia, a convenção fixa como limites para a oitiva não apenas a idade da criança como a sua maturidade. Nesse sentido, aquelas legislações nacionais antes mencionadas trataram de encontrar critérios mais ou menos objetivos para fixar essa idade. Fê-lo, por exemplo, o legislador brasileiro. Com efeito, o Estatuto da Criança e do Adolescente *fixa a idade de 12 anos como o limite concreto segundo o qual as crianças devam ou não prestar depoimento em juízo. Já se teve oportunidade de refutar esse critério adotado pelo legislador brasileiro,*

afirmando-se naquela ocasião que a fórmula da convenção acaba por ser mais ampla, uma vez que “leva a questão referente à maturidade para o plano não objetivo, que foi imposto pela idade limite da legislação interna, para privilegiar o entendimento psicológico e social acerca do envolvido” (MONACO, 2002:74).

Pareceu-me, já àquela época, que a escolha do legislador brasileiro por um critério objetivo visava facilitar a função dos magistrados diante de um caso em que devessem ou pudessem ouvir uma criança em um processo envolvendo o seu direito à convivência familiar. Com a aprovação e promulgação do Código Civil brasileiro de 2002 essa opção do legislador se mostrou ainda mais clara e límpida.

Com efeito, se quando da aprovação do estatuto referido o Brasil ainda não ratificara a convenção, podia-se argumentar, como fizeram alguns autores, que isso se devia ao fato dessa não ratificação.⁹ Todavia, com a aprovação do Código Civil de 2002, a questão já não mais pode ser posta nestes termos e há que se reconhecer a verdadeira opção do legislador brasileiro. Uma opção errônea, ao que parece, mas uma opção.

Em verdade, a fixação de uma determinada idade traz em si um facilitador para a atuação jurisdicional, além de evitar a intervenção de assistentes sociais e psicólogos apenas para a fixação da maturidade ou não da criança. A preocupação maior é prática, uma vez que o juiz só poderia saber a respeito

9. Veja-se, por exemplo, Sônia Maria Rabello Doxsey (1995:100) quando afirma que o juiz só pode ouvir os maiores de 12 anos nas hipóteses de guarda ou adoção, expressamente previstas pelo legislador estatutário, *mas que pode e deve (!?) ouvir também os menores de 12 anos nos demais casos, desde que sua maturidade o permita! Nesse caso, admitir-se-ia, por exemplo, a oitiva da criança menor de 12 anos sobre a troca de seu nome ou a respeito de sua decisão no que concerne a uma intervenção médica, questões que podem trazer conseqüências muito mais sérias, mas não se admitiria a sua oitiva nos casos de guarda que, ademais, podem sempre ser objeto de nova deliberação, havendo nova causa de pedir. Não se concorda, portanto, com a exegese da autora. Acredita-se piamente que a melhor exegese é a de se garantir a toda criança com maturidade, em todas as decisões que essa maturidade possa alcançar, a efetiva participação. Os exemplos citados são de Marta Santos Pais (2000:97). Heloísa Helena Barboza (1998:74-75), por sua vez, formula interessante hipótese que pode muito bem se enquadrar no tema sob comento: imagine-se uma mãe adolescente que resolva dar seu filho em adoção. A lei brasileira exige que haja o consentimento dos pais para que a criança possa ser adotada. Todavia, essa mãe adolescente é, segundo a lei brasileira, relativamente incapaz, podendo mesmo ser absolutamente incapaz, dependendo de sua idade. A autora, então, afirma que a mãe-criança deva comparecer em juízo e autorizar a adoção do filho, sem, no entanto, recorrer à convenção.*

da maturidade da criança quando tivesse algum contato com ela, de forma direta ou por meio dos auxiliares da justiça (LEITE, 2000:24).

No melhor dos mundos, naquele mundo do dever ser, parece-me sinceramente que o juiz de direito encarregado de questões ligadas aos jovens (juiz de família ou da infância e juventude) não deve ser um funcionário assoberbado de trabalho, havendo tempo, conseqüentemente para travar contato direto com a criança, seja qual for a sua idade.¹⁰ Nesse mundo de sonhos e em certa medida utópico, o juiz de família ou de infância e juventude mantém em seu gabinete uma caixa de lápis de cor, outra de giz de cera, papel, jogos, livros de histórias, ganhando a confiança da criança por meio de uma aproximação paciente e criteriosa. Desse contato convence-se, ou não, a respeito da eventual maturidade do jovem e decide, com vistas à realização de seu melhor interesse, a respeito da oitiva da criança.¹¹

Com efeito, essa oitiva pode se realizar de três formas: (i) *ex lege*, ou seja, determinada pela lei em casos específicos que trazem, normalmente, regras de dispensa motivada do comparecimento da criança pelo juiz,¹² (ii) por convocação do juiz ou (iii) por solicitação da criança. Não se deve permitir, ao que parece, a indicação da criança como testemunha por uma das partes, ou seja, por um de seus pais ou de seus parentes, sob pena de a criança se sentir envolvida de forma que se mostra pouco conveniente (LEITE, 2000:36).¹³

Mas não é só nesses casos de participação em processos judiciais que é garantida a participação das crianças. Como lembra Marta Santos Pais (2000:94), a criança deve participar e externar suas opiniões, ideias e

10. A juíza canadense Andrée Ruffo, no prefácio aos diálogos que manteve com Françoise Dolto (1999:15) afirma que houve um momento em sua vida de magistrada em que ela aprendeu que não deveria trabalhar para os jovens, mas com eles. Além disso, é mais que necessário que o juiz que labora nessa área seja, antes de tudo, vocacionado para tanto (VIEIRA, 1998:303).

11. Para um outro modelo de magistrado, veja-se Romano Ricciotti (1990:624-638).

12. Veja-se Catarina Almeida Tomás (2001:103-104), ao se referir à Convenção do Conselho da Europa de 25 de janeiro de 1996.

13. É interessante notar que a criança que comparece ao processo solicitando a sua oitiva não é parte interveniente no processo, pelo que não poderá recorrer dessa decisão em hipótese de ver indeferida essa sua pretensão.

convicções também no seio de sua família, escola e comunidade,¹⁴ tendo-se sempre em vista seu melhor interesse.

Acredita-se que esta forma de se encarar esse direito de participar das decisões relevantes para a continuidade da vida das crianças é uma conquista que não pode ser olvidada, diminuída ou restringida. Por outro lado, garantir a participação da criança não pode nem constituir um ônus imposto à criança (daí o critério da maturidade se mostrar o mais adequado), nem representar a imposição de uma decisão por parte do jovem (PAIS, 2000:95).

Estrutura do Comitê para os Direitos da Criança

A Convenção sobre os Direitos da Criança é dividida em três partes. Na primeira, há um extenso rol de direitos e garantias fundamentais estabelecidos em favor das crianças. A segunda parte, por seu lado, estabelece obrigações para os Estados-parte na convenção, além de estabelecer mecanismos de acompanhamento que passam pela constituição e funcionamento de um comitê de acompanhamento. Com efeito, o Comitê para os Direitos da Criança encontra-se previsto no artigo 43 da convenção. Por fim, a terceira parte estabelece as condições de assinatura, ratificação, adesão e vigência da convenção.

14. Nesse sentido recordo-me de uma vez, ainda adolescente, ter participado de um movimento em minha escola que exigia a substituição de um professor que não correspondia às expectativas dos alunos nem de nossos pais. Nosso requerimento pleiteava a substituição do professor, posto que ele insultava constantemente alguns dos alunos, ferindo-os mesmo em sua dignidade. Corria o ano de 1990 e a Constituição-cidadã, como se convencionou chamar a Constituição de 1988, era ainda pouco utilizada e citada. Em verdade os anos de ditadura impingiram ao Brasil uma ideia um tanto comum de que os códigos valiam mais que a Constituição. Mas, naquele requerimento, recorriamos à Constituição Federal para fundamentar a nossa reivindicação. Em que pesem as atitudes um tanto pasmas da direção da escola, divididas entre a surpresa de um requerimento tão bem fundamentado e redigido mesmo por um dos alunos, à frente dos coordenadores do curso, e a dúvida em como proceder, a resposta que nos veio dias depois foi mais ou menos essa: o professor será substituído por uma decisão da diretoria, em nada tendo contribuído o pleito dos alunos. Era óbvia a intenção: por um lado, acalmavam-se os ânimos que já lá iam um tanto alterados e, por outro, evitava-se que os alunos tomassem as rédeas das decisões. Seja como for, se esse requerimento tivesse de ser redigido hoje, creio que faríamos menção à convenção, àquela altura já vigente no país, mas até então desconhecida de todos. Especificamente no que concerne à participação na família, veja-se, também PAIS (1996:59) e seguintes.

No que concerne à estrutura do comitê, chama desde logo a atenção o fato de a regra estabelecida no nº 2 do mencionado artigo 43 ter sofrido alteração. Por meio da Resolução nº 50/155, de 21 de dezembro de 1995, previu-se que o número de membros do comitê, originariamente dez, seria aumentado para 18.

Tal modificação, aprovada segundo o procedimento previsto no artigo 50, nº 1, da convenção entrou em vigor após a obtenção da concordância expressa de mais de dois terços dos Estados-parte. Por isso, compreende-se a demora para a entrada em vigor da emenda aprovada em dezembro de 1995.

É curioso observar, ainda, que, nos termos do nº 3 do artigo 50, a emenda aprovada e em vigor vincula obrigatoriamente os Estados que tiverem aceito seu conteúdo, “enquanto os demais Estados-parte permanecerão obrigados pelas disposições da presente convenção e pelas emendas anteriormente aceitas por eles”. Ora, em se tratando de uma mudança de cunho estrutural, como é o caso da emenda sob análise, parece claro que sua vigência não pode se dar por fatias. Ou bem ela entrava em vigor e o comitê passava a funcionar com 18 membros ou seria necessário aguardar a aprovação de todos os Estados-parte para sua efetiva vigência.

Prevaleceu o bom senso. Com efeito, a redação do dispositivo deixa antever que a intenção do legislador internacional foi estabelecer que eventuais novos direitos estabelecidos por emenda em favor das crianças só vigorariam após a aprovação de dois terços dos Estados-parte, e os que não a tivessem aprovado permaneceriam vinculados ao texto convencional precedente. Trata-se de medida de prudência, inclusive porque, no mais das vezes, a garantia de direitos fundamentais pode implicar a elaboração e implementação de políticas públicas cujo custeio incumbirá ao Estado. Daí a necessidade de sua expressa aprovação. Entretanto, alterações de cunho estrutural efetivam-se em um único ato: no caso, na eleição dos novos membros do comitê. E estes, eleitos e empossados, passam a desempenhar suas funções sem que se possa estabelecer qualquer mecanismo apto a afastar sua atuação funcional na hipótese de análise de relatórios que envolvam um Estado que não tenha aprovado a emenda. Daí que, em suma, o comitê seja formado por 18 membros nos termos do vigente artigo 50, nº 2.

A convenção prevê que cada Estado-parte indicará o nome de um especialista de reconhecida integridade moral e competência nas áreas

cobertas pelo texto convencional e que este especialista será um cidadão do Estado indicante. Parte dos membros do comitê será escolhida a cada dois anos, em votação secreta, de uma lista de pessoas indicadas pelos Estados-parte. Cada Estado-parte poderá indicar uma pessoa dentre os cidadãos de seu país após solicitação do secretário-geral da ONU que deve ser remetida aos Estados com ao menos quatro meses de antecedência da data prevista para a eleição, assinalando um prazo de dois meses para o envio das candidaturas.

A partir dessas indicações, o secretário-geral da ONU determinará a formação de uma lista em ordem alfabética dos nomes indicados, destacando-se o Estado-parte responsável pela sugestão de cada um dos nomes. Essa lista é apresentada aos Estados-parte em reunião especialmente convocada para proceder à eleição de metade dos membros do comitê. Exige-se um quórum especial de dois terços dos Estados-parte para que se dê início à votação, que ocorrerá na sede da ONU.

Consideram-se eleitos os candidatos que tiverem obtido a maioria absoluta de votos dos representantes dos Estados-parte presentes e votantes. Assim, caso mais de nove candidatos tenham obtido maioria absoluta, serão considerados eleitos os nove mais votados¹⁵. Se menos de nove tiverem alcançado referida votação, serão realizados novos escrutínios até que se completem as vagas remanescentes, observada a exigência da maioria absoluta de votos.

Há, ainda, exigência normativa de observância de uma equitativa distribuição geográfica dos eleitos que devem, ainda, representar os principais sistemas jurídicos. Tais regras devem ser observadas pelos eleitores por ocasião dos debates que precedem a votação.

Os eleitos exercem suas funções a título pessoal. Isso significa que, uma vez eleitos, os membros do comitê tornam-se servidores das Nações Unidas, percebendo, inclusive, emolumentos provenientes dos recursos da ONU em periodicidade e montante estabelecidos pela Assembleia Geral da Organização Internacional. A medida visa garantir certa independência do eleito relativamente a seu Estado de origem.

15. Originariamente, quando eram dez os membros do comitê, as eleições bienais visavam preencher cinco vagas. Na primeira eleição, foram eleitos dez membros, dos quais cinco foram sorteados para cumprir um mandato de dois anos. Da mesma forma, na primeira eleição após a entrada em vigor da emenda mencionada, procedeu-se à eleição de 13 membros, dos quais quatro foram sorteados para cumprir um mandato de dois anos.

Não obstante, os membros do comitê podem ser reeleitos para mandatos subsequentes desde que sejam apresentadas novamente suas candidaturas. Como estas só podem ser apresentadas pelos Estados de que sejam cidadãos, a independência antes mencionada acaba parcialmente comprometida. Pode ser, quando muito, uma independência relativamente ao governo, mas nunca relativamente ao Estado.

Na hipótese de renúncia ou falecimento de um dos membros do comitê, competirá ao Estado que o tenha indicado designar um substituto que preencha as exigências convencionais (especialização, cidadania, integridade moral). Seu nome será, então, submetido à análise do comitê (e não da Assembleia de Estados-parte). Em caso de aprovação, exercerá um mandato-tampão, complementando o mandato de seu antecessor. Nos termos da Regra nº 14 dos Procedimentos do Comitê (ver o próximo item), a aprovação ou não se faz por voto secreto, com base no nome no *curriculum vitae* do especialista indicado.

Bienalmente, os membros do comitê elegerão a mesa diretora dos trabalhos que proporá o calendário e a duração das reuniões do comitê que se reunirá, obrigatoriamente, todos os anos. A agenda de atividades será analisada e discutida em uma reunião dos Estados-parte e aprovada pela Assembleia Geral, podendo sempre ser revista, se for o caso. A convenção indica que as reuniões do comitê ocorrerão normalmente na sede das Nações Unidas, o que tem ocorrido em Genebra, na Suíça. Nada impede, no entanto, que tais reuniões tenham lugar em qualquer outro local considerado conveniente pelo comitê.

Ainda no que concerne à estrutura do comitê, a convenção prevê que o secretário-geral das Nações Unidas fornecerá o pessoal e os serviços necessários para o desempenho eficaz das funções afetas ao comitê.

Funcionamento do Comitê para os Direitos da Criança

O artigo 43, nº 8, da Convenção sobre os Direitos da Criança delega ao comitê a competência para estabelecer regras sobre os procedimentos de sua atuação. É bem verdade que o artigo 44 estabelece algumas regras mestras desse funcionamento, mas o procedimento em si foi estabelecido e pode ser modificado por decisões do próprio comitê.

Nesse sentido, já em sua primeira reunião ordinária (outubro de 1991), os membros do comitê buscaram regulamentar os aspectos formais dos relatórios, estabelecendo uma série de diretrizes de padronização dos relatórios a serem encaminhados pelos Estados. O intuito foi tornar facilitada a análise dos dados apresentados, garantindo parâmetros de comparação estáveis para a análise de relatórios sequenciais de um mesmo Estado, além de promover um mais fácil sistema de cruzamento de dados por região geográfica ou qualquer outro parâmetro de análise desejado, como tradição jurídica, cultural, religiosa, condição econômica, social etc..

O primeiro relatório a ser apresentado por qualquer Estado-parte deve chegar ao comitê dois anos após a entrada em vigor da convenção para aquele Estado individualmente considerado (artigo 44, nº 1, *a*). Assim, os primeiros 20 relatórios deveriam, em tese, ter sido apresentados no mesmo dia (outubro de 1992), pois, nos termos do artigo 49, nº 1, a convenção só adquiriu vigência internacional 30 dias depois do depósito do vigésimo instrumento de ratificação ou adesão. Em consequência, os 20 primeiros Estados-parte tinham a mesma data-limite para a entrega do relatório inicial. Os demais Estados, nos termos do artigo 49, nº 2, *c/c* o art. 44, nº 1, *a*, mencionado, considerando a entrada em vigor individual da convenção (30 dias após o depósito do instrumento de ratificação ou adesão), deveriam ter entregue o relatório individual dois anos após o início da vigência da convenção.

Uma das grandes dificuldades do sistema global de proteção dos direitos humanos consiste na falta de mecanismos coercitivos postos à disposição dos diversos comitês para cobrar dos Estados-parte a exigência, por eles assumida perante seus pares, de apresentar os relatórios. Mas não só apresentar. Apresentar e respeitar os prazos pelos Estados mesmos estabelecidos! Há a obrigação, mas não se estabeleceram, em razão da soberania dos Estados, mecanismos coercitivos de cumprimento de tais obrigações. São, assim, cumpridas espontaneamente pelos Estados, havendo, em consequência, inúmeros e injustificados atrasos na apresentação dos relatórios.

Os relatórios sequenciais, por sua vez, devem ser entregues periodicamente a cada cinco anos contados da entrega do relatório anterior (artigo 44, nº 1, *b*: “a partir de então [entrega do relatório inicial, previsto na letra *a* do mesmo

dispositivo], a cada cinco anos”). Os relatórios posteriores podem se abster de repetir as informações básicas prestadas no relatório anterior (artigo 44, nº 3). Isso ocorre porque o que se espera dos Estados-parte em tais relatórios é a indicação dos avanços empreendidos na melhoria das condições da infância e da juventude seja por meio da atuação do Estado-administração, seja por iniciativas do Estado-legislador, seja, ainda, na análise de situações concretas e específicas por parte do Estado-juiz.

É facultado ao comitê requerer (artigo 44, nº 4), a qualquer momento – e, portanto, não apenas na análise dos relatórios inicial ou sequências de um Estado, mas também diante de qualquer situação factual levada ao conhecimento do comitê –, maiores informações sobre a implementação das obrigações assumidas por ocasião da ratificação ou adesão quer da convenção, quer de seus protocolos facultativos (sobre a venda de crianças, prostituição e pornografia infantis, e sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados, ambos vigentes no Brasil desde 2004).

Além da apresentação desses relatórios e de informações adicionais por intermédio do secretariado-geral das Nações Unidas ao comitê, deve o Estado dar amplo conhecimento do conteúdo à sua população (artigo 44, nº 6). Busca-se, assim, uma complementaridade no controle exercido pelo comitê, como órgão da sociedade internacional, com aquele exercido pela sociedade civil diretamente interessada. Não há, no que concerne ao Comitê para os Direitos da Criança, qualquer mecanismo de acesso direto da pessoa humana, ao contrário do que se prevê em matéria de funcionamento de outros comitês afetos ao sistema global, como ocorre com o dos Direitos do Homem, nem mesmo competência para análise de solicitações elaboradas por outros Estados contratantes relativamente à adoção de políticas específicas por este ou aquele Estado (FOCARELLI, 2010:982).

Ainda no que tange ao funcionamento do comitê, é relevante sublinhar o controle que sobre o mesmo é exercido. Com efeito, a cada dois anos, o Comitê para os Direitos da Criança deve apresentar um relatório de suas atividades à Assembleia Geral da ONU para que a organização internacional que apoia e sustenta as atividades ali desempenhadas possa controlá-las. O intuito, óbvio, não é o da ingerência, mas, sim, de certificar-se de que a promoção, a defesa e o controle dos direitos humanos das crianças estejam sendo efetivamente

cumpridos. Mencionados relatórios bienais são apresentados ao Conselho Econômico e Social, e, por seu intermédio, à Assembleia Geral (artigo 44, nº 5).

Os relatórios elaborados pelos Estados, em qualquer caso, devem se preocupar de forma precípua com a indicação das circunstâncias e das dificuldades eventuais que acabam impedindo ou dificultando o cumprimento das obrigações derivadas da convenção (artigo 44, nº 2). Como bem detectou Anderson Pereira de Andrade (2000:19), “pede-se que o informe esteja *orientado aos problemas*, seja autocrítico e estimule os Estados a especificar as *prioridades de implementação e os desafios específicos para o futuro*” (destaques do original).

O Comitê para os Direitos da Criança e sua atuação na difusão e no controle das políticas educacionais adotadas pelos Estados-parte na Convenção sobre os Direitos da Criança

A Convenção sobre o Direito das Crianças apresenta-se, como salienta Marta Santos Pais (1990:40) – que foi membro do comitê –, como um “instrumento de educação e promoção dos direitos da criança”.

Como deixa claro o artigo 45 da convenção, o comitê não procede a uma análise direta dos relatórios que lhe são apresentados, mas, antes, estabelece um construtivo diálogo com os dados que são fornecidos por organizações não governamentais (ONGs),¹⁶ por outros órgãos vinculados ao sistema da ONU (as chamadas agências especializadas, como Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), Organização Mundial da Saúde (OMS) etc.), além de outras organizações internacionais de caráter permanente, como a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado ou a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

É do diálogo com essas representações que o comitê elabora as indagações que considera pertinentes e entabula uma discussão direta com

16. As ONGs e os movimentos de libertação nacional parecem existir em razão dos indivíduos que em torno deles se alinham, como salienta Paula Escarameia (2003).

os representantes dos Estados-parte. Estes são convocados para a sessão de discussão do relatório que apresentaram já cientes das inconsistências verificadas, das informações aparentemente distorcidas e de eventuais incompatibilidades entre os dados apresentados e apontadas pelos interessados anteriormente mencionados.

A discussão pública ganha, assim, ares de uma jurisdição voluntária (e não contenciosa) em que o Estado é chamado a refletir sobre as políticas públicas que vem adotando em seu território *vis-à-vis* da percepção que aquelas entidades têm destas mesmas políticas. Vale dizer, antes de ser um campo de confrontação para uma eventual condenação do Estado, abre-se um cenário de diálogo em que o Estado ganha a oportunidade de perceber como suas ações e projetos são percebidos pela comunidade a que se destinam e por atores outros que buscam se encarregar do mesmo objetivo: a proteção da infância.

Assim, depois de ouvido o Estado, caberá ao comitê elaborar um parecer final em que constarão sugestões e recomendações gerais que sejam consideradas aptas para contribuir para a implementação da convenção, amenizando as distorções apontadas e procurando fazer com que o Estado enxergue soluções outras de simples ou mediana complexidade que antes não conseguia, pelas mais diversas razões, vislumbrar. Por vezes, a tradição histórico-cultural e a estrutura administrativo-burocrática impedem a percepção de medidas aptas à colaboração na superação das dificuldades em curto, médio ou longo prazo.

Ademais, o comitê acaba por se transformar em um repositório oficial de experiências e políticas públicas adotadas pelos mais diversos Estados-parte.

As Linhas Gerais de Orientação elaboradas pelo Comitê indicam claramente que a elaboração e discussão de relatórios nacionais constitui um importante veículo na criação de um diálogo significativo entre o Comitê e os Estados Partes. A discussão que se realiza no seio do Comitê com cada Estado Parte na Convenção constitui uma oportunidade por excelência para guiar o Estado na interpretação e compreensão dos princípios e disposições da Convenção e partilhar as experiências de sucesso verificadas em outros países (ALBUQUERQUE, 2001:48).

Ciente do seu dever de compartilhar tais experiências é que a convenção exige que os relatórios dos diversos Estados-parte, acompanhados do parecer final do comitê, sejam disponibilizados, por meio do secretário-geral da ONU, a todos os demais Estados-parte da convenção, residindo aqui o importante papel de difusão das políticas públicas que foram também controladas pelo comitê.

Caberia, assim, aos Estados analisar esse importante repositório e adaptá-los às peculiaridades da educação em seus territórios, à cultura de seu povo e de sua população.

Conclusão: o Papel da UNESCO

A Unesco é uma organização internacional que tem por objeto velar pela ciência e pela cultura,¹⁷ em uma dupla vertente: além de assegurar o respeito efetivo dos direitos de ordem cultural, objetos específicos da atuação da UNESCO, como por exemplo o direito à instrução, à educação (inclusive e primordialmente para as crianças) e o resguardo aos direitos de autores de obras literárias, científicas e artísticas, outra função lhe é atribuída de forma mais abstrata, mas certamente mais importante: difundir da forma mais ampla possível os direitos e as liberdades que decorrem da dignidade da pessoa humana, contando, sem prejuízo de sua atuação, com o auxílio de numerosos comitês e associações que perseguem esse mesmo fim (CASSIN, 1974:324), todos trabalhando para a construção da paz mundial (MIRANDA, 1995:323).

Os Estados-membros da UNESCO são periodicamente solicitados a apresentar relatórios a respeito do desenvolvimento interno das questões relativas à educação e à cultura, sendo certo que tais relatórios são apreciados por um comitê especializado composto de quarenta membros, que compara as políticas adotadas pelo Estado com as determinações das convenções havidas em seu seio ou sob seus auspícios.¹⁸

17. Essa organização internacional é a sucessora da IICI (PELLET; DAILLIER; DINH, 1999:541).

18. O sistema de controle baseou-se no sistema da Organização Internacional do Trabalho, todavia “sem alcançar o mesmo grau de coerência” desta última organização (PELLET; DAILLIER; DINH, 1999:208). No mesmo sentido: MIRANDA, 1995:324.

É neste contexto que a Cátedra da UNESCO para o Direito à Educação junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo tem cumprido seu papel sob a direção e organização da Professora Associada Nina Ranieri, do Departamento de Direito do Estado.

Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Catarina. de. As Nações Unidas, a convenção e o comité. *Documentação e Direito Comparado: Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n.83/84, p. 22-54, nov. 2001.

ANDRADE, Anderson Pereira de. A Convenção sobre os Direitos da Criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios*, Brasília, v. 8, n. 15, p. 9-28 2000.

BARBOZA, Heloísa Helena. “O consentimento na adoção de criança e de adolescente”. *Revista Forense*, vol. 94, nº 341, 1998.

BISCAIA, Jorge. “A Bioética e a educação da criança para a paz”. *Cadernos de Bioética*, nº 16, 1998.

CAPPELLO, Maja. “Tutela dei minori tra stato di trasmissione e stato di ricezione nella direttiva <<televisione senza frontiere>>”. *Il diritto delle radiodiffusioni e delle telecomunicazioni*, nº 1, 1999

CASSIN, René. “Les Droits de l’Homme”. *Recueil des Cours – Académie de Droit International*, nº 140, 1974.

CASTILLO, Maria. “La protection des enfants dans la Communauté Européenne”. *Revue du Marché Commun*, nº 337, maio 1990.

COSTA, Thaís Nogueira. “O Direito fundamental à educação”. *Revista do Ministério Público do Estado da Bahia – série acadêmica*, vol. 2, 2000.

DOLTO, Françoise; RUFFO, Andrée. *L’enfant, le juge et la psychanalyste*. s/l: Gallimard, 1999.

DOXSEY, Sônia Maria Rabello. “A participação da criança e do adolescente no processo”. *Revista de Processo*, vol. 20, nº 78, 1995

ESCARAMEIA, Paula. *O direito internacional público nos princípios do século XXI*. Coimbra: Almedina, 2003.

FOCARELLI, C. La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di best interests of the child. *Rivista di Diritto Internazionale*, Roma, v. 93, n. 4, p. 981-993, 2010.

FROHNE, Ronald. "The EU regulations (measures and proposals) concerning the protection of minors with regard to broadcasting programming and advertising". *Derecho Europeo del Audiovisual*. Coord.: Santiago Muñoz Machado. Madrid: Escuela Libre Editorial, 1997

GARCÍA REGUEIRO, José Antonio. "La iniciación como persona y el derecho a la educación". *La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su 50 aniversario*. Org. Manuel Balado y Antonio García Regueiro. Barcelona: Editorial Bosch, 1998.

HAUSER, Jean. "Jeunes majeurs et vieux mineurs". *Liber Amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein: Droit comparé des personnes et de la famille*. Org.: Jacqueline Pousson-Petit. Bruxelles: Bruylant, 1998.

LEANDRO, Armando Gomes. "Educação para a tolerância. Desafios à educação para a tolerância. Educação para a justiça". *Infância e Juventude*, nº 1, 1996.

LEITE, Eduardo de Oliveira. "A oitiva de crianças nos processos de família". *Revista Jurídica*, ano XLVIII, nº 278, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. "A oitiva de crianças nos processos de família". *Revista Jurídica*, ano XLVIII, nº 278, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Direito Internacional Público I*. Lisboa: sle, 1995.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direitos da Criança e Adoção Internacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

PAIS, Marta Santos. "Aspects juridiques concernant la participation des enfants a la vie familiale". *Documentação e Direito Comparado*, nºs 65-66, 1996.

PAIS, Marta Santos. "Child participation". *Documentação e Direito Comparado*, nºs 81-82, 2000.

PAIS, Marta Santos. A Convenção sobre os Direitos da Criança: desafio para o futuro. *Documentação e Direito Comparado: Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 41/42, p. 39-51, 1990.

- PELLET, Alain; DAILLIER, Patrick e DINH, Nguyen Quoc. *Direito Internacional Público*. Trad. Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 541.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- RICCIOTTI, Romano. “Il modello professionale del magistrato minorile”. *Il diritto di famiglia e delle persone*, ano XIX, n° 2, 1990.
- RICŒUR, Paul. Tolerância, intolerância, intolerável. In: *Leituras 1: em torno ao político* [Lectures 1: autour du politique]. Trad. Marcelo Perine. São Paulo: Loyola. 1995
- SILVA, Júlio Reis. “Os menores e a publicidade – que direitos?”. *Infância e Juventude*, n° 3, 1995.
- TOMÁS, Catarina Almeida. “Posso falar? De um direito adquirido a um direito subtraído”. *Infância e Juventude*, n° 2, 2001.
- VALLEJO LOBETE, Ernesto. “La prohibición de publicidad destinada a los niños: una opción viable?”. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n° 210, nov/dez 2000.
- VIEIRA, Francisco Xavier Medeiros. “A problemática dos filhos de pais desavindos”. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, ano 4, vol. 5, 1998.
- WALZER, Michael. *Da tolerância* [On toleration]. Trad. Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Reflexões sobre as idades mínimas para o trabalho e o emprego na sociedade brasileira

Homero Batista Mateus da Silva

*Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Juiz do Trabalho*

Introdução

A criança e o adolescente ainda não dispõem de formação plena de sua parte física e de sua parte intelectual, ainda que eles pensem o contrário ou ainda que alguns adultos insistam em afirmar que muitos já se encontram prontos para a vida. É verdade que os estímulos intensos recebidos dos meios eletrônicos, bem como o poder de influência exercido pelos meios de comunicação tornam esses seres em desenvolvimento muito mais perspicazes e astutos do que muitos de nossos avós em tenra idade, mas isso nem de longe autoriza a que esmoreçamos nos cuidados com essa faixa etária.

O tema é farto de preconceitos e falsas afirmações, agravadas ainda mais pela escalada da violência que desgraçadamente caracteriza o país e que corresponde a uma das maiores chagas sociais. A violência praticada pela criança choca ainda mais, quando se pergunta que motivos assombrosos teriam levado aquela pessoa a passar diretamente para a decrepitude sem nem ao menos ter conhecido a graça da vida. Não é fácil, portanto, começar um estudo que se propõe a abranger os focos principais da proteção aos trabalhadores mirins, a compulsoriedade de frequentar uma escola e, ainda, as variações do tema no tocante ao menor aprendiz, quando se sabe que tantos outros adolescentes estarão à margem dessas leis e regulamentos e para os quais a discussão sobre a alíquota do fundo de garantia do contrato de trabalho de aprendizagem não passa de um luxo exacerbado de uma sociedade segregada.

Nada disso, porém, autoriza o desencanto pela vida humana em geral e pelo direito do trabalho em particular, sendo louváveis os esforços daqueles

que se mantêm firmes na difusão do ensino e da cultura, como forma de se tocar talvez não os adolescentes, mas, pelo menos, os adultos que os inspiram – ou que os deveriam inspirar.

Aqueles que tiveram acesso à cultura suficiente e concluíram um curso superior sabem que quanto mais cedo o adolescente ingressa no mercado de trabalho tanto mais se afastará, na fase adulta, dos salários mais elevados e das posições de maior destaque nas atividades produtivas, pois as horas roubadas dos estudos são irrecuperáveis e insubstituíveis.

É possível que alguns deles consigam superar as adversidades, assumindo posições de chefia intermediária ou funções em que o conhecimento prático prepondere sobre o conhecimento teórico, mas serão as exceções a confirmarem a regra e, de qualquer forma, vivemos na sociedade da informação e não mais na sociedade das habilidades manuais ou dos serviços braçais.

Para esses foram reservados os postos de menor faixa salarial e de menor destaque, é bom que se frise. Se para nossos filhos não desejamos esse destino modesto, também para os filhos de lares desregrados não devemos desejar.

Postas essas premissas, indagamos (a) quais as faixas etárias mais necessitadas da proteção trabalhista; (b) quais os serviços que devem ser totalmente proibidos para os adolescentes; e (c) se há possibilidade de autorização judicial para algumas atividades proibidas.

Enfrentemos esses dilemas.

Reflexões sobre as faixas etárias

Qual seria, então, o conceito de adolescente para esse fim?

O melhor critério é aquele objetivo, com a fixação de idade, ou o subjetivo, com aferição do grau de discernimento do ser humano?

Ao contrário de alguns sistemas jurídicos, que privilegiam o livre convencimento das autoridades administrativas e judiciais sobre o grau de maturidade de um jovem, para saber se há imputabilidade penal e responsabilização civil, o ordenamento brasileiro historicamente prestigia o critério objetivo, fixando idades específicas para a assunção de direitos e de deveres em diversos segmentos jurídicos.

O critério subjetivo contém muitas vantagens do ponto de vista da aplicação da justiça e da eficácia das normas, pois de quem compreende

mais também se exige mais, mas esbarra nos notórios gargalos da ausência de previsibilidade e de segurança jurídica, bem como na constatação de que alguns adultos não amadurecem jamais.

Justifica-se, assim, o completo abandono de alguns ordenamentos, como o brasileiro, de perspectivas nesse sistema. O critério objetivo na legislação brasileira, enfim, é a faixa de dezesseis anos, conforme art. 7, XXXIII, da Constituição Federal (CF) de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional (EC) nº 20, de 15.12.1998, bem como art. 403 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com redação dada pela Lei nº 10.097/2000.

Um fator curioso reside na confusão feita pela EC nº 20.

Na ocasião, ela alterou o art. 7, XXXIII, que passou a vetar qualquer trabalho abaixo dos 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos. Porém, esqueceu-se de retificar simultaneamente o art. 227, § 3º, I, da própria CF/1988, que mencionava idade mínima para admissão a trabalho aos quatorze anos, “observado o disposto no art. 7, XXXIII”.

Fez-se, então, uma mudança de leitura do art. 227 para que ele sobrevivesse a uma alegação de incongruência, como, aliás, é próprio da interpretação constitucional, em busca de sua força normativa. No início, entendia-se o art. 227, § 3, como referência para a idade mínima para o contrato de trabalho em sentido estrito (14 anos, à época), sem levar em conta o aprendiz (12 anos, à época, segundo o art. 80, parágrafo único, da CLT e o art. 61 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA).

Após a Emenda 20, que elevou ambas as idades em dois anos (14 anos para o aprendiz e 16 anos para o mercado de trabalho), o art. 227, § 3, I, sem ser reformado, passou a ser interpretado como referência à idade mínima para o aprendiz e não mais para o mercado de trabalho em geral, tudo graças à locução “observado o disposto no art. 7, XXXIII”.

Embora não haja uma faixa etária capaz de marcar em caráter definitivo a passagem da infância para a adolescência e desta para a fase adulta, existem alguns pequenos consensos sobre a maturidade física e intelectual, de tal modo que o legislador brasileiro normalmente lida com a faixa de doze anos para a primeira alteração e dezesseis ou dezoito anos para a segunda.

Não se leva em conta a diferenciação entre meninos e meninas, embora cientificamente seja possível sustentar a afirmação mais acelerada destas em

relação àqueles. Esse critério, porém, é inadequado para se aplicar no país, tanto para fins trabalhistas como penais, por exemplo. Haverá alguns temas ainda relacionados com a adolescência na faixa dos 18 aos 21 anos, mas que cada vez perdem mais campo de aplicação. Pode-se citar, neste passo, o conceito de dependência econômica, justamente porque o objetivo do legislador é fomentar a prorrogação dos estudos e não a prematuridade no mercado de trabalho, conforme legislação previdenciária e tributária.

No caso específico do direito do trabalho, pode ser citado como exemplo o disposto no art. 301 da CLT, que restringe o trabalho em minas de subsolo aos empregados maiores de 21 anos e menores de 50 anos, por questão de saúde e segurança do trabalho. Não se tratava propriamente de uma norma de proteção ao trabalho do adolescente, mas de norma de segurança do trabalho que repercuta plenamente nas atividades do adolescente e de alguns adultos.

Segundo o art. 922 da CLT, o disposto no art. 301 somente se aplicava a contratos de trabalho iniciados após a vigência da própria CLT, que ocorreu em 1943, o que evidencia que a preocupação do legislador não era tão completa como pode parecer à primeira vista, pois muitos adolescentes e jovens continuaram nas minas de subsolo por mais alguns anos.

Indaga-se, também, se a legislação trabalhista sofre a influência de outras normas esparsas que cuidam de fixação de idades, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código Civil de 2002 e a Lei Orgânica da Previdência Social.

Digamos que essas normas podem prestar alguma colaboração em determinados casos de omissão da lei trabalhista, mas nem de longe servem para a fixação da idade mínima para ingresso em contrato de trabalho, por se tratar de um assunto absolutamente específico do direito do trabalho e por haver premissas sociais e biológicas na questão. Se não, vejamos.

O art. 2 do ECA, define expressamente a criança na faixa até doze anos incompletos, ou seja, até 11 anos e mais alguns meses, sendo considerado adolescente a partir do 12º ano de vida, até dezoito anos. O Estatuto, curiosamente, já se encontra obsoleto no quesito idade para ingresso nas relações de trabalho, porque, inspirado à época pela redação do velho art. 80, parágrafo único, da CLT, contemplava a hipótese de adolescentes de 12 a 14 anos de

idade em contrato de trabalho de aprendizagem. Mesmo com as melhores intenções e as melhores formas de ensino, o ser humano é demasiadamente jovem para enfrentar um contrato de trabalho nessa faixa etária.

A EC 20 fixou em 16 anos o ingresso no mercado de trabalho, restringindo o aprendizado aos 14 anos de idade. Assim, tanto o art. 80, parágrafo único, da CLT como os arts. 61 e 64 do ECA perderam sua eficácia com a alteração constitucional.

O art. 80 da CLT veio a ser formalmente revogado tempos após, pela Lei nº 10.097/2000, que reescreveu o capítulo de proteção do menor.

Por sua vez, o Código Civil de 2002 manteve a incapacidade absoluta abaixo dos 16 anos (art. 3, I) e a incapacidade relativa dos 16 aos 18 anos, mas inovou com formas alternativas de emancipação do adolescente, que pode ser concretizada por concessão dos pais, pelo casamento, pelo exercício de emprego público efetivo, pela colação de grau em curso de ensino superior, pelo estabelecimento civil, pelo estabelecimento comercial e pela relação de emprego, desde que, nestes três últimos casos, o menor com 16 anos completos tenha economia própria (art. 5, parágrafo único).

As novidades legislativas em torno da figura da emancipação provocaram dúvidas sobre as regras do direito do trabalho, mas logo se percebeu que as questões eram infundadas. Na verdade, o Código Civil de 2002 objetivou acelerar o ingresso do adolescente para a prática dos atos da vida civil, porque era efetivamente incompatível que ele continuasse a ser considerado relativamente incapaz e ao mesmo tempo já fosse bacharel, já fosse um chefe de família ou, ainda, um empresário ou um empregado com renda que lhe permita o sustento próprio.

Em quase todos esses casos, estamos diante de um prodígio, porque raramente um adolescente já dispõe de condições intelectuais e mesmo sociais para haver colado grau em curso de nível superior antes dos 18 anos, assim como dificilmente ele se estabelecerá como empresário, pequeno ou grande, em tão tenra idade.

Todavia, o Código Civil de 2002 andou bem ao lembrar que situações existem que levaram a essas excepcionalidades, como o elevado conhecimento intelectual de algumas crianças ou a herança repentina de um estabelecimento comercial que o adolescente consegue administrar.

Havendo o preenchimento dessas premissas, ele deixa de ser relativamente capaz “a certos atos, ou à maneira de os exercer” (art. 4 do Código Civil de 2002) e passa a ser plenamente capaz.

Emancipação civil é diferente de idade para o trabalho pleno. Isso não significa, no entanto, que sua formação orgânica e intelectual já esteja definitivamente encerrada, até mesmo por uma questão de ordem biológica. Por exemplo, o adolescente pode ter renda própria mediante relação de emprego, mas continua impedido de laborar em ambiente insalubre, a fim de não provocar danos irreparáveis em sua estrutura óssea, dentre outras vicissitudes. O adolescente pode ser casado, mas continua impedido de laborar em minas de subsolo por se tratar de atividade notoriamente penosa, agravada ainda mais para um organismo em formação.

Ser pessoa capaz de assumir obrigações e cumprir deveres em nada altera as especificações da legislação trabalhista. Aliás, conforme se sustentará no capítulo seguinte, sobre as peculiaridades do contrato de trabalho do adolescente, sua inserção na vida profissional já o habilita à quase totalidade das ações como se adulto fosse, inclusive assinar recibos de pagamento, receber ordens e até mesmo comandar subordinados – haverá apenas algumas poucas exceções quanto à emissão da Carteira de Trabalho e quanto à outorga de recibo de quitação final da rescisão.

O que se discute com prioridade é a idade mínima para assumir trabalhos insalubres, penosos, perigosos, noturnos e imorais, com o que absolutamente nada tem que ver o Código Civil de 2002 – muito menos com o trabalho em minas de subsolo.

De outra banda, o conceito de dependência previdenciária não acompanha conceito de idade para o trabalho. Idêntico raciocínio deve ser feito, finalmente, no tocante às normas previdenciárias. A Lei Orgânica da Previdência Social, também conhecida por Lei de Benefícios (8.213/1991), estabelece a figura do dependente do segurado, que poderá se habilitar em pensão por morte do segurado, por exemplo.

Na classificação dos dependentes, limita-se a idade do filho a 21 anos, excluindo-se o emancipado e autorizando que a idade seja ultrapassada em caso de invalidez permanente do jovem. Também a classe dos irmãos pode ser considerada dependente, se não houver integrante da primeira classe, e também se delimita a idade do irmão a 21 anos.

Indagou-se se essa faixa etária de 21 anos e se a exclusão dos emancipados da categoria dos dependentes exerceria alguma influência sobre o direito do trabalho. A resposta é negativa. O escopo da lei previdenciária é bem diverso da norma trabalhista de proteção ao organismo do trabalhador. No caso da norma previdenciária, há uma mescla do conhecido tema da dependência econômica com a necessidade de universalização da cobertura por diversos eventos, sendo aqui, particularmente, o evento morte o mais relevante.

Está correto o legislador previdenciário, em princípio, ao excluir os menores emancipados da relação de dependência, pois aqui, sim, a existência de economia própria ou a chefia de um novo lar quebram os pilares da alimentação provida por terceiros.

Vale lembrar que “a pensão por morte, devida ao filho até os 21 anos de idade, não se prorroga pela pendência do curso universitário”, conforme entendimento da Súmula 37, de 20.6.2007, do Conselho da Justiça Federal. No caso, a interpretação é necessariamente restritiva, não havendo previsão no art. 16 da Lei nº 8.213/1991 para semelhante ampliação, ao contrário do que pode suceder em matéria de prestação alimentícia ou de dependência para os fins do imposto de renda (art. 77, § 2, do Dec. nº 3.000/1999).

Neste mesmo sentido, colhe-se a conclusão aprovada na 1ª Jornada de Direito Civil, promovida pela Justiça Federal, logo após o advento do Código Civil de 2002: “A redução do limite etário para a definição da capacidade civil aos 18 anos não altera o disposto no art. 16, I, da Lei nº 8.213/1991, que regula específica situação de dependência econômica para fins previdenciários e outras situações similares de proteção, previstas em legislação especial” (Enunciado 3).

Acresçamos ao estudo os impactos da ratificação brasileira da Convenção 138 da Organização Internacional do Trabalho.

A legislação brasileira está em consonância estreita com as orientações da Organização Internacional do Trabalho. A Convenção 138, aprovada em 1973 e incorporada pelo Brasil através do Dec. nº 4.134/2002, exorta os países a adotarem uma política progressiva de aumento da idade mínima para admissão em emprego e esclarece que essa idade deve ser necessariamente acima da faixa etária em que o adolescente encerra o ciclo obrigatório de educação na rede oficial de ensino, não podendo, em nenhuma hipótese, ser inferior a 15 anos.

Alguns países são autorizados a fixar a idade mínima em 14 anos, mas apenas por períodos de transição enquanto o sistema educacional e econômico estiver em desenvolvimento, mediante consultas aos órgãos de classe e, ainda, com relatórios formais à OIT. A meta é chegar brevemente ao patamar de 16 anos e igualar a faixa mínima para todas as atividades econômicas, complementa a Recomendação 146, elaborada no mesmo ano e adotada pelo Brasil através do mesmo Decreto Presidencial.

Trabalhos proibidos para adolescentes

Ocorre que a fixação de uma idade mínima para ingresso em contrato de trabalho não é o único assunto relevante sobre essa matéria.

Todos os diplomas e conceitos acima mencionados – Constituição Federal de 1988, Consolidação das Leis do Trabalho, ECA, Código Civil de 2002, Lei de Benefícios da Previdência Social – falam do assunto em caráter genérico, supondo o padrão médio dos empregados e dos empregadores.

Há, porém, de se investigar o tema difícil das profissões de risco e dos ambientes hostis à saúde e à higidez dos trabalhadores. Para esses casos, é consensual que as idades mínimas devam ser ampliadas. Surge, portanto, uma segunda parte deste capítulo, que corresponde à fixação de idades mínimas para situações especiais.

Façamos o estudo pelo ponto de vista da Organização Internacional do Trabalho e, depois, pelo acervo disponível na legislação brasileira.

Nada obstante a existência de uma Convenção e de uma Recomendação sobre idade mínima para admissão em empregos, a Organização Internacional do Trabalho houve por bem elaborar, ainda, diplomas para a busca da eliminação de formas degradantes de trabalho do adolescente.

São consideradas formas especialmente degradantes para um adolescente a execução de trabalhos forçados, a prostituição e suas conexões com a pornografia, o tráfico de drogas e seus elementos conexos, bem como, de maneira geral, todas as atividades que lhes tolham a saúde e a segurança.

Para tratar desse tema devastador, a Convenção 182, norma internalizada pelo Brasil via Dec. nº 3.597/2000, principia explicando que criança, naquele contexto, é o trabalhador abaixo de 18 anos.

Além do Dec. nº 3.597/2000, existe o Dec. nº 6.481/2008, que elabora a

Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil, consoante exigência da própria Convenção. Não se confunda, portanto, idade mínima para admissão em empregos quaisquer (ideal de 16 anos, patamar mínimo de 15 anos e tolerância em casos especiais em 14 anos) com idade mínima para contato com formas degradantes de labor (18 anos). A Recomendação 190, acoplada à Convenção 182, admite que em alguns casos pode haver necessidade de trabalho de adolescentes em atividades insalubres ou perigosas, mas, para tanto, sugere que o patamar de 16 anos seja mantido, que haja consulta prévia às entidades sindicais, que a criança tenha recebido treinamento adequado e, sobretudo, que a saúde e a segurança sejam resguardadas.

Por sua vez, o legislador brasileiro dispõe de algumas diretrizes sobre o assunto, as quais se mostram insuficientes e devem ser objeto de interpretação sistemática, envolvendo diversas normas, e teleológica, buscando-se incessantemente o atingimento da finalidade de salvaguardar os adolescentes dos ambientes mais hostis.

O art. 7, XXXIII, da CF/1988, em harmonia com a Convenção 182, bane o trabalho do menor de 18 anos em ambientes insalubres, perigosos e noturnos. O texto, porém, não define o que sejam os ambientes insalubres, perigosos e noturnos, remetendo a questão para a lei ordinária, assim como já o remetia o inc. XXIII do mesmo art. 7, quando fez referência a um adicional de remuneração para as atividades insalubres e perigosas.

A lei ordinária curiosamente tampouco define o conceito de insalubridade e de periculosidade, fazendo-o apenas em breves pinceladas e encaminhando todo o conceito para regulamentação do Ministério do Trabalho. Assim, por diversas vezes se afirma que ambiente insalubre é aquele e somente aquele em que se verificar o excedimento dos níveis de tolerância de agentes físicos e químicos, como tais definidos pela autoridade executiva. Um ambiente mal iluminado e malcheiroso pode muito bem ser considerado insalubre pelos leigos e por qualquer um que frequente o local, mas não o é pelo Ministério do Trabalho, que cancelou, por exemplo, a regulamentação sobre ambientes insalubres por deficiência de clareza e nada pôs em seu lugar.

Assim sendo, o menor pode trabalhar em ambiente que esforça a visão, porque escuro, sendo muito difícil sustentar a tese de que o conceito de insalubridade será definido caso a caso pelo julgado trabalhista. Há

jurisprudência firme no sentido de que o Ministério do Trabalho detém a palavra final sobre o tema (Súmulas nºs 248 e 448 do Tribunal Superior do Trabalho – TST).

De maneira geral, são ambientes insalubres aqueles constantes dos anexos da Norma Regulamentadora (NR) 15, que contempla os seguintes agentes: ruídos contínuos, ruídos de impacto, calor, condições hiperbáricas, radiações não ionizantes, vibrações, frio, umidade, agentes químicos e agentes biológicos. As radiações ionizantes, apesar de figurarem como anexo da NR 15, passaram a ser consideradas como agentes de periculosidade, o que para o adolescente em nada altera a proibição.

O quadro do art. 405 da CLT sobre atividades proibidas aos adolescentes. Afora esse conceito elementar de ambiente insalubre, o Ministério do Trabalho dispõe de quadro de atividades banidas para adolescentes, regulando, portanto, o disposto no art. 405, I, da CLT e a exigência de atualização periódica dessa lista de funções, conforme de terminação do art. 441. O quadro já foi regulamentado por portarias do Ministério do Trabalho e Emprego, como foi o caso da Portaria nº 20, de 13.09.2001, mas desde 2009, o quadro foi remetido para o Dec. nº 6.481/2008, que, assim, unificou o conceito das piores formas de trabalho para crianças e adolescentes: o Dec. nº 6.481/2008 ora regulamenta tanto a CLT quanto a Convenção 182 da OIT. Essa a melhor dicção da Portaria 88/2009, através da qual o Ministério do Trabalho revogou a portaria anterior e remeteu a listagem do trabalho proibido para o referido decreto do Ministério do Trabalho e Emprego.

Por sua vez, o Decreto nº 6.481/2008 tem grande importância prática porque arrola mais de oitenta hipóteses de trabalho insalubre ou perigoso aos adolescentes de maneira geral, sem entrar na discussão se o trabalho daria ensejo a pagamento de adicional de insalubridade ou de adicional de periculosidade. Está correto o raciocínio, porque atrelar a proibição do trabalho do menor de 18 anos apenas às situações previstas nas NRs 15 e 16 seria reduzir muito o alcance da proteção.

Vejamos alguns exemplos:

- a. afiação de ferramentas;
- b. o uso de afiadoras ou esmeril pode não se enquadrar na atividade insalubre nem perigosa, a depender da maneira como desenvolvido, mas

- é evidentemente arriscado para um adolescente ainda imaturo quanto ao próprio manejo das ferramentas;
- c. direção de veículos automotores;
 - d. manejo de guindastes, tratores, moinhos e guilhotinas;
 - e. trabalho na construção civil;
 - f. plantio e colheita do fumo;
 - g. trabalho em cemitérios, estábulos e currais;
 - h. trabalho em serralherias, marmorarias e fábricas de móveis;
 - i. trabalho doméstico;
 - j. trabalho em altura superior a dois metros, como na limpeza de vidros e fachadas.

Portanto, não pode haver empregada doméstica de dezesseis ou de dezessete anos no Brasil, desde 2009, por força do Dec. nº 6.481/2008, o qual, por sua vez, é a extensão de um tratado internacional – a Convenção 182 – de que o país é signatário. A proibição do trabalho doméstico abaixo dos 18 anos foi reforçada pelo art. 1º da Lei Complementar nº 150/2015.

Como já dito, o Dec. nº 6.481/2008 contém a lista das piores formas de trabalho infantojuvenil. Entretanto, admite-se que a lista seja elidida em algumas hipóteses, como consta do art. 2, § 1, da norma: “I – na hipótese de ser o emprego ou trabalho, a partir da idade de dezesseis anos, autorizado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, desde que fiquem plenamente garantidas a saúde, a segurança e a moral dos adolescentes; e II – na hipótese de aceitação de parecer técnico circunstanciado, assinado por profissional legalmente habilitado em segurança e saúde no trabalho, que ateste a não exposição a riscos que possam comprometer a saúde, a segurança e a moral dos adolescentes, depositado na unidade descentralizada do Ministério do Trabalho e Emprego da circunscrição onde ocorrerem as referidas atividades.”

Afora isso, refere o art. 3 que “os trabalhos técnicos ou administrativos serão permitidos, desde que fora das áreas de risco à saúde, à segurança e à moral, ao menor de dezoito e maior de dezesseis anos e ao maior de quatorze e menor de dezesseis, na condição de aprendiz”.

Essas exceções estão em consonância com a própria Convenção 182.

Quanto ao trabalho noturno, há de ser observado o entendimento do

legislador sobre a jornada noturna. Para os empregados urbanos, a vedação ao trabalho do menor de 18 anos será das 22h00 às 05h00, o que é bastante conhecido, mas não se deve olvidar que existem vários outros expedientes noturnos previstos pela legislação esparsa:

- a. empregado da lavoura – 21h00 às 05h00 – art. 7 da Lei nº 5.889/1973;
- b. empregado da pecuária – 20h00 às 04h00 – art. 7 da Lei nº 5.889/1973;
- c. advogado empregado – 20h00 às 05h00 – art. 20, § 3, da Lei nº 8.906/1994;
- d. empregado portuário – 19h00 às 07h00 – art. 4, § 1, da Lei nº 4.860/1965.

Em todos esses cenários, a atividade do menor de 18 anos está proibida. Claro que dificilmente haverá bacharel em direito com menos de 18 anos, mas a lista acima objetiva abarcar todas as diferentes concepções de trabalho noturno na legislação brasileira, a título comparativo. Via de consequência, não existe possibilidade de um menor de 18 anos se ativar em turno ininterrupto de revezamento e conquistar o direito à jornada de seis horas. O turno se caracteriza pela alternância constante de jornadas diurnas com jornadas noturnas. Como o adolescente não poderá passar por elas, ficará sempre restrito àquelas. Mera oscilação de jornadas matutinas e vespertinas não corresponde ao conceito de turno de revezamento.

Há, ainda, outras vedações ao trabalho juvenil.

A Constituição Federal de 1988 é omissa quanto a outras vedações que se fazem necessárias para essa faixa etária, mas esse silêncio pode ser convenientemente suprido pela legislação ordinária. A Constituição não afirma que o trabalho do adolescente é proibido “somente” nas atividades insalubres, perigosas e noturnas. Ao revés, no direito do trabalho se aplica a máxima da evolução constante das condições de trabalho, e o próprio art. 7 preconiza outros direitos que visem à melhoria das relações.

Assim sendo, enfoquemos as principais omissões da Constituição quanto ao trabalho proibido ao menor de 18 anos, particularmente no que diz respeito às atividades penosas e aos prejuízos de ordem moral e de sua formação intelectual.

Em primeiro lugar, nota-se sua omissão quanto ao trabalho penoso. Embora o art. 405, § 5, da CLT restrinja o carregamento de peso do adolescente a 20 quilos de forma contínua ou 25 quilos de forma intermitente, há penosidade em várias outras atividades que não apenas a carga e descarga, entendendo-se

por penoso todo trabalho excessivamente fatigante ou que envolva posições muito desconfortáveis ou, ainda, permanência em tempo integral na posição sentada ou na posição de pé.

A respeito do carregamento de peso, necessária se faz a abertura de parênteses. Tradicionalmente se responde que a carga máxima suportada por um adolescente é de 20 quilos, na forma do art. 405, § 5, da CLT. O que pouco se comenta é que o trabalho pode se tornar penoso quando se exige o levantamento da carga, por exemplo, acima da altura dos ombros, ou, ainda, o transporte de percurso, dentre outras hipóteses.

Essa percepção é natural a qualquer empregado, sabedor de que uma carga leve pode se tornar extremamente penosa a depender da forma ou do método utilizado. Daí por que o item 80 da tabela I, anexa ao Dec. nº 6.481/2008, ao regulamentar o disposto na Convenção 182, houve por bem incluir “levantamento, transporte, carga ou descarga manual de pesos, quando realizados raramente, superiores a 20 quilos, para o gênero masculino e superiores a 15 quilos para o gênero feminino; e superiores a 11 quilos para o gênero masculino e superiores a 7 quilos para o gênero feminino, quando realizados frequentemente”.

Em segundo lugar, nota-se omissão da Constituição Federal de 1988 quanto ao trabalho capaz de provocar prejuízos morais ao adolescente. A matéria é referida brevemente pelo art. 405, II, da CLT. No mesmo artigo, o § 3 lista quatro segmentos considerados prejudiciais à moral do empregado: atividades ligadas a espetáculos teatrais, atividades circenses, materiais pornográficos e comércio de bebidas alcoólicas.

Essa lista é de 1943 e foi atualizada pelo Dec. nº 6.481/2008, que proíbe as seguintes atividades ao trabalhador menor de 18 anos:

- a. aqueles prestados de qualquer modo em prostíbulos, boates, bares, cabarés, danceterias, casas de massagem, saunas, motéis, salas ou lugares de espetáculos obscenos, salas de jogos de azar e estabelecimentos análogos;
- b. produção, composição, distribuição, impressão ou comércio de objetos sexuais, livros, revistas, fitas de vídeo ou cinema e CDs pornográficos, de escritos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos pornográficos que possam prejudicar a formação moral;

- c. venda, a varejo, de bebidas alcoólicas;
- d. exposição a abusos físicos, psicológicos ou sexuais.

O art. 81 da Lei nº 8.069/1990 não veda o trabalho, mas veda o comércio de alguns produtos e substâncias para os menores de 18 anos. Se o adolescente não pode comprar alguns produtos, é natural que também não os possa vender nem os deva fabricar.

A lista do art. 81 é a seguinte:

- a. armas, munições e explosivos;
- b. bebidas alcoólicas;
- c. produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida;
- d. fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que pelo seu reduzido potencial sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida;
- e. revistas e publicações a que alude o art. 78 [“revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo”];
- f. bilhetes lotéricos e equivalentes.

Acrescentamos a essa listagem algumas vedações expressas na legislação brasileira, como o exercício da função de propagandista e vendedor de produtos farmacêuticos, restrito a maiores de 18 anos pelo art. 3 da Lei nº 6.224/1975; na maioria das funções de aeroviário, conforme art. 29 do Dec. nº 1.232/1962; na atividade de vigilante, que exige 21 anos (art. 16, II, da Lei nº 7.102/1983); e nas atividades em subsolo, igualmente com idade mínima de 21 anos (art. 301 da CLT).

Possibilidade de autorização judicial para o trabalho proibido e para o “trabalho artístico”

Considerando que a Constituição Federal de 1988 não prevê nenhum tipo de exceção ou de flexibilização quanto aos ambientes proibidos – ambiente insalubre, perigoso e noturno –, levanta-se a questão de saber, por primeiro, se as autorizações judiciais para esses locais de trabalho estão definitivamente abolidas e, por segundo, se as autorizações judiciais para outros locais de

trabalho – ambientes penosos e de comprometimento moral – poderiam hipoteticamente ser concedidas.

Poderia haver uma autorização especial para o trabalho em ambientes dessa natureza?

Essa foi, ao menos, a ideia da Consolidação das Leis do Trabalho, ao dispor que as proibições ao trabalho do adolescente poderiam ser contornadas mediante autorização judicial. Reza o art. 405, como já mencionado, que existem quatro esferas genericamente prejudiciais à moral do adolescente, resumidas pelas expressões atividades teatrais, atividades circenses, materiais pornográficos e bebidas alcoólicas.

Dessas quatro áreas, o Juiz da Infância poderia, em tese, autorizar o trabalho do empregado menor de dezoito anos nas duas primeiras – âmbito teatral e âmbito circense. Para tanto, o juiz deverá se certificar de que a representação “tenha fim educativo ou a peça de que participe não possa ser prejudicial à sua formação moral” (art. 406, I, da CLT) e desde que indispensável à subsistência própria e da família. Não houve previsão para a autorização judicial sobre comercialização de materiais pornográficos, sobre o comércio das bebidas alcoólicas e sobre o trabalho em ambiente noturno, insalubre e perigoso.

Entretanto, não há consenso nem mesmo sobre a recepção do art. 406 da CLT nem mesmo para a autorização em atividade teatral e circense.

Necessário, outrossim, uma análise breve sobre o chamado “trabalho artístico”. Labora em erro quem pensa que ele pode ser excepcionado das restrições ao trabalho infantil por ser supostamente mais leve ou mais educativo do que desgastante. Se não, vejamos.

Aceitar a recepção do art. 406 da CLT significa não somente a tolerância a que o menor de dezoito anos se apresente em atividades teatrais e circenses, mas também que o menor de dezesseis anos o faça, pois a norma claramente deixa a critério da autoridade judicial o estudo do caso e não limita a idade mínima para tal mister.

Contanto que não se afaste do caráter educacional e que o menor esteja a auxiliar a subsistência da família, o Juiz da Infância, em princípio, poderia liberar qualquer criança para a atividade profissional, gerando um impasse com a afirmação categórica do art. 7, XXXIII, da CF/1988 (proibição de

“qualquer trabalho” abaixo dos 16 anos, “salvo na condição de aprendiz”), e demais dispositivos mencionados.

Esse fundamento foi utilizado pelos congressistas presentes à Jornada de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, promovida pelo Tribunal Superior do Trabalho e pela Anamatra, em 23 de novembro de 2007, que concluíram: “A Constituição Federal veda qualquer trabalho anterior à idade de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos (art. 7, XXXIII, da CF/1988; arts. 428 a 433 da CLT). Princípio da proteção integral que se impõe com prioridade absoluta (art. 227, *caput*), proibindo a emissão de autorização judicial para o trabalho antes dos dezesseis anos”.

Em sentido contrário, porém, existe um argumento de largo alcance sobre as peculiaridades da manifestação cultural e artística de uma sociedade. Efetivamente, há uma questão intrigante quanto à vedação do trabalho artístico ou cultural de um adolescente contemplado com talento inato para a música, o esporte ou as artes.

Há, de qualquer forma, numerosos dilemas da atividade artística exercida profissionalmente pela criança e pelo adolescente.

Devemos proibir o direito de o adolescente emocionar a plateia com o brilho de sua erudição? Devemos exigir que o ser humano complete dezesseis anos para fazer sua primeira apresentação artística, quando se sabe que os grandes vultos já eram esplêndidos desde a tenra infância?

A criança e o adolescente devem necessariamente investir a quase totalidade de sua energia e de seu tempo útil nos estudos, na formação cultural e no preparo para a vida em sociedade. Cada minuto retirado do tempo útil fará falta. Assim sendo, mostra-se temerária a tese segundo a qual os adolescentes contemplados com o dom da música, das artes ou dos esportes devam ser retirados do caminho dos estudos e da formação integral do ser humano para desde cedo se dedicarem aos ofícios. Esta questão está diretamente relacionada ao debate sobre o art. 406 da CLT, já referido, embora este somente contemple os casos das atividades teatrais e circenses.

Também para as atividades artísticas e para o mundo esportivo aplicam-se as restrições quanto às idades mínimas, de 16 anos para o ingresso na atividade profissional em geral e de 18 anos para o ingresso em atividades noturnas, insalubres e similares.

Admite-se, todavia, que a criança talentosa possa se apresentar em público, inclusive mediante ingressos pagos, porque a proibição completa dessa demonstração de alegria e de emotividade nunca foi o intuito do legislador. Apenas não se pode tolerar que essas apresentações sejam feitas mediante sacrifício dos estudos, mediante cumprimento de jornada de trabalho e por força de uma rotina de ensaios e diligências incompatíveis com sua formação.

É como se as apresentações artísticas e desportivas fizessem parte da formação educacional do adolescente, ou, ao revés, fossem vistas como parte integrante de seu lazer. Os pais ou responsáveis assumem o encargo de não permitirem que a situação seja deturpada ou que os anseios por um sucesso profissional comecem demasiadamente cedo e terminem por sufocar aquilo que a criança tem de melhor.

São bastante conhecidos os casos de jovens talentos que não se confirmaram na fase adulta, por um motivo ou por outro, e que, paralelamente, não haviam investido energia nos estudos, resultando na catastrófica combinação de ficarem sem nenhum dos dois valores, nem os valores artísticos, nem os valores educacionais.

É bom lembrar que o lazer e o respeito são valores fundamentais na formação do adolescente, conforme texto expresso do art. 227 da CF/1988, assim como a observância das condições peculiares de pessoa em desenvolvimento.

Não é imoral nem ilegal que os pais ou responsáveis aufram vantagens econômicas dessa manifestação cultural da criança, mas isso nem de longe pode significar a exploração comercial da pessoa nem a canalização da energia para um contrato de trabalho, formal ou informal.

O uso de contratos não trabalhistas com clubes de futebol

Colhem-se notícias bastante curiosas sobre essa zona cinzenta.

Por exemplo, os maiores clubes de futebol do país mantêm profissionais espalhados por diversas praças na busca de alguma revelação nesse esporte.

Acreditando haver encontrado em alguma criança o potencial para a exuberância, a qual não pode firmar contrato de trabalho, passam, então, a investir pesadamente na família do pequeno aspirante. Contratam a família (pai, mãe ou responsável) como forma de manter bons laços para futuro acerto com o adolescente, tão logo implemente os requisitos legais.

Custeiam-lhe estudos e alimentação, arcam com as despesas de aluguel e necessidades prementes dos familiares e formulam algumas cláusulas contratuais com os adultos, na expectativa de que, ao chegar aos 16 anos, seja assinado seu primeiro contrato de trabalho profissional com a entidade de prática desportiva formadora de atleta (art. 29 da Lei nº 9.615/1998).

Dos 14 aos 16 anos, pode ser comparado a um menor aprendiz e auferir bolsa de aprendizagem, com algumas restrições (art. 29, § 4).

Abaixo dos 14 anos, todo cuidado se fará necessário para evitar o desvirtuamento da prática do lazer e a aproximação da prática trabalhista, como se pode verificar em excesso de treinos, imposição de horários e elevação dos níveis de ansiedade para a criança.

Apropriando-se da definição do art. 3 da Lei nº 9.615/1998, podemos dizer que a criança e o adolescente podem se envolver em atividades de desporto educacional e desporto de participação, mas jamais em desporto de rendimento. Eis as definições da lei:

- a. desporto educacional, praticado nos sistemas de ensino e em formas assistemáticas de educação, evitando-se a seletividade, a hipercompetitividade de seus praticantes, com a finalidade de alcançar o desenvolvimento integral do indivíduo e a sua formação para o exercício da cidadania e a prática do lazer;
- b. desporto de participação, de modo voluntário, compreendendo as modalidades desportivas praticadas com a finalidade de contribuir para a integração dos praticantes na plenitude da vida social, na promoção da saúde e educação e na preservação do meio ambiente; e
- c. desporto de rendimento, praticado segundo normas gerais [da Lei nº 9.615, de 1998], e regras de prática desportiva, nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do país e estas com as de outras nações.

Impor à criança e ao adolescente menor de 16 anos qualquer tipo de punição disciplinar, desde uma simples advertência verbal até uma suspensão, mostra-se desproposita e fora de cogitação, haja vista a inexistência de contrato de trabalho capaz de justificar o exercício do poder diretivo do empregador, é bom que se repita.

Na dúvida, o art. 50, § 2, da Lei nº 9.615/1998 reitera essa vedação. Caso

a criança não queira ou não possa mais praticar seus talentos artísticos, sua intenção deve ser respeitada (art. 227 da CF/1988).

A tese do “trabalho educacional”

Essa solução intermediária – manter a vedação ao trabalho do menor de 16 anos, mas admitir a apresentação artística e desportiva com finalidade recreativa e cultural – não significa tampouco a criação de um terceiro gênero em direito do trabalho. Ou há contrato de trabalho válido, entre sujeitos capazes e com objeto lícito, ou não há contrato de trabalho, em caso de atividade ilícita ou de trabalho proibido, como é o caso da participação das crianças em relação de emprego.

De vez em quando voltam a povoar julgados trabalhistas e manifestações doutrinárias teses sobre a existência de um gênero intermediário entre o contrato de trabalho e o lazer infantil, numa figura que muitos chamam de trabalho educacional. Em poucas palavras, o trabalho educacional seria uma forma de conciliar algumas atividades laborais da criança, em que existe efetivo empreendimento de energia em prol da produção ou circulação de bens e serviços, mas aliado a uma forte carga educacional e de formação de caráter.

A senha para essa discussão involuntariamente permanece na forma do art. 68 do ECA, que exorta a garantia ao adolescente de “(...) condições de capacitação para o exercício de atividade regular remunerada”. O § 1 do art. 68 define o trabalho educativo como sendo aquele em que a “(...) as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevalecem sobre o aspecto produtivo”.

Ora, se a finalidade era a capacitação do adolescente e se a atividade laboral é executada em meio a um projeto de desenvolvimento pessoal do educando, então já temos essa figura tratada de forma muito mais detalhada e eficaz por meio do contrato de trabalho de aprendizagem. O aprendiz consta da CLT desde seus primórdios, conheceu extensa regulamentação ao longo dos anos e se acha razoavelmente reformulado pela Lei nº 10.097/2000, que incorporou dispositivos modernos ao texto da CLT.

A verdade é que o ECA não quis nem poderia criar um novo gênero de trabalho humano, tendo sido talvez infeliz ao usar uma nova nomenclatura –

trabalho educativo – para uma velha figura – aprendizagem ou simplesmente trabalho com oportunidades educativas a expensas do empregador. Some-se a isso o fato de que o art. 227, § 3, II, da CF/1988 determina a garantia dos direitos trabalhistas e previdenciários aos menores de 18 anos, não autorizando esse tipo de discussão no plano da legislação ordinária.

A garantia aos direitos trabalhistas inibe que os adolescentes fiquem à margem da legislação social aplicável aos adultos, somente se admitindo algumas peculiaridades capazes de atender à condição particular de pessoa em desenvolvimento – carregamento de peso menor, restrição à realização de horas extras etc.

Contrato de estágio para adolescentes

Tampouco se deve confundir contrato de trabalho do aprendiz com relação de estágio, regulado pela Lei nº 11.788/2008.

O estágio não assume feições de contrato de trabalho e não assegura ao interessado nenhuma vantagem trabalhista, nem mesmo o salário mínimo, que pode ser normalmente substituído por uma bolsa, a critério do empresário.

Há estágios, aliás, que nem ao menos oferecem bolsas, com o que concorda a legislação. A norma preconiza que se trate de um período efetivamente breve, por prazo determinado, e com a participação obrigatória da instituição de ensino.

Originalmente só se admitia o estágio para jovens universitários (ensino superior), mas a Lei nº 11.788/2008 passou a admitir o estágio também para o ensino médio, seja ele de caráter profissionalizante, seja o ensino regular. Essa abertura deu margem a muita especulação, pois dificilmente se poderá afirmar com segurança que um jovem no ensino médio esteja a aplicar os conhecimentos teóricos num estágio, digamos, de empacotador de supermercado, assim como não aplicará os conhecimentos práticos em seus estudos – feitos sob cansaço adicional, em aulas noturnas penosas.

Há um risco de tornar o estágio forma barata de mão de obra. O art. 68 do ECA não pretendeu regular nem o estágio nem o contrato do aprendiz, até mesmo por não ser sua finalidade nem seu papel. Houve claramente uma observação sobre a oportunidade de se aliarem estudos e aplicações práticas na mesma relação. Como será feita essa combinação?

Conforme o legislador estipular nas normas esparsas, de que são exemplos precisamente o contrato de trabalho do aprendiz e o contrato triangular de estágio – estagiário, empresário e escola.

Situação irregular de algumas “guardas mirins”

Por essas premissas, estão completamente à margem da legislação as organizações não governamentais – e, às vezes, governamentais também – que se dedicam à socialização das crianças e dos adolescentes mediante exploração comercial de seu trabalho.

A criança de 11 anos não pode ser inserida em um contrato de trabalho, ainda que sob a denominação de trabalho educativo, em hipótese alguma. As entidades conhecidas pela expressão Guarda Mirim, bastante frequentes no interior do país, e as casas de caridade com esse perfil precisam de urgente reformulação de seus projetos, priorizando a Lei do Aprendiz em detrimento de aventuras jurídicas.

Engana-se quem pensar que a proibição do trabalho da criança de 11 anos representará necessariamente uma fatalidade na vida daquele ser humano. A crença de que somente existem duas hipóteses – ou o trabalho aos 11 anos, ou a marginalidade das ruas e o abandono do lar – costuma ser eivada de preconceitos, pois ninguém cogita essa dicotomia para seu próprio filho ou para seus entes queridos.

Encontrando-se a criança numa situação de risco como essa, outros vários mecanismos de atuação social e política devem ser acionados – reformulação do sistema de ensino, ampliação da carga horária e dos atrativos da escola, fomento exponencial às atividades públicas de lazer e de esportes, distribuição de renda em caráter provisório para circunstâncias de emergência, difusão das normas sobre o menor aprendiz para que não se perca um só dia após o 14º aniversário, perda de pátrio poder em casos extremos e incontáveis outras ideias em busca de uma sociedade melhor.

Se essas políticas públicas ainda se mostram insuficientes, o ataque às políticas públicas produzirá mais efeitos do que a redução da idade de acesso ao mercado de trabalho.

Bibliografia

- CORRÊA, Lélío Bentes; VIDOTTI, Tércio José. *Trabalho infantil e direitos humanos: homenagem a Oris de Oliveira*. São Paulo: LTr, 2005.
- DIAS, Claudia Sérvulo Cunha. *Crianças invisíveis: o enfoque da imprensa sobre o trabalho infantil doméstico e outras formas de exploração*. São Paulo: Cortez, 2003.
- DUARTE, Regina Aparecida. *O trabalho infantil no Brasil: problemas sobre a idade mínima e a aplicação das convenções da OIT*. Tese (doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2005.
- DUTRA, Maria Zuila Lima. *Meninas domésticas, infâncias destruídas*. São Paulo: LTr, 2007.
- ELIZARDO, Maria Edlene Lins; AROSIO, Cândice Gabriela; CARDOSO, Marielle Rissane Guerra Viana. *Infância, trabalho e dignidade: livro comemorativo aos 15 anos da Coordinfância*. Brasília: MPT, 2016.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *A proteção ao trabalho da criança e do adolescente no Brasil: o direito à profissionalização*. Dissertação (mestrado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1995.
- GRUNSPUN, Haim. *O trabalho das crianças e dos adolescentes*. São Paulo: LTr, 2000.
- KASSOUF, Ana Lúcia. *Aspectos sócio-econômicos do trabalho infantil no Brasil*. Brasília: Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 2002.
- LIBERATI, Wilson Donizeti; DIAS, Fábio Muller Dutra. *Trabalho infantil*. São Paulo: Malheiros, 2006. 175 p.
- MARTINS, Adalberto. *Proteção constitucional ao trabalho de crianças e adolescentes*. São Paulo: LTr, 2002.
- MELO, Guilherme Aparecido Bassi de; CÉSAR, João Batista Martins. *Trabalho infantil, mitos, realidades e perspectivas: estudos em homenagem ao professor Oris de Oliveira*. São Paulo: LTr, 2016.
- MINHARRO, Erotilde Ribeiro dos Santos. *A criança e o adolescente no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.
- NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *Manual do trabalho do menor*. São Paulo: LTr, 2003.

OLIVEIRA, Christiana D'Arc Damasceno. *(O) Direito do trabalho contemporâneo*. Efetividade dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana no mundo do trabalho. São Paulo: Ltr, 2010. Capítulo do trabalho precoce, p. 74-96, p. 138-140.

OLIVEIRA, Oris de. *O trabalho da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1994.

REIS, Jair Teixeira dos. *Direito da criança e do adolescente: questões trabalhistas infanto-juvenis*. São Paulo: LTr, 2015. 167 p.

SALLES, Flávio Bellini de Oliveira. *Proteção ao trabalho da criança e do adolescente*. Tese (doutorado). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004.

THOMAZINE, Waldemar. *O adolescente e o novo direito*. São Paulo: LTr, 2008.

Considerações sobre Direito Penal e Direito Educacional

João Paulo Faustinoni e Silva

*Mestrando em Direito do Estado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Promotor de Justiça do Grupo de Atuação Especial da Educação (GEDUC)
do Ministério Público do Estado de São Paulo*

Direito Educacional: teoria em construção

O Direito Educacional como objeto de estudo exige olhar transdisciplinar. Adverte o professor Leonel Severo Rocha, em prefácio à obra *Direito Educacional em uma Ótica Sistêmica*, que é preciso fugir do saber compartimentalizado, insuficiente para a compreensão crítica da complexidade do mundo pós-moderno:

“Desta forma, necessita-se de uma formação crítica do profissional do direito, que transcenda a mera repetição das codificações e seus ‘enquadramentos’, que permita trabalhar de forma mais elaborada com o tempo, considerando situações paradoxais e um universo contingencial.”
(TRINDADE, 2010:12)

O Direito Educacional é disciplina em construção e, como tal, lança desafios diários a quem se debruça sobre o tema, pois a observação do fenômeno educacional e das relações entre todos os envolvidos traz à luz aspectos pouco conhecidos ou insuficientemente tratados pela ciência jurídica.

Em Seminário promovido pelo Centro de Estudos em Administração Universitária da Universidade de Campinas, em 1977, revelavam-se, de forma mais consistente e organizada, as preocupações iniciais do mundo jurídico com a sistematização do Direito Educacional como ramo emergente do Direito:

“Na palestra de abertura, Moacyr Expedito Vaz Guimarães, então presidente, já pela segunda vez, do Conselho Estadual de Educação de São Paulo, assim se manifestou: ‘Se a vida moderna faz aparecer novos

ramos especializados da ciência jurídica, como Direito Trabalhista, Direito Econômico, Direito Tributário, entre outros, por que não nos preocupamos igualmente em sistematizar, já e agora, o Direito Educacional? Há valores altos a serem preservados, definições por estabelecer, conceituações, com precisão científica, que se venham a transformar em indicadores seguros”. (DI DIO, 1982:16)

Pedro Sancho Silva, citado na obra de André Trindade (2010:43), sintetiza alguns dos conceitos de Direito Educacional cunhados desde então:

“Assim, o Direito Educacional, para uns é o Ramo do Direito Social constituído de um conjunto de princípios e normas que presidem as relações jurídicas decorrentes do processo educacional. Segundo Dr. Renato Alberto Di Dio, “Direito Educacional é o conjunto de normas, princípios, leis e regulamentos que versam sobre as relações de alunos, professores, administradores, especialistas e técnicos, enquanto envolvidos, mediata ou imediatamente, no processo ensino-aprendizagem”. Outros já o conceituaram como a disciplina jurídica informadora das relações de direitos e deveres ocorrentes na Educação, como processo pedagógico e como direito subjetivo público. Finalmente, dir-se-ia que Direito Educacional é o ramo do Direito Social constituído do conjunto de princípios, regulamentos, normas e decisões administrativas e dos Tribunais que regulam as relações jurídicas havidas no processo educacional”.

O desenvolvimento de uma doutrina de Direito Educacional consistente importa, inclusive, para proteger o ambiente escolar e suas atividades próprias de excessiva juridificação, ou do empréstimo, sem qualquer adaptação, de teorias, conceitos e técnicas de outros ramos do direito que possam interferir negativamente no processo educativo.

Nesse sentido, importante a advertência de Salomão Ximenes (2014:80), trazendo à colação a crítica de Habermas:

“A juridificação de âmbitos de ação comunicativamente estruturados não deve ir além da implantação dos princípios do Estado de direito, da institucionalização jurídica da estrutura externa, seja da família ou da escola. O uso do direito como meio deve ser substituído por procedimentos de regulação dos conflitos, que se ajustem às estruturas de ação orientadas ao entendimento.”

Temos, portanto, de um lado, a verificação de crescente complexidade do Direito Educacional em seus mais diversos aspectos, o que demanda melhor compreensão de suas peculiaridades pelo profissional e estudioso do direito. De outro, há que se considerar os impactos negativos de uma desmedida intervenção do direito em espaços próprios e essenciais do processo pedagógico, “resguardando o lugar institucional da escola”, e sua identificação “emancipatória, enquanto espaço público de crítica e de produção de conhecimento”(XIMENES, 2014:81).

Partindo-se de tal dilema, o presente artigo busca tecer algumas considerações a respeito da aplicação do Direito Penal como ramo do direito e ferramenta para solução de conflitos no ambiente escolar, apontando a necessidade de elaboração de uma doutrina e de arcabouço jurídico que protejam o espaço peculiar de tal instituição de interferências indevidas e que, ao mesmo tempo, ofereçam ferramentas de pacificação compatíveis com os institutos próprios do Direito à Educação.

Direito Penal e Educação

As interseções entre Direito Penal e Direito à Educação são muitas. Para citar apenas alguns exemplos, anotamos que há normas penais destinadas aos pais que descumprem o dever de garantir instrução básica aos filhos – abandono intelectual. Há outras destinadas a mantenedores, diretores, gestores escolares ou a quem que, de qualquer modo, crie dificuldades para matrícula de aluno com deficiência, Artigo 8º da Lei nº 7853/89.

Não haverá maior dificuldade, também, na aplicação do Direito Penal aos casos de crimes graves ocorridos no espaço escolar por adultos ou que não guardem relação direta com o fenômeno educacional, tais como homicídios, estupros, tráfico de drogas, etc.

Torna-se problemática, todavia, a transposição da lógica, conceitos e práticas do Direito Penal quando estejam em jogo “normas, princípios, leis e regulamentos que versam sobre as relações de alunos, professores, administradores, especialistas e técnicos, enquanto envolvidas, mediata ou imediatamente, no processo ensino-aprendizagem”(PAIVA, 201:75).

Para tanto, exige-se a formulação de uma doutrina específica que leve em conta a especificidade das mencionadas relações e que respeite também

os princípios internacionais e constitucionais relacionados ao Direito à Educação, o que procuraremos desenvolver mais adiante.

No presente trabalho o que nos preocupa particularmente é o tratamento penal tradicional – como regra – em conflitos na educação básica, especificamente no que diz respeito à criminalização generalizada de atos de transgressão e indisciplina realizados por crianças e adolescentes. Pretende-se, modestamente, contribuir com reflexão a respeito da questão da violência escolar e com olhar crítico sobre a tutela penal ou socioeducativa de tal problema.

A Violência Escolar

A violência escolar tem se tornado motivo de grande preocupação para professores, pais e alunos, desassossego crescente, sobretudo nos grandes centros.

O Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo – APEOESP – sintomaticamente, vem produzindo pesquisas e estudos sobre referida questão, revelando a aflição da categoria profissional.

No sítio da mencionada entidade sindical, na rede mundial de computadores, há, inclusive, espaço denominado “observatório da violência”, com opção para que professores registrem casos de violência escolar.

Em 2013, a APEOESP realizou pesquisa com professores a respeito da violência escolar, produzindo caderno de análise sobre os resultados com dados bastante interessantes.

Para os fins limitados deste artigo, faço referência apenas a alguns pontos de tal pesquisa que, como dito, reflete a percepção dos professores sobre a questão da violência na escola (CEPES/APEOESP:2013).

Os professores afirmam, em resumo, que os alunos são os principais atores e também as principais vítimas da violência escolar. Asseveram que os principais atos violentos se traduzem em agressão verbal, *bullying*, vandalismo, agressão física, furto e discriminação.

Outros aspectos de interesse ao presente estudo dizem respeito a resultados da pesquisa que apontam o desejo de professores ou a percepção destes no sentido de que a violência diminuiria com maior presença da polícia no entorno das escolas e com a existência de profissionais e tecnologia de segurança no interior das escolas.

Indagados sobre quem seriam os principais atores responsáveis pela reversão do grave quadro de violência escolar, os docentes apontam, na ordem, pais, o Governo do Estado, a diretoria, a sociedade, a polícia e, por fim, os próprios professores e demais profissionais de educação.

Os dados de referida pesquisa são trazidos especialmente para que seja possível observar e detalhar, ao longo do texto, em primeiro lugar, que as condutas ditas violentas encontram no Direito Penal descrições típicas e, em segundo lugar, a crença na norma penal e no aparato repressivo para a pacificação do ambiente escolar.

De fato, agressão verbal, *bullying* em suas diversas formas, vandalismo, agressão física, furto e discriminação, são condutas descritas como criminosas na legislação penal e, destarte, uma abordagem não subsidiária ou de intervenção máxima do direito penal, pode afetar de maneira bastante negativa os processos e o fenômeno educacional.

O que se pretende problematizar neste trabalho, portanto, é a necessidade/ possibilidade de construção de uma teoria específica, ou ao menos de bases conceituais e diretrizes orientadoras que possibilitem o diálogo entre o Direito Penal e o Direito Educacional, capazes de contribuir para a pacificação do espaço escolar, para a restauração de vínculos saudáveis entre os indivíduos envolvidos na prática educacional e que, ao mesmo tempo, não representem reação repressiva exagerada e desproporcional que desconsidere o contexto próprio da escola e os fins do processo educacional.

Violência, indisciplina e ato infracional

Em uma perspectiva dogmática, de análise formal do direito positivo, torna-se extremamente problemático o enquadramento de determinadas ações em uma ou outra das categorias acima citadas.

Com efeito, uma agressão verbal, referida como ato violento pelos professores na mencionada pesquisa, certamente será considerada, do ponto de vista normativo, ato de indisciplina no ambiente e nos regimentos escolares e encontrará, da mesma forma, adequação típica na legislação penal, bastando, para tanto, a leitura dos tipos positivados no capítulo de crimes contra a honra no Código Penal Brasileiro.

Em se tratando de ações de crianças e adolescentes, de acordo com o artigo 103 da Lei nº 8.069/90, serão consideradas atos infracionais, pois assim são definidas as condutas descritas como crime ou contravenção penal quando perpetradas por indivíduos menores de 18 anos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, assim, ao dispor sobre o conceito de ato infracional, não resolve o problema em exame dado que, a rigor, toda conduta típica – descrita como crime ou contravenção penal – caracterizará ato infracional e, como tal, sujeitará crianças e adolescentes às medidas previstas na Lei, protetivas e/ou socioeducativas, estas últimas, exclusivamente aos maiores de 12 anos de idade.

A questão que se põe no âmbito do Direito Educacional é a de que, em uma interpretação descontextualizada e que não considere as características próprias do fenômeno educacional, a prática de ato infracional no ambiente escolar ensejaria, necessariamente, a intervenção de atores e instituições externas à escola, tais como o Conselho Tutelar, Ministério Público e todo o sistema de Justiça.

A transferência de conceitos, normas, doutrina e mesmo de julgados do Direito Penal aos conflitos e atos violentos, transgressores e de indisciplina no ambiente escolar, portanto, parecem não atender adequadamente às necessidades do processo educacional enquanto fenômeno também regulado pelo direito.

Com o objetivo de tornar mais clara nossa hipótese, poderíamos citar alguns exemplos de conflitos e condutas comuns no ambiente escolar e que, em uma interpretação tradicional do direito positivo, caracterizariam atos infracionais e chamariam à ação, portanto, aparatos institucionais estranhos à escola.

Uma troca de empurrões entre crianças, um xingamento eventual, uma ameaça de agressão ou mesmo a troca de carícias e beijos entre adolescentes, sendo um deles menor de 14 anos, seriam condutas passíveis de subsunção a tipos penais previstos no Código Penal ou na Lei das Contravenções Penais.

Não se pretende aqui sustentar que a violência deva ser encarada como ocorrência banal, natural e inevitável, mas buscar uma compreensão do Direito Penal e, no presente recorte, no Direito Penal Juvenil, que respeite os princípios e objetivos do Direito Educacional.

De outro lado, não nos parece possível e desejável uma catalogação de condutas, escalonadas por gravidade do resultado, por exemplo, para diferenciação de atos de indisciplina ou atos infracionais. As tentativas de excessiva normatização de condutas tendem a fracassar, pois, fatalmente, não alcançarão a real complexidade da vida.

Ademais, as soluções para os conflitos no ambiente educacional, como procuraremos discutir, devem observar peculiaridades relacionadas à idade dos envolvidos, dinâmica do ambiente escolar, características individuais e das inter-relações do sujeito no processo educacional e a própria missão da escola na formação dos cidadãos.

Para que seja possível a construção de doutrina sobre a incidência do Direito Penal no ambiente escolar, há que se analisar, preliminarmente, o desenho constitucional do Direito à Educação.

Do Direito à Educação na Constituição de 1988. Formação para o exercício da cidadania e gestão democrática

Diz o artigo 205 da Constituição que 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.

A cidadania é fundamento da República Federativa do Brasil. Compreendida em sentido amplo é o direito de ter direitos, na concepção de Hannah Arendt, ou, na lição de Lauro Luiz Gomes Ribeiro (2009: 250):

“A cidadania é a trilha de acesso pleno aos direitos humanos, vistos estes últimos como uma invenção humana destinada a garantir a convivência coletiva. É dizer: o primeiro direito humano é o direito a ter direito, o que significa o indivíduo pertencer, pelo vínculo da cidadania, a um tipo de comunidade juridicamente organizada onde se é julgado por ações e opiniões, sob o manto da legalidade.”

A educação para ou na cidadania, como preferem alguns educadores, há que formar pessoas capazes de conhecer e exercer seus direitos e deveres, com autonomia, responsabilidade e solidariedade. A educação deve contribuir para a formação de espírito crítico, democrático, plural, de indivíduos afinados com os princípios de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana. Tal

não se dá, como bem adverte o educador José Pacheco, em aulas expositivas ou sermões. A educação na cidadania se dá nos espaços e no exercício da liberdade responsável (PACHECO, 2011).

Cabe lembrar que a educação é garantida em nossa Constituição ao longo da vida e, de forma obrigatória, dos 4 aos 17 anos de idade. Forçoso concluir, portanto, que desde muito cedo as crianças estarão imersas em ambientes escolares onde as práticas de formação para a cidadania devem estar presentes.

Não parece justificável, deste modo, que eventual fracasso na formação de cidadãos, autorize a substituição das obrigações do Estado, da família e da sociedade na garantia do direito à educação, por um Direito Penal que supostamente possa dar conta das consequências violentas decorrentes de tal insucesso.

O Decreto nº 99.710/90, que promulgou a Convenção Sobre os Direitos da Criança, também obriga o Estado brasileiro a prover educação que prepare a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena.

A construção de cultura de paz, de respeito aos direitos humanos, de apreço à tolerância, de acolhimento e valorização da diversidade e de preparo do indivíduo para o exercício da cidadania são desafios de uma educação que de fato cumpra o que dispõe nossa Constituição.

Também a Organização das Nações Unidas para a Educação a Ciência e a Cultura, em documento elaborado pela denominada Comissão Delors (2010), aponta, dentre os quatro pilares da educação para o século XXI, o “aprender a conviver”, desenvolvendo a compreensão do outro e a percepção das interdependências – realizar projetos comuns e preparar-se para gerenciar conflitos – no respeito pelos valores do pluralismo, da compreensão mútua e da paz.

Em escolas onde de fato se aprende a conviver, evidências de pesquisas demonstram as seguintes características comuns:

“- Os diretores são líderes, com autoridade democrática, não só burocrática (por força da lei e das normas).

- Os educadores formam uma equipe coesa.
- A escola mantém laços com a família e a comunidade.
- O clima social é respeitoso e agradável, pautado pelo diálogo.
- Os alunos são todos ou quase todos conhecidos pelo seu nome.
- O aluno isolado ou rejeitado é considerado um desafio de integração para a escola.
- Os adultos circulam pelas diversas dependências.
- Existem normas claras de conduta, de preferência pactuadas entre os atores e frequentemente recordadas.
- Educadores e alunos se sentem seguros no estabelecimento.
- O currículo toma como ponto de partida os interesses dos alunos e incluem arte, desporto, cultura e recreação.
- Utiliza-se a pedagogia do diálogo, respeitando direitos e atribuindo responsabilidades aos alunos para aprenderem a conviver”. (GOMES et al., 2013:697)

A discussão sobre o papel da escola, como visto, é essencial para a construção de uma teoria do direito que favoreça o desempenho de tais misteres.

Historicamente, a escola já foi vista como espaço da construção do bem e também como instituição reprodutora das desigualdades sociais. Hoje, a educação é direito fundamental, constante da Declaração Universal de Direitos Humanos e, nesse sentido, calha a lição de Flávia Schilling (2014: 71):

“Quem, senão a prática educativa nas escolas, pode realizar de maneira intensa o direito humano de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de fazer parte do progresso científico e de seus benefícios? Este é o objetivo central da escola: possibilitar o acesso aos bens científicos e culturais produzidos pela humanidade. Igualmente, é nessas práticas que conquistamos o exercício da liberdade de expressão, do acesso à informação que possibilite o usufruto dos direitos civis e políticos, dos direitos sociais e econômicos. Lembrando, sempre, que cada um desses direitos implica seu dever correlato, posto que o direito é necessariamente universal.”

A Declaração Universal de Direitos Humanos é expressa ao afirmar que a instrução deverá promover a paz, a compreensão, a tolerância e a amizade.

Uma abordagem de Direito Penal que dialogue com o ramo do Direito Educacional, portanto, há que se harmonizar com os princípios e fins do Direito à Educação tal como acima explicitados. É preciso restabelecer o protagonismo do agir pedagógico no espaço escolar, reservando a linguagem punitiva, própria do Direito Penal, para situações excepcionais:

“Há escolas que, por não terem mais a centralidade do ensinar e aprender, por não assumirem a realização do direito humano à educação (condição para concretizar outros direitos humanos), parecem prisões. E, nas prisões, há rebeliões. Situações frequentes e ‘normais’ nas escolas até certo tempo hoje ganham uma dimensão enorme. Clama-se pela polícia, pela mediação do Ministério Público, do Judiciário. Parece que os conflitos não podem mais ser tratados pedagogicamente. Criminalizam-se condutas que antes eram indiferentes à Grande Lei, sendo tratadas com a mediação da autoridade escolar. São escolas que reagem, dessa forma, às contradições e aos desafios da educação numa sociedade da insegurança, com sua ‘sobrecarga de segurança’ diante dos ‘medos à solta’. Outras lidam de maneira diversa com a educação, refletindo as contradições existentes de outro modo: são escolas que bloqueiam o medo, incentivam a participação, abrem-se às vizinhanças, descriminalizam condutas e acolhem as pessoas.” (SCHILLING, 2014:73)

Trocando as lentes

Das justificações penais retributivistas às doutrinas abolicionistas, são ricas as teorias e intensos os debates no interior do Direito Penal. Não cabe, nos limites desta pequena contribuição, uma análise mais aprofundada de cada uma das escolas e das ideologias penais, mas apenas a exposição de algumas possibilidades para o desenvolvimento de uma teoria de responsabilização que não interfira negativamente na organização e nas finalidades do Direito Educacional.

Como início de diálogo a respeito de uma disciplina que possa lidar com o fenômeno da violência e habitar o ambiente educacional sem abalar suas estruturas, parece-nos promissor o empréstimo de conceitos do direito penal mínimo, subsidiário e, especialmente, a absorção de lições da justiça restaurativa.

Ensina Paulo de Souza Queiroz (2002) que o Direito Penal é subsidiário do ponto de vista lógico, político e social. Subsidiariedade lógica porque não cria um sistema exclusivo de ilicitudes fora do ordenamento jurídico, limitando-se a eleger e sancionar, de forma mais grave, fatos que já são proibidos.

Do ponto de vista político e social é controle de reserva, *ultima ratio*:

“Roxin, por exemplo, assinala que não se pode castigar – por falta de necessidade – quando outras medidas de política social, ou mesmo as próprias prestações voluntárias do delinquente, garantam uma proteção suficiente dos bens jurídicos e, inclusivamente, ainda que se não disponham de meios mais suaves, há que se renunciar – por falta de idoneidade – à pena quando ela seja política e criminalmente inoperante, ou mesmo nociva. Esses postulados correspondem aos princípios de subsidiariedade e efetividade da pena estatal.” (QUEIROZ, 2002:66-67)

Alerta Schecaira (2008:147) que, se no Direito Penal aplicável aos adultos o princípio da intervenção mínima decorre de interpretação do ordenamento, “para o Direito Penal Juvenil, ao contrário, a mínima intervenção é um princípio explícito”, pois decorreria da própria Convenção dos Direitos da Criança anteriormente citada.

Se é certo que a concepção de um direito sancionador subsidiário já representaria avanço significativo na construção de um ambiente de liberdade e paz nas escolas, entendemos que ainda é preciso e possível ir além.

O Estatuto da Criança e do Adolescente assevera que na aplicação das normas destinadas a crianças e adolescentes há que se considerar a condição destas como pessoas em desenvolvimento.

A educação escolar básica, portanto, trata de um público específico de sujeitos em desenvolvimento e, desde o ingresso em tenra idade de referidas pessoas no mundo da escola, tem o dever de prepará-las para o exercício da cidadania.

Insiste-se neste ponto porque as crianças, desde muito pequenas, passam boa parte, a maior parte, de seu tempo no ambiente escolar. Assim, o adolescente qualificado como indisciplinado, desordeiro, violento, infrator, não surgiu repentina e misteriosamente no ambiente escolar, mas cresceu e foi também educado no espaço que hoje pretende sua punição e, em muitos casos, sua exclusão.

A lógica da justiça penal retributiva está extremamente arraigada em nossa cultura, assim como a crença na exclusão e no encarceramento como mecanismos de redução da criminalidade e da violência que a todos assusta.

O Brasil, segundo dados oficiais do Conselho Nacional de Justiça, alcançou a marca de setecentos e onze mil, quatrocentos e sessenta e três presos, em dois mil e quatorze, tornando-se detentor da terceira maior população carcerária do mundo (Brasil, 2014).

A prisão, a resposta punitiva é a regra no sistema penal retributivo. A infração é a violação da lei. Demonstrada a culpa, retribui-se ao ofensor uma dor supostamente proporcional à causada.

As doutrinas retributivistas, hoje bastante questionadas pelos teóricos e estudiosos do direito penal¹ em sua aplicação ao mundo adulto, certamente se distanciam muito dos objetivos de uma educação que pretenda ensinar a conviver e formar o indivíduo para o exercício da cidadania.

Há evidente contradição entre o fortalecimento de mecanismos de controle externos – polícia, sistema de justiça, dentre outros – e a formação de sujeitos capazes de exercer a cidadania e partilhar valores de paz e direitos humanos.

O professor Yves de La Taille (2010) subdivide o tema da formação de cidadãos, um dos objetivos da escola, em educação moral e formação ética, o primeiro relacionado aos deveres, ao “como devo agir”, e o segundo referente ao significado e valor da vida: que vida eu quero ter.

Importante destacar que na formação do sujeito, os aspectos de moral e ética dizem respeito a escolha e absorção voluntária de valores. Para o autor, são conteúdos do dever moral a justiça, baseada na igualdade e na equidade, e o respeito à dignidade inerente ao ser humano. “Na maioria das escolas, há muitas ‘regras’, mas pouco se fala em ‘princípios’” (LA TAILLE, 2010:14). E segue o autor (2010:14-15):

“A escola deve promover a formação moral de seus alunos. Cem anos de estudos psicológicos demonstram claramente que há um desenvolvimento moral e que este depende essencialmente da qualidade das relações sociais nas quais a criança e o adolescente evoluem. Não se trata, portanto, de fazer belos discursos sobre o bem ou sobre o mal, mas de organizar o

1. Para uma compreensão crítica do tema, ver Ferrajoli , 2006: 238-240.

convívio escolar de forma que seja expressão de justiça e da dignidade (...) Enquanto as escolas não se dotarem de uma pedagogia explícita de formação moral, não poderão legitimamente se queixar de problemas de incivilidade, desrespeito e violência”.

No âmbito da formação ética, do mesmo modo, outro papel fundamental da escola será o de auxiliar crianças e adolescentes, pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, em suas buscas sobre o significado e valor da vida. Citando Paul Ricoeur, La Taille chama de perspectiva ética aquela “*de uma vida boa, com outrem e para outrem, no seio de instituições justas*” (LA TAILLE, 2010:16).

A necessidade de colacionar conceitos e lições de outros campos do conhecimento é essencial para que o operador e o estudioso do direito possam melhor compreender a realidade e o objeto a respeito do qual estão tratando.

Para seguir na análise dos aspectos mais particulares deste artigo, cumpre destacar que, tanto em seus objetivos constitucionais, quanto em suas funções essenciais, a Educação trata de forma central e cotidiana com relações humanas, seja na construção do conhecimento, seja no compartilhamento da cultura ou na formação moral e ética do indivíduo para a cidadania.

E é exatamente nesse ponto que nos parece surgir a lente restaurativa como alternativa ao direito penal ou ao direito socioeducativo sancionador e, a partir desse olhar alternativo, a possibilidade de construção de uma teoria jurídica específica para lidar com a violência escolar.

Em outras palavras, a escola é feita de relações humanas e, inevitavelmente, portanto, de conflitos. Por outro lado, a escola tem a função de ensinar a conviver, de preparar para a cidadania e, aqui de novo, preparar o indivíduo para relações humanas e sociais mais saudáveis.

Tomados referidos pressupostos, tornam-se mais claras as razões pelas quais uma perspectiva de responsabilização restaurativa se mostra muito mais afeita ao ambiente escolar do que a ideia sancionadora, retributiva.

Nesse caso, duas lentes bem diferentes poderiam ser descritas da seguinte forma:

Justiça retributiva

O crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e

Estado, regida por regras sistemáticas.

Justiça restaurativa

O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir os erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança.” (ZEHR, 2008:170-171)

Ora, em ambiente destinado ao pleno desenvolvimento da pessoa e ao preparo de crianças e adolescentes para o exercício da cidadania, parece calhar, com maior harmonia, quando necessária a utilização de estratégias complementares às estritamente pedagógicas, a lógica e a compreensão de infração e solução de conflitos trazida pelo conceito restaurativo acima transcrito.

Dentre as muitas vantagens de uma abordagem restaurativa no espaço escolar, tem-se a compreensão da ofensa no contexto amplo em que se deu, a importância central dada à dimensão interpessoal, a consideração dos próprios relacionamentos como “vítimas” da ofensa e o envolvimento de ofensor, vítimas da comunidade interessada na solução do problema.

Aqui também vale parêntese para lembrar que, do ponto de vista constitucional, a educação é também obrigação da família e deve contar com a colaboração da sociedade, sendo certo que a gestão democrática é também princípio regente do ensino. Nota-se, portanto, que educar demanda envolvimento, colaboração, inclusão, categorias também muito mais próximas à lógica e ao processo restaurativo de solução de conflitos.

Interessante notar que, ao contrário do que possa parecer em uma leitura mais apressada, o processo restaurativo implica em responsabilização do ofensor e reparação para a vítima, direcionando-os, quando possível, ao caminho da reconciliação. Não se trata, pois, de permissividade ou de impunidade em um senso comum de que “nada aconteceu”.

Com efeito, no processo disciplinar, socioeducativo ou penal tradicional, o ofensor assume papel passivo, aceitando a punição imposta. Em um processo restaurativo, responsabilizador, todavia, o que se busca é levar “os ofensores a compreenderem e reconhecerem o mal que fizeram, e, em seguida, tomarem medidas, mesmo que incompletas e simbólicas, para corrigi-lo” (ZEHR, 2008:186).

Outra vantagem das práticas restaurativas diz respeito ao fato de que não são de competência exclusiva dos Sistema de Justiça e, portanto, não afastam o conflito e sua solução do ambiente escolar e comunitário e são, por consequência, muito menos estigmatizantes.

Note-se que a absorção pelo Direito Educacional de processos e organizações restaurativas no interior da escola e, de forma ampliada, na comunidade escolar, atende também aos ditames da Convenção Sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo Decreto nº 99.710/90, consoante o que se vê dos artigos a seguir transcritos:

Artigo 40

Os Estados-parte reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

(...)

3. Os Estados-parte buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular:

- a) o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais;
- b) a adoção sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contando que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais.

Entendemos, portanto, que um Direito à Educação, impregnado pela acurada apreciação do fenômeno educacional e atento às finalidades e especificidades do processo educacional de crianças e adolescentes na escola, deve rever profundamente conceitos de pena, sanção, castigo, retribuição, todos emprestados do Direito Penal, para propor sistema de resolução de conflitos, pacificação e resposta à violência escolar em novos pilares.

A própria revisão das normas regimentais, avançando-se para além do já desgastado modelo hierárquico de sanções – advertência, repreensão por escrito, suspensão, expulsão –, com a inclusão de princípios que fortaleçam a centralidade do processo pedagógico e que prevejam processos de mediação e práticas restaurativas, parece medida salutar, necessária e que não pode tardar.

Considerações finais

Não tínhamos aqui a pretensão de propor uma teoria penal própria do Direito Educacional, mas, ao contrário, apontar aspectos do Direito Penal que não devem incidir sobre a dinâmica educacional, escolar, de crianças e adolescentes.

Salientamos que, diante da universalização do acesso ao ensino básico e da mudança do modelo de homogeneidade do público assistido nas instituições de ensino, cresce o desafio e a riqueza de se realizar as missões educacionais em ambiente de valorização da diversidade e ampliação de conflitos.

Ademais, a escola permeada pela violência que também extrapola e invade seus muros, precisa encontrar novas ferramentas para lidar com tal complexidade, sem perder de vista, todavia, sua função de ensinar a conviver, de assegurar o pleno desenvolvimento do indivíduo e sua formação para a cidadania.

Educar “*valorizando relações humanas e sociais*” (NUNES, 2011:22) e exercitando no “*cotidiano a busca da solidariedade, da amizade, da cooperação, da paz, do respeito, da ética e dos valores fundamentais da pessoa humana*” (NUNES, 2011:22).

Ao longo das reflexões para a produção deste trabalho, aliás, mais do que encontrar princípios e diretrizes para uma relação entre Direito Penal e Direito Educacional, restou fortalecida, em verdade, uma perspectiva de um direito não-penal educacional como regra para a solução de conflitos e atos de violência no ambiente educacional.

De fato, se no campo das relações sociais do mundo adulto discutem-se os fundamentos e fins da pena, reforçando-se a importância de garantias individuais e respeito aos Direitos Humanos, com muito mais razão, no processo educacional de crianças e adolescentes, tendo-se em conta suas peculiaridades, seus inerentes conflitos e suas superiores missões, a sanção penal há que ser verdadeiramente a *ultima ratio*.

Um direito penal, ou penal juvenil, mínimo, no ambiente educacional, longe de relegar a escola à própria sorte, implica no fortalecimento de controles sociais de outra natureza, notadamente daqueles sugeridos por La Taille – anteriormente citado – e próprios do campo pedagógico.

Ora, se as crianças devem ingressar no ensino obrigatório aos quatro anos de idade, há que se trocar logo as lentes punitivas, incentivando-se as práticas restaurativas, “a comunicação não violenta, o diálogo restaurativo, a mediação, os círculos restaurativos (...) desde cedo nas escolas”(NUNES, 2011:18).

A objeção que certamente surgirá, da violência extrema, dos atos infracionais gravíssimos, deverá receber a análise da exceção que, como tal, confirma a regra.

Lançamos, no início do texto, preocupação a respeito da confusão semântica entre as palavras indisciplina, violência, ato infracional e crime nas condutas de crianças e adolescentes, mas precisamos admitir que não encontramos, nos limites deste estudo, solução para tal problema.

Não nos parece desejável, se é que possível, como já dissemos, a positivação de tipos hierarquizados que distingam, na generalidade e abstração das normas jurídicas, uma ou outra categoria de infração, ou seja, um catálogo de condutas que seriam caracterizadas como indisciplina, ato infracional, etc.

Parece-nos mais prudente – no que tange aos conflitos escolares envolvendo crianças e adolescentes e a excepcional provocação do sistema de justiça – a construção democrática de regimentos claros e que façam sentido aos envolvidos. Importa, ainda mais do que a fixação de regras regimentais, o estabelecimento, no cotidiano do trabalho escolar, de princípios de convivência que permitam a educadores, alunos e familiares, a compreensão e dimensionamento da gravidade de determinadas condutas naquele específico contexto e a constatação de que foram esgotadas efetivamente as estratégias educacionais, restaurativas, não punitivas para a solução do problema.

É importante lembrar que, além do acesso, a Constituição garante a permanência de crianças e adolescentes no ensino básico e que, portanto, as medidas de pacificação devem garantir tal direito, sendo a suspensão, a exclusão e as medidas punitivas em sentido estrito contrárias a tal ditame.

Por fim, pretendemos demonstrar ao longo do presente artigo que os fundamentos, institutos e processos da justiça restaurativa são pouco explorados no campo da resolução dos conflitos sociais e, particularmente, no âmbito dos atritos entre crianças e adolescentes. De fato, não há no Estatuto da Criança e do Adolescente normas a respeito das práticas restaurativas e suas possíveis aplicações, assim como não há na legislação educacional nacional de referência (LDB).

Apenas em fase de execução de medidas socioeducativas, nos termos da Lei nº 12.954/12, há menção expressa às práticas restaurativas, o que ainda é iniciativa tímida.

Parece-nos que aqui, nas ideias e fundamentos da justiça restaurativa, há campo para desenvolvimento de teoria e normatização que auxiliem o Direito Educacional a lidar com os conflitos próprios e complexos do mundo moderno.

Encerrando com a sabedoria dos poetas e mais uma vez com ensinamentos colacionados pelo experiente Educador, Promotor de Justiça e entusiasta das práticas restaurativas, Antonio Carlos Ozório Nunes (2011:22), trazemos a lembrança de Archibald McLeish que, no preâmbulo do Tratado Constitutivo da Unesco sentenciou: “Nascendo as guerras do espírito dos homens, é no espírito dos homens que devem ser construídas as defesas da paz.”

Referências bibliográficas

CEPES/APEOESP. *Violência nas escolas: o olhar dos professores*. Análise de pesquisa. São Paulo: 2013. Disponível em: <<<http://www.apeoesp.org.br/publicacoes/observatorio-da-violencia/caderno-violencia-nas-escolas-analise-da-pesquisa/>>>. Acesso em: 6 set. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília: 2014. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf>>. Acesso em: 6 set. 2017.

DELORS, Jaques. *Educação: um tesouro a descobrir. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre educação para o século XXI*. Brasil: 2010. Disponível em: <<<http://unesdoc.unesco.org/images/0010/001095/109590por.pdf>>>. Acesso em: 6 set. 2017.

DI DIO, Renato Alberto Teodoro. *Contribuição à Sistematização do Direito Educacional*. Taubaté: Editora Universitária, 1982.

FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Candido Alberto, SOUSA, Carlos Ângelo de Meneses, CALIMAN, Geraldo, CÂMARA, Jacira. A Formação para a Cidadania. In: *Justiça Pela Qualidade na Educação*. ABMP, TODOS PELA EDUCAÇÃO (org.). São Paulo: Saraiva, 2013.

LA TAILLE, Yves. *A Escola e os Valores: A Ação do Professor*. In: *Indisciplina, Ética, moral e ação do professor. Disciplina*. LA TAILLE, Yves de, PEDRO-SILVA, Nelson, JUSTO, José Sterza. 3 ed. Porto Alegre: Mediação, 2010.

NUNES, Antonio Ozório. *Como Restaurar a Paz Nas Escolas*. Um guia para Educadores. São Paulo: Editora Contexto, 2011.

PACHECO, José. *Educar na Cidadania*. Disponível em: <<<http://www.revistaeducacao.com.br/educar-na-cidadania/>>>. Acesso em: 6 set. 2017).

PAIVA, Regina Garcia. *Direito Educacional: Do Fato Para o Direito*. In: TRINDADE, André. *Direito Educacional Em Uma Ótica Sistêmica*. Curitiba: Juruá, 2010.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. *Direito Educacional. Educação Básica e Federalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SCHILLING, Flávia. *A Sociedade da Insegurança e a Violência na Escola*. 2 ed. São Paulo: Summus Editorial.

TRINDADE, André. *Direito Educacional em uma ótica sistêmica*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

XIMENES, Salomão Barros. *Direito à qualidade na educação básica: teoria e crítica*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

ZEHR, Howard, *Trocando as Lentes, um novo foco sobre o crime e a justiça: Justiça Restaurativa*.

I. ASPECTOS TEÓRICOS

PARTE 5 DIREITOS NA EDUCAÇÃO

A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e a questão da demanda por ensino infantil

Flávia Quintaes Louvain Alvarenga

Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo

Defensora Pública no Estado de São Paulo

Introdução

As temáticas da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, entre os quais o direito à educação, e do ativismo judicial ganharam relevo no cenário jurídico. Com efeito, a centralidade que tem admitido o Supremo Tribunal Federal, e as cortes constitucionais por todo o mundo, no tratamento de questões com elevada densidade política, tais quais o controle de políticas públicas, tem provocado a reflexão acerca dos limites da atuação democrática do Poder Judiciário.

Tradicionalmente, a efetivação das políticas públicas é atribuída aos poderes Executivo e Legislativo, orientando-se, portanto, segundo o sistema representativo adotado pela democracia brasileira, pela vontade majoritária.

Não obstante, é possível identificar a partir da análise da jurisprudência da Suprema Corte, bem como dos Tribunais a existência do que Luís Roberto Barroso (2009:2) com acerto denominou “fluidez da fronteira entre a política e a justiça”. De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial, verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da Justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular.

Não se quer dessa forma afirmar que as decisões judiciais não sejam desde sempre dotadas de potenciais efeitos políticos, na medida em que se generalizam, ou, por outro lado, que o juiz no exercício do seu mister seja capaz de manter-se absolutamente neutro na tarefa de subsunção do fato à norma, tal como pretendido e prelecionado pela teoria normativa pura desenvolvida na obra de Hans Kelsen.

Ao contrário, admitimos a existência dos efeitos políticos das decisões judiciais, que muitas vezes culminam na inovação do ordenamento jurídico a partir da atuação do Poder Legislativo. Com efeito, não raros são os exemplos de leis editadas a partir da consolidação da jurisprudência acerca de uma questão para a qual o ordenamento jurídico se mostrava lacunoso. Cite-se a título ilustrativo a edição da Lei nº 12.433/11, resultado de intensos debates na doutrina e da afirmação da jurisprudência no sentido da possibilidade da remição da pena pelo estudo.

No mesmo sentido, entendemos que da atividade jurisdicional não se pode abstrair por completo a subjetividade do julgador, que se orienta segundo juízos de valor e ideologia próprios na interpretação das normas integrantes e conformativas do ordenamento jurídico. Ainda que se reconheça que a interpretação possui por limites o próprio conteúdo das normas positivadas no ordenamento jurídico, deve-se reconhecer que possui sempre uma dimensão política.

Feita essa observação preliminar, o que se pretende afirmar é que o Poder Judiciário, num contexto de crise política e de redução da credibilidade dos demais poderes de Estado (pela baixa efetividade da sua atuação na promoção e efetivação dos direitos fundamentais sociais), foi chamado a decidir questões de ampla repercussão política, antes adstritas ao Executivo e Legislativo.

Intensificou-se, nesse sentido, a judicialização dos direitos sociais. Com efeito, nunca antes na história havia se observado a submissão ao controle judicial de tantas demandas fundamentadas no direito à saúde, à moradia, à educação, entre outros direitos sociais.

É certo, que o aumento expressivo do número de ações judiciais voltadas à tutela dos direitos sociais deve-se, não só à insuficiência e ineficácia das políticas públicas implementadas pelo Estado. Ao contrário, está relacionada a diversos fatores de que são exemplo o crescimento da educação em direitos e também o crescimento do número de Estados que instituíram suas Defensorias Públicas, permitindo o acesso à instância judicial daqueles que não possuem recursos para litigar.

A intensificação da judicialização dos direitos sociais, no entanto, não se limita a expor a crise de legitimidade sofrida pelos demais poderes de Estado. Para além de anunciar a necessidade de uma reforma política, capaz de reaproximar a sociedade civil das instâncias políticas, provoca discussões

acerca de seus limites e efetividade. 1) Pode o juiz, ao argumento de que deve tutelar os direitos fundamentais sociais positivados na Constituição da República, controlar a implementação de políticas públicas sem incorrer em desrespeito à ordem democrática? 2) Quais os limites encontrados pelo juiz no exercício do referido controle? Pode o juiz, na ausência de norma regulamentadora, aplicar diretamente uma norma constitucional instituidora de um direito fundamental social, dela extraindo máxima eficácia? 3) Até que ponto a massificação da judicialização dos direitos fundamentais sociais, do ponto de vista global, e não individual, alcança os efeitos desejados?

Essas são algumas das questões que circundam a temática da judicialização dos direitos fundamentais sociais, entre os quais o direito à educação, e que neste trabalho se pretende abordar. Com vistas a melhor ilustrar a discussão teórica tratada, procura-se discutir a questão da demanda por educação infantil.

A judicialização dos direitos fundamentais sociais

O debate acerca da primeira questão levantada no tópico anterior, tal seja sobre a possibilidade do juiz exercer o controle de políticas públicas sem incorrer em ofensa ao princípio democrático se insere em um contexto maior. Tal contexto se refere a clássica dicotomia entre os direitos individuais, tradicionalmente relacionados à abstenção ou atuação negativa do Estado e os direitos econômicos, sociais e culturais, genericamente denominados direitos fundamentais sociais, aos quais se vincula uma atuação positiva do Estado, consistente na formulação de políticas públicas, o que, por consequência, envolve a alocação de recursos públicos.

Ainda que hoje se tenha largamente demonstrado que tanto os direitos individuais quanto os sociais podem se desdobrar em diferentes planos, ora exigindo uma abstenção do Estado, ora uma atitude positiva, não sendo cada uma dessas formas de atuação estatal (positiva/negativa) exclusivas de uma ou de outra categoria de direitos, é certo que a efetivação dos direitos sociais, por encontrarem fundamento no princípio da igualdade material, e por estarem relacionados à incapacidade de alguns indivíduos, socialmente situados, adquirirem ou gozarem por seus próprios meios dos bens fundamentais a eles relacionados (saúde, educação, moradia, entre outros), requer maior atenção à segunda ordem de atuação do Estado, tal seja a positiva.

De fato, nem todos dependem do Estado para gozarem de direitos sociais plenos. Contudo, a universalização dos direitos sociais, e principalmente do direito à educação, somente pode ser a todos franqueada se houver uma efetiva atuação do Estado, sem o que não há igualdade de condições, principalmente para os que estão na linha da pobreza e extrema pobreza (VIECELLI, 2012:7).

A atuação positiva do Estado, consistente em prestações que se efetivam por meio da implementação de políticas públicas, requer a alocação de recursos públicos, o que se atribui exclusivamente à discricionariedade do governo. Com efeito, o denominado gasto do dinheiro público perpassa, segundo a corrente interpretativa clássica, necessariamente pela opção política adotada pelo governo, cuja legitimidade democrática reside no voto da maioria.

Dessa feita, discute-se se o Poder Judiciário pode, na tutela dos direitos sociais, tomar decisões que direta ou indiretamente afetem a implementação de políticas públicas, direcionando ou até mesmo contrariando, a opção política feita pelos poderes que, segundo o sistema representativo, expressam a vontade da maioria. Em última análise, resta saber se o Poder Judiciário pode opor-se ou sobrepor-se à vontade da maioria, exercendo o controle de políticas públicas.

Comecemos, pois, pela definição de justiciabilidade.

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2009:2). No entanto, a judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política [...] o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria (BARROSO, 2009:5).

Nesse sentido, a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais decorre da sua própria natureza de direitos. Ou seja, enquanto reconhecidos como tal pela ordem jurídica são passíveis de serem judicializados, já que os juízes não podem se abster de conferir-lhes tutela.

Segundo Eduardo Pannunzio (2009:63), acerca do direito social à educação, reconhecer a educação como um direito humano não é uma mera operação retórica. Ao contrário, implica a sujeição a um marco conceitual e normativo específico, com importantes desdobramentos, dentre eles a sua justiciabilidade. Destaque-se que embora o mencionado autor tenha se referido especificamente ao direito à educação, sua análise pode ser ampliada à todos os direitos fundamentais sociais.

Se políticas públicas estão relacionadas a direitos, os seus aspectos substantivos e procedimentais não estão sujeitos à discricionariedade e governos. Muito ao contrário, estão eles vinculados por parâmetros que devem ser seguidos como obrigações legais e que, portanto, podem ser reclamados por indivíduos como prerrogativas jurídicas. É nesse sentido que se costuma falar na “justiciabilidade” dos direitos humanos, ou seja, na possibilidade de serem invocados perante o Poder Judiciário (ou outro órgão com funções análogas) e aplicados pelos juízes (PANNUNZIO, 2009:65).

Disso decorre que o controle judicial de políticas públicas não implica na invasão de competências executivas ou legislativas pelo Poder Judiciário, nem na substituição da vontade política pela vontade jurídica. Ao contrário, implica na submissão dos demais poderes estatais a vontade constitucional. Vontade a qual, frise-se, estão adstritos na conformação da opção política.

Esse posicionamento é o que prevalece em nossos tribunais e encontra delineamentos na decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, nos autos da ADPF 45-9, julgada em maio de 2004, em que se consignou que, muito embora a formulação e implementação de políticas públicas fosse do domínio dos Poderes Legislativo e Executivo, em situações extraordinárias, poderá o Judiciário exercer essa incumbência (VIECELLI, 2012:10).

Por outro lado, a legitimidade democrática do Poder judiciário não decorre necessariamente da expressão da vontade da maioria (como se dá em relação aos demais poderes), já que a sua atuação pode se dar de forma contra-majoritária.

De fato, a tutela de direitos fundamentais pode contrariar a opção da maioria em defesa das minorias, como no caso de uma lei, expressão da vontade majoritária segundo o sistema representativo, ser anulada por ofensa a direito fundamental social constitucional. Mas, nem por isso se pode afirmar que não haja legitimidade democrática no exercício do controle judicial de políticas públicas.

A democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois muçulmanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios não de política – e de razão pública – não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas (VIECELLI, 2012:9).

O ativismo judicial

Uma outra questão, que não se confunde com a judicialização, é referente ao ativismo judicial.

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao

poder público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009:5).

É nesse campo, precisamente que se insere a segunda indagação: Quais os limites encontrados pelo juiz no exercício do controle de políticas públicas? Pode o juiz, na ausência de norma regulamentadora, aplicar diretamente uma norma constitucional instituidora de um direito fundamental social, dela extraindo máxima eficácia?

Se com alguma facilidade hoje se admite a judicialização das políticas públicas, à vista do mencionado posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o mesmo não se pode dizer acerca do ativismo judicial.

Com efeito, a doutrina não é uníssona quanto a essa questão. Por um lado, defendem alguns que a Constituição Federal, no âmbito da fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, previu, expressamente, em seu art. 5º, parágrafo 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Tal formulação, à evidência, traduz uma decisão inequívoca do nosso Constituinte no sentido de outorgar às normas de direitos fundamentais uma normatividade reforçada e, de modo especial, revela que as normas de direitos e garantias fundamentais não mais se encontram na dependência de uma concretização pelo legislador infraconstitucional, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos (SARLET, 2007:8).

De outro lado, defendem outros que a reparação das lacunas e das antinomias que se manifestam não é confiada ao ativismo interpretativo dos juízes, mas somente à legislação – e, por isso, à política –, no que diz respeito às lacunas; e a anulação das normas inválidas – e, por isso, à jurisdição constitucional –, no que diz respeito às antinomias (FERRAJOLI, 2012:34).

Segundo destaca BARROSO (2009:7), o Judiciário, no Brasil recente, tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista. Na categoria de ativismo mediante imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas, o exemplo mais notório provavelmente é o da distribuição de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial. A matéria ainda não foi apreciada a fundo pelo Supremo Tribunal Federal, exceto em pedidos de suspensão de segurança. Todavia, nas Justiças estadual e federal em todo

o país, multiplicam-se decisões que condenam a União, o Estado ou o município – por vezes, os três solidariamente – a custear medicamentos e terapias que não constam das listas e protocolos do Ministério da Saúde ou das Secretarias estaduais e municipais.

Tal posicionamento, muito embora apresente uma face positiva, tal seja o atendimento à demandas sociais que não foram satisfeitas por meio da implementação das políticas públicas, levanta uma outra questão, que no presente trabalho foi formulada da seguinte forma: Até que ponto a massificação da judicialização dos direitos fundamentais sociais, do ponto de vista global, e não individual, alcança os efeitos desejados?

Esse ponto será objeto de análise no próximo tópico.

A efetividade da massificação da judicialização

Se no plano individual não se pode com relativa facilidade afastar a efetividade da judicialização das políticas públicas, já que o direito à prestação é satisfeito – a exemplo das mencionadas ações que envolvem a distribuição de medicamentos –, de um ponto de vista mais genérico essa efetividade merece ser questionada.

Nesse ponto, é que merece destaque a questão da demanda por ensino infantil. Isso porque, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi uníssona em reconhecer a existência de um poder jurídico do indivíduo de exigir do poder público a prestação da educação infantil (artigo 208, da Carta Federal e artigos 53, inciso V, 54, inciso IV, e 208, inciso III, da Lei nº 8.069/1990) (ARNESEN, 2010: 124), sendo possível destacar inúmeros exemplos de ações judiciais envolvendo a demanda por vaga na rede pública de ensino infantil.

Não obstante tenha o poder judiciário decidido que cabe ao poder público fornecer a vaga na rede pública de ensino infantil em cada uma das ações individuais ajuizadas, a questão da efetividade do direito à educação infantil está longe de ser equacionada, o que, no limite, acaba por colocar sob questionamento a própria efetividade da política de massificação da judicialização das políticas públicas educacionais.

O que se tem notado no plano prático é que a determinação judicial no sentido da disponibilização da vaga na rede pública de ensino infantil não possui o condão de ampliar a oferta de vagas de forma a cobrir toda a demanda.

Ao contrário, o que ocorre é a modificação da lista de espera por vaga na rede pública de ensino infantil. Assim, aqueles que ingressam com ações individuais na tutela do direito à educação infantil são realocados na lista de espera, passando à frente daqueles que não o fizeram.

Essa realidade revela, de um lado, que o tratamento individualizado que vem sendo dado à matéria, mediante a massificação da judicialização das demandas envolvendo vagas na rede pública de ensino infantil é insuficiente.

Com efeito, os direitos sociais, por possuírem como fundamento o princípio da igualdade material e por orientarem-se pelo valor da solidariedade, concebem os seus titulares como sujeitos socialmente situados. Logo, exigem tratamento coletivo. O indivíduo já não mais pode ser compreendido, segundo os preceitos da teoria individualista, como o sujeito isolado, titular de direitos negativos em face do Estado e de garantias postas à sua defesa, mas também como um ser social, portador de direitos positivos a prestações. Nesse sentido, a efetividade dos direitos sociais depende de que a questão seja enfrentada a partir de uma perspectiva ampla, e não individualizada.

Por outro lado, revela que a efetivação dos direitos sociais não se encerra no controle judicial das políticas públicas, mas, fundamentalmente na sua implementação pelos demais poderes estatais. Dessa forma, o deslocamento do seu tratamento para o campo jurídico, está longe de ser uma solução, tornando necessário o seu resgate no campo que lhe é próprio: o político.

Conclusão

Não obstante a afirmação dos direitos sociais, entre eles o direito à educação infantil, enquanto direitos fundamentais esteja consagrada na Constituição Federal de 1988 e em inúmeros documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, estudos revelam que a sua efetividade se encontra muito aquém do razoável. Essa constatação faz ascender a importância de se pensar sobre a efetivação e a eficácia dessa classe de direitos, com a identificação e definição dos papéis dos diferentes poderes de Estado atuantes na consecução desse fim.

A judicialização dos direitos fundamentais sociais se insere nesse contexto como alternativa à promoção dos direitos fundamentais sociais diante da baixa credibilidade dos Poderes Executivo e Legislativo. O judiciário passa a exercer o controle das políticas públicas, compatibilizando-as com as exigências constitucionais. A intensificação da judicialização dos direitos sociais, no entanto, não se limita a expor a crise de legitimidade sofrida pelos demais poderes de Estado. Para além de anunciar a necessidade de uma reforma política, capaz de reaproximar a sociedade civil das instâncias políticas, provoca discussões acerca de seus limites e efetividade.

No que concerne aos seus limites a questão é controversa, admitindo-se duas correntes interpretativas ao menos. A primeira, favorável ao chamado ativismo judicial. A segunda a ele se opõe, traçando limites bem definidos à atuação judicial no controle das políticas públicas.

No que se refere a efetividade, a questão também não está equacionada. À exemplo do que ocorre em relação ao controle das políticas públicas educacionais, conclui-se que a intensificação do processo de judicialização está longe de ser uma solução, tornando necessário o seu resgate no campo que lhe é próprio: o político.

Referências bibliográficas

ARNESEN, Erik Saddi. Direito à educação de qualidade na perspectiva neoconstitucionalista. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; RIGHETTI, Sabine. *Direito à educação: aspectos constitucionais*. São Paulo: EDUSP, 2009.

ARNESEN, Erik Saddi. *Educação e cidadania na Constituição Federal de 1988*. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Retrospectiva 2008 - Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Salvador, *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em: <<<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>>. Acesso em: 10 de maio de 2014.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. A educação, direito fundamental. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; RIGHETTI, Sabine. *Direito à educação: aspectos constitucionais*. São Paulo: EDUSP, 2009.

CURY, Carlos Roberto Jamil. *Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença*. São Paulo, *Cadernos de Pesquisa*, n. 116, jul. 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DUARTE, Clarice Seixas. A Educação como um direito fundamental de natureza social. Campinas, *Educação e Sociedade*, v. 28, n. 100 – Especial, out. 2007.

GARCIA, Emerson, O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: GARCIA, Emerson. *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

PANNUNZIO, Eduardo. O poder judiciário e o direito à educação. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; RIGHETTI, Sabine, *Direito à Educação: aspectos constitucionais*. São Paulo: EDUSP, 2009.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Direito ao desenvolvimento e direito à educação: relações de realização e tutela*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, a. 2, n. 6, 1994.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Educação Superior, direito e Estado na Lei de Diretrizes e Bases (Lei n. 9.394/96)*. São Paulo: EDUSP, 2000.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco, *O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação. Tese (Livre- Docência)*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Os Estados e o direito à educação na Constituição de 1988: comentários acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; RIGHETTI, Sabine, *Direito à Educação: aspectos constitucionais*. São Paulo, EDUSP, 2009.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Estado e nação: novas relações. *São Paulo, Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, n. 13, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. Salvador,

Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REDE), Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível em: <<<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>>. Acesso em: 10 de maio de 2014.

SIFUENTES, Mônica. *Direito fundamental à educação: a aplicabilidade dos dispositivos constitucionais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VIECELLI, Roberto del Conte. A efetividade do direito à educação e a justiciabilidade das políticas públicas na jurisprudência do STF (1988-2011). *Revista de Direito Educacional*, ano 3, vol. 5, jan-jun 2012.

Enfrentando as causas exógenas da evasão e abandono escolar: considerações sobre o sistema brasileiro de proteção à criança e ao adolescente

Sara Tironi

Mestra em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo

Introdução

Aprovado em 2014, o novo Plano Nacional de Educação disposto na Lei nº 13.005/2014 (PNE/2014) tem como uma de suas diretrizes a universalização do atendimento escolar. Suas primeiras três metas, mais especificamente, dispõem sobre a necessidade de que essa universalização ocorra em todos os níveis da educação básica (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio) até o fim da vigência do plano. Objetiva-se, ainda, ampliar a oferta de educação infantil em creches de modo a atender no mínimo 50% da população entre zero e três anos até 2023; garantir que ao menos 95% dos estudantes do ensino fundamental concluam essa etapa; e, ainda, aumentar para 85% a taxa líquida de matrícula no ensino médio.

A Síntese dos Indicadores Sociais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (SIS/IBGE) de 2014, a partir da análise de dados do ano anterior, apontou que ainda há um longo caminho a ser percorrido. De acordo com esse relatório, no ano de 2013, 76,8% das crianças¹ entre zero e três anos não estavam matriculadas em creches; 18,6% das crianças entre quatro e cinco anos não frequentavam a pré-escola; 1,6% das crianças e adolescentes entre seis e 14 anos não estavam formalmente matriculados no ensino fundamental, número ampliado para 7,5% se considerada a frequência líquida nas escolas; e 15,7% dos estudantes entre 15 e 17 anos não estavam

1. Para fins deste trabalho, considera-se “criança” todo indivíduo com até 12 anos completos e “adolescente” aquele que possui entre 13 e 18 anos completos, nos termos da Lei nº 8.069/1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

matriculados no ensino médio, sendo que 54,8% dos adolescentes nessa faixa etária, matriculados ou não, não frequentavam o estabelecimento de ensino.

A partir de uma análise do mais recente relatório do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), publicado em 2012, destinado a investigar as causas da evasão/abandono ou risco de evasão/abandono² escolar no Brasil, pode-se concluir que os principais motivos para abandono da escola envolvem fatores endógenos e exógenos. Os fatores endógenos referem-se às próprias condições deficitárias do sistema educacional brasileiro, ou seja, oferta de vagas em instituições de ensino menor que a demanda; falta de estrutura para inserção de pessoas com deficiência nas escolas e para acolhimento de adolescentes grávidas; persistência de práticas violentas e discriminatórias no espaço escolar; falta de transporte; financiamento e repasse de recursos inadequados, entre outros. Os fatores exógenos, por sua vez, referem-se às condições de vulnerabilidade socioeconômica e civil de crianças e adolescentes brasileiros, condições estas que os mantêm privados de forma parcial ou completa de desfrutarem de seu direito à educação, garantido constitucionalmente e reconhecido por diferentes instrumentos de direito internacional.

Miriam Abramovay et al. (2002:13) entendem que vulnerabilidade social seja o estado de privação uma pessoa ou classe em relação a recursos materiais ou simbólicos (tais como capital cultural, experiência de trabalho, nível educacional, entre outros) suficientes para acessar por si só estruturas de oportunidades sociais, econômicas e culturais provenientes quer do Estado, do mercado e da sociedade. Em sentido semelhante, Lúcio Kowarick (2009:19-20) conceitua vulnerabilidade socioeconômica como sendo o estado de desproteção a que determinadas pessoas se encontram submetidas, no que se refere às garantias de seus direitos sociais básicos. Já com relação à vulnerabilidade civil, o mesmo autor considera que seja a situação de desproteção de um indivíduo com relação a diversas formas de maus-tratos físicos que lhe retirem violentamente a possibilidade de dispor livremente sobre seu próprio corpo³.

2. A evasão escolar, aqui, diz respeito à não realização de matrícula em instituição educacional. O abandono, a seu turno, ocorre quando o(a) aluno(a) deixa de frequentar escola no curso do ano letivo (PELLISSARI, 2012:33-34).
3. Sobre este último ponto, cf. também Honneth, 2003:214-218.

Em que pese a escassez de dados consolidados nesse sentido (PERES, CARDIA, SANTOS, 2006:18) – o que por si só já constitui um desrespeito aos direitos da criança e do adolescente por se constituir um entrave ao monitoramento e proposição de medidas mais eficazes –, algumas estatísticas podem corroborar que ainda são altos os índices de violação dos direitos fundamentais da infância e juventude no território nacional (BAARS, 2009; WAISELFUSZ, 2012; SEDH, 2017)⁴.

Tendo em vista a correlação entre esse fato e as taxas de evasão ou risco de abandono escolar no Brasil, este trabalho discute o complexo sistema descrito na Lei nº 8.069/1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – para atendimento integral desse grupo populacional (ou seja, não apenas dentro do contexto escolar). Será colocada, assim, em evidência a posição jurídica que a criança e o adolescente brasileiros vieram a ocupar, sobretudo a partir de 1990. Na sequência, serão expostos os princípios norteadores da implementação de direitos básicos para essa população, bem como as características da estrutura de linhas de ação, agentes e recursos previstos legalmente para garantir sua proteção e pleno desenvolvimento. Por fim, serão problematizados alguns dos desafios remanescentes para um funcionamento adequado e justo desse sistema, entendendo-se que seu aperfeiçoamento é relevante no alcance da universalização do atendimento escolar e na concretização das metas do PNE/2014.

4. De acordo com estudo feito para a Câmara dos Deputados em 2009, cerca de 2,7 milhões de crianças e adolescentes trabalhavam ilegalmente em 2006. Entre 2003 e 2009, mais de 101,7 mil casos de abuso ou exploração sexual de crianças e adolescentes foram denunciados ao Disque Denúncia Nacional de Abuso e Exploração Sexual Contra Crianças e Adolescentes (BAARS, 2009). O Sistema de Informações de Agravos de Notificação (SINAN), a seu turno, apontou que 40% dos atendimentos realizados no Sistema Único de Saúde (SUS) em 2011 referiam-se a pacientes com até 19 anos de idade, 40,5% dos quais se referia a casos de violência física – em 27,1% das vezes cometidos pelos responsáveis legais da vítima (WAISELFISZ, 2012). Ainda, o levantamento anual do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo de 2017 verificou que, em 2014, mais de 24 mil adolescentes estavam em situação de restrição ou privação de liberdade em decorrência do cometimento de atos infracionais, tendo sido registradas cerca de quatro mortes por mês nas unidades de internação, decorrentes de conflitos generalizados ou interpessoais, suicídios, mortes naturais e outras causas não identificadas pelas unidades.

Os direitos da criança e do adolescente no contexto da Doutrina da Proteção Integral

Até fins do século XX, o interesse pela infância e adolescência expresso em legislações nas sociedades ocidentais era, de forma geral, tratado de forma segmentária, concentrando-se na questão dos chamados “menores” (FERRAJOLI, 2001:ii). Estes correspondiam às crianças e adolescentes objetos de ações e programas caritativos, filantrópicos, bem como de regulamentação social ou penal e de qualquer forma de assistência pública ou privada (RIZZINI, 2011:97-98).

Internacionalmente, já em 1924⁵ a Declaração de Genebra sobre os Direitos das Crianças⁶, mesmo sem força cogente, declarou a necessidade de se dispensar atenção e cuidados especiais a crianças, enquanto membros de uma categoria especial dentro da sociedade e, enquanto tal, como um grupo marcado pela vulnerabilidade socioeconômica e civil em relação ao grupo dominante (o dos adultos), com características e necessidades distintas deste (QVORTRUP, 2011:204-205).

No entanto, foi somente mais de trinta anos depois, com a Declaração Universal dos Direitos das Crianças de 1959 (DUDC), que os direitos das crianças foram anunciados como uma especificação dos direitos da pessoa humana⁷ (CILLERO BRUÑOL, 2011:97). Tal Declaração, em dez

5. Anteriormente a esta declaração, a proteção especial da infância já havia sido incluída pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em seis convenções do final do século XIX e início do século XX, nas quais, se proibia o trabalho noturno de menores de 18 anos e definiam a idade de 14 anos como idade mínima para o trabalho na indústria. (VIEIRA, VERONESE, 2011:89; RICHTER, VIEIRA, TERRA, 2010:46).
6. Documento redigido conjuntamente pela organização internacional não governamental (ONG) inglesa *International Save the Children Alliance* e pela Associação Internacional de Proteção à Infância em 1923. Em 1924, A Assembleia Geral da então Sociedade das Nações aprovou em 1924 uma resolução endossando o texto, apresentado pela delegação do Chile. (VIEIRA, VERONESE, 2011:88).
7. Isto reflete também uma tendência surgida após a Declaração Universal de 1948, consistente na passagem paulatina, porém cada vez mais reforçada, para a determinação dos sujeitos titulares dos direitos endereçados, inicialmente, de forma universal. De acordo com Bobbio (2004:34-35), quando a então nova Declaração considerou que a criança, em virtude de sua condição peculiar de imaturidade física e intelectual, carece de proteção particular e cuidados especiais, deixou claro que os direitos das crianças tratam-se de direitos específicos (*ius singulare*) em relação a direitos generalizados (*ius commune*).

princípios, reafirmou os direitos das crianças à proteção especial bem como a que lhes sejam asseguradas oportunidades e facilidades que permitam seu desenvolvimento de forma sadia e normal, em condições de liberdade e dignidade.

O primeiro instrumento de direito internacional a conceder força jurídica aos direitos da criança e do adolescente, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças (CNUDC) de 1989, inspirou-se em grande parte no texto da declaração de 1959 (MÔNACO, 2005:1)⁸. Por meio desse novo documento, consagrou-se efetivamente o *status* da criança e do adolescente como sujeitos de direito. Foram reconhecidos seus direitos básicos (direito à vida, à saúde, à educação etc.), suas necessidades de proteção especial, bem como seus direitos de participação na vida social e política.

Inaugurou-se, com isso, no universo jurídico, a Doutrina da Proteção Integral. Nesse novo contexto, a criança e o adolescente passam a ser situados dentro de um quadro normativo de garantias que torna explícita a importância de todo o sistema dos direitos humanos e fundamentais para sua proteção e desenvolvimento. Passa a ser possível também evitar a marginalização e conseqüente invisibilização de determinados segmentos da infância, desencorajando construções sociais que separam crianças em situação de “irregularidade” (os “menores”) das crianças pertencentes ao sistema “normal” escola-família, e incentivando a reintegração social de crianças ou adolescentes em situação de risco ou em conflito com a lei (VIEIRA, VERONESE, 2011:100; BARATTA, 2011:50).

No cenário brasileiro, esse reconhecimento já estava em debate antes da promulgação da CNUDC e de sua ratificação pelo Brasil. Na década de 1980, movimentos sociais, em contato com o Grupo de Trabalho da Comissão dos Direitos Humanos que discutia a elaboração da Convenção, apresentaram à então Assembleia Nacional Constituinte duas emendas populares, das quais

8. A Convenção foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 99.710/1990.

derivaram os artigos 227⁹ e 229¹⁰ da Constituição Federal de 1988, e, em um segundo momento, o ECA. Tais artigos e principalmente os artigos 3º e 4º do ECA introduzem no ordenamento jurídico pátrio a ideia da Doutrina da Proteção Integral, uma vez que elencam um rol de direitos fundamentais dos quais crianças e adolescentes são titulares¹¹. Determinam também a colaboração entre família, sociedade e Estado na garantia e promoção destes direitos, “com absoluta prioridade” (VIEIRA, VERONESE, 2011:50).

Princípios que norteiam a implementação da proteção integral de crianças e adolescentes

Juntamente com o reconhecimento dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, os marcos normativos apresentados também trouxeram princípios a serem observados na garantia e implementação de tais direitos. Princípios, aqui, são compreendidos como “mandamentos de otimização”, ou seja, como normas que exigem a realização de algo na maior medida em que seja possível face às possibilidades fáticas e jurídicas existentes (SILVA, 2011:46-64). Nesse contexto e sentido, são dois os princípios que diferenciam o sistema de proteção e garantias dos direitos da infância e adolescência: o princípio do melhor interesse da criança¹² e a garantia da prioridade absoluta.

9. “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.”
10. “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”
11. Em 2016, o Marco Legal da Primeira Infância (MLPI – Lei nº 13.257/2016) reforçou a compreensão de que apenas crianças entre zero e seis anos também são sujeitos de direito.
12. A tradução oficial contida nas normas jurídicas brasileiras como o ECA e o decreto que internalizou a CNUDC utilizam a expressão “superior interesse” em vez de “melhor interesse”. Neste trabalho, prefere-se a segunda expressão, entendendo, assim como Tânia Pereira, que tanto o conteúdo da Convenção quanto a orientação constitucional e infra-constitucional adotada pelo sistema jurídico brasileiro informa um interesse qualitativo (“melhor”) em vez de quantitativo (“maior”). Esta expressão, originada no direito consuetudinário, possuía a função original de servir à solução de conflitos de interesses particulares que envolviam crianças: em casos como na dissolução de um casamento, os interesses da criança, fruto da relação a ser dissolvida, deveriam prevalecer sobre os de outras pessoas ou instituições, de modo que a sua guarda seria concedida a quem fosse garantir da melhor forma seus direitos (PEREIRA, 2008; O’DONNELL, 1990).

O primeiro tem origem no direito consuetudinário, servindo, então, à solução de conflitos de interesse entre uma criança e outra pessoa. Ou seja, em conflitos como no caso da dissolução de um casamento, os interesses da criança deveriam prevalecer sobre os de outras pessoas ou instituições. Foi a DUDC e, depois, a CNUDC que primeiramente transmitiram essa diretriz do âmbito dos conflitos inter privados para todas as ações relativas às crianças levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos. Apesar da dificuldade de se definir qual efetivamente é o melhor interesse de crianças e adolescentes em casos concretos – sobretudo diante da forma precária com que lhes são concedidos espaços para fala e participação política –, esse princípio é uma contribuição importante e indispensável à própria ideologia da proteção integral (PEREIRA, 2008; ALBUQUERQUE, 2004:39-63; O'DONNELL, 1990).

A garantia da prioridade absoluta no atendimento da criança e do adolescente, por sua vez, diz respeito à relação de primazia da efetivação dos direitos infanto-juvenis em face da efetivação destes mesmos direitos para os demais indivíduos. Conforme esclarecido no parágrafo único do artigo 4º do ECA, a prioridade absoluta compreende primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

A política de atendimento à criança e ao adolescente após 1990

Políticas públicas correspondem ao conjunto de decisões inter-relacionadas, tomadas por um ator político ou grupo de atores, relacionadas à escolha de metas e instrumentos para as alcançar dentro de uma conjuntura específica em que o alvo de tais decisões estaria, ao menos em tese, ao alcance do poder de concretização destes atores (JENKINS, 2000).

No âmbito jurídico, consubstanciam-se em normas propositivas abstratas, gerais e parciais, que requerem, permitem ou autorizam agentes públicos ou privados a fazer ou não fazer algo de certa forma e sob certas condições.

Sua generalidade e parcialidade deve-se ao fato de que o estabelecimento de metas, meios, destinatários e prazos, por si só, não é suficiente para que atividades complexas e comunitárias sejam organizadas. Desse modo, são sempre necessárias outras normas complementares que especifiquem os planos gerais, estabelecendo incentivos e restrições a condutas dos agentes em questão (SHAPIRO, 2011:118-233).

As políticas de atendimento da criança e do adolescente descritas no ECA, assim, correspondem a comandos gerais que devem ser integrados por outras normas (estabelecidas nos âmbitos federal, estadual e municipal, na forma de leis ou resoluções do poder executivo ou, ainda, dos Conselhos de Direito) responsáveis por conferir maior possibilidade de realização das determinações mais amplas. O estatuto, em nível federal, ocupa-se assim de determinar: *(i) as linhas de ação necessárias; (ii) as diretrizes para coordenação desse atendimento; (iii) os agentes públicos e privados responsáveis por sua implementação e controle; e (iv) a origem dos recursos para financiamento das ações específicas.*

Tais componentes da política de atendimento à criança e ao adolescente são previstos e organizados de acordo com princípios de descentralização, participação e corresponsabilidade. A descentralização, nesse caso, destaca-se pela flexibilização e desregulação da administração e execução da prestação de bens e serviços sociais por meio da repartição de responsabilidades entre os governos central e local, ao mesmo tempo em que estas são repartidas também entre as esferas pública e privada. A participação, por sua vez, refere-se à adoção de mecanismos que permitem que atores sociais participam diretamente da política, sobretudo provendo benefícios e serviços. Finalmente, a corresponsabilidade ou parceria e solidariedade, diz respeito à soma de forças dos recursos públicos e privados, reconhecendo-se amplamente o trabalho voluntário e doméstico (PEREIRA-PEREIRA, 2010:34-35)¹³.

13. As novas forças econômicas globais, mudanças demográficas e transformações da própria família impulsionaram o esmaecimento do modelo “welfarista” de Estado, inclusive no Brasil, caracterizado pela diminuição do crescimento econômico, pelo desequilíbrio fiscal e perda de legitimidade das políticas públicas sociais (SPING-ANDERSEN, 1996:349). Com isso, dá-se lugar a uma nova configuração estatal que se afasta da típica subordinação de indivíduos e organizações ao Estado – muito presentes entre as décadas de 1950 e 1960, em âmbito internacional, no Estado de Bem-Estar Social – e dá preferência à coordenação das ações privadas e estatais sob uma orientação centralizada.

Linhas de ação política para proteção da infância e adolescência

Três tipos distintos de linhas de ação política são previstos no ECA, apresentadas nas alíneas do artigo 87 do estatuto. São elas as políticas básicas, as políticas de proteção especial e as políticas socioeducativas (CORADINI, SILVEIRA, 2010:244).

A primeira frente de políticas – as políticas básicas – são aquelas devidas a todos, correspondentes às políticas de saúde, alimentação, habitação, educação, esporte, lazer, profissionalização e cultura, encontradas na Constituição Federal de 1988, artigo 227 e no ECA, artigo 4º. Conforme visto anteriormente, à criança e ao adolescente, tais políticas devem ser efetivadas de maneira absolutamente prioritária.

Já as políticas de proteção especial, dispostas no ECA, artigos 23 parágrafo único, 34, 101 e 129, dirigem-se exclusivamente àquelas crianças ou adolescentes que se encontram em situação diferenciada de risco pessoal ou social. São elas as políticas de orientação, apoio e acompanhamento temporários; reingresso escolar; apoio sociofamiliar e apoio na manutenção de vínculos familiares; garantias àqueles que possuem necessidades especiais com a saúde; atendimento às vítimas de maus-tratos; tratamento de drogadição; renda mínima familiar; guarda subsidiada; acolhimento institucional e familiar.

Por fim, as últimas políticas são as socioeducativas, as quais tem espaço quando o adolescente entra em conflito com a lei. Correspondem estas à aplicação das medidas socioeducativas previstas no ECA, artigos 112 e 129, conformadas em prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade, internação com atividade externa, internação sem atividade externa (CORADINI, SILVEIRA, 2010:244).

Reduz-se, com isso, o poder do governo central, exigindo-se maior comprometimento do mercado e da sociedade com a provisão social, dando espaço à privatização mercantil e não-mercantil do bem-estar público. No contexto nacional, foi principalmente a crise do regime autoritário e o processo democrático brasileiro marcaram as mudanças deste modelo, o qual passou a ser reestruturado progressivamente a partir da Constituição Federal de 1988 (BUCCI, 2002:245; PEREIRA-PEREIRA, 2010:35; DRAIBE, 1993:25-32; MISHRA, 1995; ABRAHAMSON, 1992; JOHNSON, 1990).

Diretrizes para o atendimento da criança e do adolescente e para a atuação e controle dos agentes responsáveis

Entre os artigos 88 e 97 do ECA, são dispostas as diretrizes que devem nortear a implementação de políticas para a infância e adolescência, e determinadas regras gerais para atuação e fiscalização de entidades responsáveis pelo atendimento dessa população. Tais diretrizes, conforme mencionado anteriormente, fundamentam-se nos deveres de descentralização, possibilidade e dever de participação social na formulação e gestão de políticas específicas, e corresponsabilidade pelo financiamento e fiscalização da atuação dos agentes responsáveis.

A descentralização da gestão das políticas para a criança e ao adolescente ocorre de dois modos distintos. O primeiro diz respeito à repartição de competências de acordo com o modelo federativo, dividindo-se as responsabilidades entre União, Estados e Municípios. Nessa vertente, destaca-se a opção do ECA pela municipalização do atendimento à infância e adolescência, com o propósito de incentivar a busca por soluções em âmbito local, com a participação de atores inseridos na mesma realidade das carências infanto-juvenis.

O conceito de municipalização, portanto, não significa somente a participação dos políticos e servidores públicos municipais. Antes, vislumbra um poder mediador que engloba todo o poder local. A União e os Estados, a seu turno, participam desse atendimento por meio, principalmente, do repasse de recursos financeiros aos municípios para a implementação de políticas públicas locais, bem como mediante a formulação de planos de ação integrados em âmbito regional e nacional (STEIN, 1997; SOUZA, 2010:179).

A segunda forma de descentralização corresponde à articulação do Estado com a sociedade na operacionalização da política para a infância e adolescência mediante a criação, nas esferas municipais, estaduais e federais, dos Conselhos de Direitos e dos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente (FIA) por eles geridos (ECA, artigo 88, II, III e IV), bem como de Conselhos Tutelares (ECA, artigo 88, VI).

Os conselhos constituem-se espaços estratégicos de participação coletiva e de criação de novas relações políticas entre governo e cidadãos. Sua existência

em diferentes instâncias visa a fortalecer e descentralizar a participação da população na construção de uma esfera pública democrática (SOUZA, 2010:182-183).

Nesse sentido, os Conselhos de Direitos, paritários em sua composição, tem a função de formular políticas sociais na área da infância e da juventude, bem como de gerir os fundos da criança e do adolescente. Os Conselhos Tutelares, por sua vez, compostos por cinco membros escolhidos pela comunidade local de acordo com lei municipal, detém poderes para determinar procedimentos a serem executados pelas entidades governamentais, não governamentais, pais ou responsáveis, Estado ou sociedade, e requisitar serviços, ou seja, o conjunto de suas funções importa em um grande papel fiscalizador (FALEIROS, 2011:81; MENDES, 2010:247-248).

Conjuntamente com os Conselhos Tutelares, ao Ministério Público e à Justiça da Infância e da Juventude foram atribuídos os deveres de fiscalizar as entidades governamentais e não-governamentais responsáveis pela manutenção de unidades, planejamento e execução de programa de proteção e socioeducativos destinados a crianças e adolescentes (ECA, artigos 90 e 95).

O financiamento da proteção à criança e ao adolescente, seu controle e participação social

O financiamento do atendimento à criança e ao adolescente se trata de importante fator para a efetivação das políticas formuladas para a proteção desse grupo populacional, já que todas as ações estatais envolvem gasto público de recursos limitados (BARCELLOS, 2008:177). Em relação a isso, o já mencionado artigo 4º. do ECA estabelece na alínea “d” do seu parágrafo único que deve haver a destinação privilegiada de recursos públicos para o setor da infância e da adolescência.

Para garantir concretude a essa determinação, o artigo 88, VI do estatuto determina a manutenção de fundos – os Fundos para a Infância e Adolescência (FIA), regulamentados em âmbito nacional pela Resolução nº 137/2010 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). Fundo, enquanto conceito derivado da noção de orçamento público, corresponde à reunião de receitas afetadas e dirigidas para determinadas finalidades (NUNES, 2008:210). No caso dos FIA, seu

escopo é concentrar recursos para ações voltadas ao efetivo atendimento da criança e do adolescente, devendo, portanto, serem geridos pelos conselhos de direitos.

De acordo com o artigo 10 da Resolução CONANDA nº 137/2010, integram a receita do FIA: (i) recursos públicos que lhe forem destinados, consignados no Orçamento da União, estados e municípios; (ii) doações de pessoas físicas e jurídicas; (iii) destinações de receitas dedutíveis do Imposto de Renda; (iv) contribuições de governos estrangeiros e de organismos internacionais multilaterais; (v) o resultado de aplicações no mercado financeiro, observada a legislação pertinente; e, por fim, (vi) recursos provenientes de multas, concurso de prognósticos, dentre outros. A lei criadora dos Fundos poderá prever outras fontes de recursos.

Para além dos fundos, em geral, os orçamentos locais contam com ações específicas destinadas às crianças e adolescentes, registradas nas Leis Orçamentárias Anuais, destinadas majoritariamente às áreas de saúde, educação e assistência social, inclusive para a manutenção e funcionamentos dos Conselhos de Direitos e Tutelares (ALMEIDA, 2010:17).

As entidades públicas ou privadas recipientes dessas verbas especificamente direcionadas devem apresentar seus planos de aplicação e prestações de contas ao estado ou município que realizou a dotação orçamentária (ECA, artigo 96).

Com a intenção de monitorar os recursos aplicados nas políticas para a infância e adolescência, em 1995 foi constituído no Brasil o Grupo Executivo do Pacto pela Infância. Além disso, foi desenvolvida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e pela Fundação de Assistência ao Estudante (FAE), com o apoio do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), proposta metodológica para ampliar a transparência e controle social dos gastos nesse setor, o Orçamento Criança e Adolescente (OCA). A partir dessa proposta, é possível identificar as ações e respectivos recursos orçamentários do governo federal destinados a garantir a sobrevivência, o desenvolvimento e a integridade de crianças e adolescentes (ALMEIDA, 2010:18).

Uma revisão do Orçamento Criança conduzida pela Fundação Abrinq pelos direitos da Criança e do Adolescente, pelo Instituto de Estudos

Socioeconômicos (INESC), e pelo UNICEF, o Projeto de Olho no Orçamento Criança (POC), estendeu o método para controlar gastos nas esferas estaduais e municipais. Esse novo projeto tem também por finalidade dar visibilidade à execução das ações voltadas para a infância e adolescência e oferecer subsídios para a formulação de estratégias de fortalecimento do sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente e da implementação de políticas públicas no setor (ABRINQ, INESC, UNICEF, 2005).

Nota-se, por fim, que a atuação do Judiciário, do Ministério Público e das Defensorias tem sido cada vez mais marcantes no controle da garantia da proteção da infância e adolescência, influenciando na alocação de recursos locais pela Administração Pública. Isso pode ser verificado pelo aumento do número de ações judiciais que requerem, individualmente, em face do Poder Público, o fornecimento de medicamentos indispensáveis à vida da criança ou do adolescente, a disponibilização de leitos hospitalares, vagas em creches, transporte escolar (CORADINI, SILVEIRA, 2010: 61; VICTOR, 2011; CORRÊA, 2014).

Desafios remanescentes na organização da proteção da criança e do adolescente no Brasil

Apesar do complexo sistema previsto no ordenamento jurídico nacional para a garantia de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, algumas dificuldades são observadas em sua implementação e, sobretudo, no controle de seu funcionamento. Na sequência, são elencados de forma não exaustiva alguns dos desafios remanescentes.

Sentidos da proteção integral: como definir o melhor interesse da criança?

Como entende Emilio García Méndez (2006: 15-20), a crise da garantia dos direitos da infância e da adolescência não se relaciona apenas à sua implementação, sendo também uma questão de interpretação. Passados mais de vinte anos da aprovação do ECA, sua colocação em prática ainda está relacionada a práticas institucionais costumeiras de caráter tutelar e discricionário, as quais, por detrás de uma aparência progressista, veiculam orientações controladoras e punitivistas.

Nesse sentido, estudos empíricos recentes, em análise de discursos constantes de decisões de tribunais dos estados e superiores em casos envolvendo adolescentes em conflito com a lei, verificaram a utilização da expressão “proteção integral” como elemento para justificar técnicas de controle, inclusive para motivar a determinação de reclusão em unidades de internação (MINAHIM, SPOSATO, 2011). Em decisões do Supremo Tribunal Federal sobre imposição de medidas socioeducativas, proferidas entre 2007-2012, foi constatada a preferência pela adoção de modelos de responsabilização prejudicial ao desenvolvimento da personalidade do adolescente, não obstante a excepcionalidade da medida de internação prevista pelo ECA (FIGUEIREDO, 2013).

É possível considerar que ao menos parte desse problema esteja associado a uma percepção hierarquizada sobre a relação adulto-criança, caracterizada por relações de dominação e controle entre os grupos etários nas quais prevalece uma suposição de que crianças sejam incapazes de falar por si próprias sem mediação (LEE, 2010:43-46). Tal compreensão leva a atitudes paternalistas e excludentes em relação às crianças e adolescentes, que permanecem marginalizados da possibilidade de participação ativa na vida coletiva social e política de suas comunidades (SARMENTO, FERNANDES, TOMÁS, 2007:184), não obstante esse direito lhes seja garantido em instrumentos internacionais e nacionais¹⁴.

Com isso, a expressão da própria criança e do adolescente acerca de quais entendam ser seus principais interesses em determinados assuntos públicos ou privados acaba sendo ignorada. Isso, por sua vez, faz com que a decisão sobre o conteúdo da proteção integral e o significado do melhor interesse da criança conte com um déficit democrático (BARATTA, 2001) e seja balizado apenas pela compreensão de indivíduos adultos sobre quais sejam suas necessidades e prioridades. Como lembra Nick Lee (2010:47),

14. Na CNUDC, o direito infanto-juvenil à participação política está previsto nos seguintes dispositivos: direito das crianças (e adolescentes) à livre expressão e direito de terem suas opiniões respeitadas (artigos 12 e 13); direito à associação (artigo 15); direito à liberdade de pensamento e à escolha da religião (artigo 14). No ECA, por sua vez, é prevista a participação da criança e do adolescente na vida familiar e comunitária, sem discriminação (artigo 16, V); a participação da vida política, dentro dos limites legais (artigo 16, VI); bem como a organização e participação em entidades estudantis (artigo 53, IV).

entretanto, são evidentes as limitações dos adultos e de suas instituições para lidarem com problemas relacionados à infância e adolescência, sobretudo se considerado o número de abusos e violações cometidas por adultos e pelo próprio Estado contra essa população.

No âmbito interno, a recém-aprovada Lei nº 13.257/2016, Marco Legal da Primeira Infância (MLPI), trouxe inovações normativas nesse sentido, ao dispor sobre o direito de participação de crianças entre zero e seis anos. Consoante a nova lei, as políticas públicas voltadas ao atendimento da primeira infância devem “incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento” (artigo 4º, II). Para tanto, determina que os processos de escuta devem ser conduzidos por profissionais qualificados, bem como serem adequados às diferentes formas de expressão infantil e em consonância com as especificidades de cada idade (artigo 4º, parágrafo único).

Mesmo que restrita apenas a um pequeno grupo etário, a proposta pode ser estendida nos processos de participação de todas as crianças e adolescentes, como forma de dar cumprimento ao artigo 12 da CNUDC, o qual dispõem que os Estados signatários da convenção devem assegurar que a criança seja “ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional”.

Limites práticos à atuação dos Conselhos de Direitos e Tutelares

Não obstante o modelo adotado para a gestão do atendimento à criança e ao adolescente ter sido erigido com base nas importantes noções de descentralização, participação e corresponsabilidade na tomada de decisões, financiamento e fiscalização das medidas adotadas, deve se destacar o perigo do clientelismo nesse formato organizacional (FALEIROS, 2010:83).

Nesse sentido, o uso do público pelo privado e a captura dos conselhos por prefeitos e políticos é um risco real em um Estado periférico como o brasileiro, no qual os subsistemas de conversão de decisões políticas em normas jurídicas (LUHMANN, 2005) sofrem sempre imposições particularistas, submetendo as operações do direito e de seu controle às

vontade de órgãos políticos que não respeitam procedimentos democráticos em seu funcionamento (NEVES, 2011:173-174).

Ademais, estudos sobre as práticas dos conselhos, nas diversas políticas sociais e nos vários níveis governamentais, tem apontados para outras ameaças a seu correto funcionamento, como o da burocratização e o da rotinização de seus procedimentos. Em muitos casos, a centralização do poder nas mãos do executivo, o clientelismo e o paternalismo – características principalmente das pequenas cidades, das áreas rurais e das áreas menos industrializadas do interior do país – acaba por fragilizar a autonomia dos conselhos em virtude das condições de interferência, neutralizando as ações e decisões do colegiado (CORTES, 1998; SOUZA, 2010).

Monitoramento e controle do financiamento

Por fim, faz-se necessário mencionar algumas das dificuldades que surgem no trabalho de monitoramento social da destinação orçamentária à proteção da criança e do adolescente, mesmo com a utilização do método previsto pelo OCA. A primeira delas vem do fato de que a Constituição Federal e as principais leis que constituem o orçamento público (Lei nº 4.320/1964 e Lei Complementar nº 101/2000) levam à classificação e ao registro das despesas do Poder Público por unidades administrativas (ministérios, secretarias, departamentos etc.), funções de Estado (administração, saúde, educação etc.), programas e ações (projetos, atividades e operações especiais) e natureza de despesas. Essa classificação, todavia, se presta à contabilidade dos gastos públicos, sem explicitar a destinação dos recursos por setores sociais. A leitura sob a perspectiva da implementação de políticas públicas das despesas programadas tampouco é favorecida (ABRINQ, INESC, UNICEF, 2005).

Outra dificuldade decorre da própria natureza da proteção integral à criança e ao adolescente, cujos gastos não estão concentrados em apenas um setor. Como já foi exposto, as políticas públicas que garantem a exequibilidade da política de atendimento não são somente as especiais e socioeducativas, nas quais ficam evidenciados a criança e o adolescente como únicos destinatários diretos dos investimentos. Antes, compreendem também políticas básicas difusas nas áreas de saúde, educação, habitação, cultura, lazer etc.. Desse modo, é mais fácil visualizar o direcionamento de recursos para a proteção

da criança quando se fala em alocação de recursos na construção de uma creche ou de uma instituição de acolhimento, por exemplo. Todavia, o direcionamento orçamentário para a construção de moradias populares ou o investimento em saneamento básico são igualmente políticas que servem à proteção da infância e a adolescência, embora de maneira não exclusiva. Com isso, é difícil precisar quais de fato tem sido as fontes de recurso relevantes à proteção de crianças e adolescentes e quais seus impactos.

Considerações finais

O trabalho parte da percepção de que tão importante quanto discutir medidas de enfrentamento às causas endógenas da evasão e do abandono escolar é enfrentar e combater suas causas exógenas. Entende-se que, a garantia do direito à educação de crianças e adolescentes depende não apenas de aprimorar as estruturas das instituições educacionais brasileiras, mas também de garantir que tenham condições físicas, psicológicas e socioeconômicas para estarem matriculadas em escolas e permanecerem nelas até o final do ano letivo.

Desse modo, é relevante compreender as diretrizes que conformam o complexo sistema de garantias e atendimento da criança e do adolescente no Brasil, com suas potencialidades e vicissitudes. Entende-se que levantamentos e análises quantitativas e qualitativas sobre essas questões seriam de cruciais para o alcance da universalização do acesso à educação básica brasileira e, assim, não podem ser ignoradas em uma agenda política interna que tenha em vista o atingimento das metas do PNE/2014.

Além disso, é válido lembrar que, normativamente, a Constituição Federal brasileira de 1988 e a lei de diretrizes e bases da educação nacional (Lei nº 9.394/1996 – LDB) dispõem que a educação corresponde a todo processo de formação necessário ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania, bem como sua qualificação profissional. Tais processos, formais ou informais, públicos ou privados, ocorrem continuamente nos diversos espaços convivência humana, como no âmbito familiar, nas relações interpessoais, no espaço de trabalho, nas instituições de ensino, dentro de movimentos sociais e de organizações da sociedade civil, bem como no contexto de diferentes manifestações coletivas (RANIERI,

2013:74-75). Dessa forma, averiguar as atuais possibilidades e deficiências do sistema nacional destinado a garantir que todos os espaços sejam seguros e adequados ao desenvolvimento integral da criança e do adolescente é por si só uma forma de promover seu direito a acessar a educação também fora da escola.

Com isso em vista, o trabalho buscou expor os principais marcos internacionais e nacionais que se constituem a base principiológica e normativa da garantia dos direitos infanto-juvenis (1); os sentidos dos princípios que devem nortear a elaboração e implementação das políticas para a infância e adolescência (2); e as principais diretrizes para a consolidação do sistema nacional de atendimento à criança e ao adolescente, bem como para o financiamento e fiscalização das políticas voltadas a esse setor populacional (3). Por fim, foram discutidas de maneira propedêutica algumas dificuldades que tem sido encontradas na efetivação do ECA, como a definição do que seja o melhor interesse da criança e conseqüentemente do sentido de sua proteção integral; a captura dos conselhos de direito e tutelares por órgãos políticos e entidades privadas; e as dificuldades de monitoramento dos recursos investidos na infância e adolescência (4).

Referências bibliográficas

ABRAHAMSON, Peter. Welfare pluralism: towards a new consensus for european social policy? In: *The mixed economy of welfare*. Leicestershire, Great Britain: Cross National Research Papers, 1992.

ABRAMOVAY, Miriam *et. al.* *Juventude, violência e vulnerabilidade social na América Latina: desafios para políticas públicas*. Brasília: UNESCO, 2002.

ABRINQ; INESC; UNICEF. *De olho no orçamento criança*. 2005. Disponível em: <<<http://www12.senado.gov.br/orcamento/documentos/programas-sociais/tematicocrianca/2012/elaboracao/430-caderno-apurando-o-orcamento-crianca-pdf>>>. Acesso em 23.jun.2013.

ALBUQUERQUE, Catarina de. O princípio do superior interesse da criança. In: MONTEIRO, A. Reis *et al.* *Direitos das crianças*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2004.

ALMEIDA, Riezo Silva. *Orçamento Criança e adolescente: a experiência do Distrito Federal*. 63 p. Dissertação (Mestrado). Brasília: Universidade de Brasília, 2010.

BAARS, Renata. Levantamento sobre crianças em situação de risco no Brasil. *Estudo. Câmara dos Deputados, jul. 2009*.

BARATTA, Alessandro. Infância e democracia. In: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELOFF, Mary (org.) *Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da convenção internacional sobre os direitos da criança (1990-1998)*. Trad. Eliete Ávila Wolff. v. 1. Blumenau: Edifurb, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. O interesse superior da criança no marco da convenção internacional sobre os direitos da criança. In: GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; BELOFF, Mary (org.) *Infância, lei e democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da convenção internacional sobre os direitos da criança (1990-1998)*. Trad. Eliete Ávila Wolff. v. 1. Blumenau: Edifurb, 2011.

CORADINI, Bruna Vieira; SILVEIRA, Anarita Araújo da. (Des) Judicialização das demandas de crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social: em busca da concretização de direitos infanto-juvenis. In: PES, João Hélio Ferreira. *Direitos humanos: crianças e adolescentes*. Curitiba: Juruá, 2010.

CORRÊA, Luiza Andrade. *A judicialização da política pública de educação infantil no Tribunal de Justiça de São Paulo*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2014.

- CORTES, Soraya Maria Vargas. Conselhos municipais de saúde: a possibilidade dos usuários participarem e os determinantes da participação. *Revista ciência e saúde coletiva*, n. 3. Rio de Janeiro: ABRASCO, 1998.
- DRAIBE, Sônia Miriam. O Welfare State no Brasil: características e perspectivas. *Caderno de pesquisa do Núcleo de Estudos de Políticas Públicas*, UNICAMP, Campinas, n. 8, 1993.
- ESPING-ANDERSEN, Gosta. Igualdad o empleo? La interacción de salarions, Estado de Bienestar y cambio familiar. In: VVAA. *Dilemas del Estado de Bienestar*. Madrid: Fundación Argentaria, 1996.
- FALEIROS, Vicente de Paula. Infância e processo político no Brasil. In: RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco (org.). *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. Prefácio. In: MÉNDEZ, Emilio García; BELOFF, Mary (org.). *Infância, Lei e Democracia na América Latina: análise crítica do panorama legislativo no marco da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1990-1998)*. Trad. Eliete Ávila Wolff. v.1. Blumenau: Editora da FURB, 2001.
- FIGUEIREDO, Camila Salles. *O problema da responsabilidade do menor: a verificação das medidas socioeducativas no período de 2007 a 2012 no Supremo Tribunal Federal*. Relatório de pesquisa financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo. Franca/SP, 2013.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. LuizRepa. São Paulo: Editora34 ltda., 2003.
- IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais de 2013: uma análise das condições de vida da população brasileira*. IBGE: Brasília, 2014.
- JENKINS, William I. Policy and policy analysis: models and approaches. In: MIYAKAWA, Tadao (ed). *The science of public policy: essential readings in policy sciences II*. v. 5. New York: Routledge, 2000.
- JOHNSON, Norman. *El Estado del Bienestar em transición: la teoría y la práctica del pluralismo de bienestar*. Madrid: Ministerio de Trabajo y seguridad Social, 1990.

KOWARICK, Lúcio. *Viver em risco: sobre a vulnerabilidade socioeconômica e civil*. São Paulo: Editora 34 Ltda., 2009.

LEE, Nick. Vozes das crianças, tomada de decisão e mudança. Trad. José Carlos Cruz Filho e Nathalia Vargas de Almeida. In: MÜLLER, Fernanda (Org.). *Infância em perspectiva: políticas, pesquisas e instituições*. São Paulo: Cortez, 2010.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrete. 2. ed. Ciudad de Mexico: Herder; UniversidadIberoamericana, 2005.

MENDES, Alessandra Gomes; MATOS, Maurílio Castro de. Uma agenda para os conselhos tutelares. In: SALES, MioneApolinario; MATOS, Maurício Castro de; LEAL, Maria Cristina. *Política social, família e juventude: uma questão de direitos*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

MÉNDEZ, Emilio García. Evoluciónhistoricadelderecho de lainfancia: ¿Por que una historia de losderechos de lainfancia? In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (org.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006.

MINAHIM, Maria Auxiliadora; SPOSATO, Karyna Batista. A internação de adolescentes pela lente dos tribunais. *Revista Direito GV*, v.7, n.1, p. 277-298, jun. 2011.

MISHRA, Ramesh. *O Estado-providência na sociedade capitalista*. Oeiras/Portugal: Celta, 1995.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A proteção da criança no cenário internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NUNES, Cleucio Santos. Dos fundos especiais. In: CONTI, José Maurício (coord.). *Orçamentos públicos: a Lei n. 4.320/1964 comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

O'DONNELL, Daniel. *A convenção sobre os direitos da criança: estrutura e conteúdo*. 1990. Disponível em: <http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/Publicacoes/A_Conven_Dir_Crian_1989.pdf> . Acesso em 22.jun.2013.

PELISSARI, Lucas Barbosa. *O fetiche da tecnologia e o abandono escolar na visão de jovens que procuram a educação profissional técnica de nível médio*. 2012. 225 p. Dissertação (Mestrado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O princípio do melhor interesse da criança: da teoria à prática*. 2008. Disponível em: << http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf>>. Acesso em 22.jun.2013.

PEREIRA-PEREIRA, PotyaraAmazonéida. Mudanças estruturais, política social e papel da família: crítica ao pluralismo de bem-estar. In: SALES, MioneApolinario; MATOS, Maurício Castro de; LEAL, Maria Cristina. *Política social, família e juventude: uma questão de direitos*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

PERES, Maria Fernanda Tourinho; CARDIA, Nancy; SANTOS, Patrícia Carla dos. *Homicídios de crianças e jovens no Brasil: 1980-2002*. São Paulo: NEV/USP, 2006, p. 215-216. Disponível em: <<http://novo.nevusp.org/wp-content/uploads/2015/01/down095.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

QVORTRUP, Jens. Nove teses sobre a “infância como um fenômeno social”. Trad. Maria Letícia Nascimento. *Pro-Posições*, Campinas, v. 22, n. 1 (64), p. 199-211, jan./abr. 2011.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: ABMP; TODOS PELA EDUCAÇÃO. *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIZZINI, Irene. Crianças e menores – do Pátrio Poder ao Pátrio Dever: um histórico da legislação para a infância no Brasil. In: RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco (org.). *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARMENTO, Manuel J., FERNANDES, Natália; TOMÁS, Catarina. Políticas públicas e participação infantil. *Educação, Sociedade & Culturas*, n. 25, 2007, p. 183-206. Disponível em: <<http://www.fpce.up.pt/ciie/revistaesc/ESC25/ManuelJacintoSarmiento.pdf>>. Acesso em: 1 dez.2013.

SEDH. *Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei*. Disponível em: < http://www.mj.gov.br/sedh/ct/Noticias_Anexos/apresenta%C3%A7%C3%A3o%20do%20levantamento%20consolidado.doc>. Acesso em: 8 ago. 2013.

SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge, Massachusetts; London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Rodriane de Oliveira. Participação social e controle social. In: SALES, MioneApolinario; MATOS, Maurício Castro de; LEAL, Maria Cristina. *Política social, família e juventude: uma questão de direitos*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

STEIN, Rosa Helena. A descentralização como instrumento de ação política e suas controvérsias: revisão técnico-conceitual. *Serviço social & sociedade*, n. 54. São Paulo: Cortez, 1997.

UNICEF. *Acesso, permanência, aprendizagem e conclusão da Educação Básica na idade certa – Direito de todas e de cada uma das crianças e dos adolescentes*. Brasília: UNICEF, 2012.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de políticas públicas para a educação infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Crianças encarceradas: a proteção integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

WAISELFISZ, JulioJacobo. *Mapa da violência 2012: crianças e adolescentes no Brasil*. Rio de Janeiro: Flacso, 2012. Disponível em: << http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/MapaViolencia2012_Crianças_e_Adolescentes.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2016.

Do ativismo judicial na formação de políticas públicas: a falta de vagas em creches

Danilo Valdir Vieira Rossi

Doutor em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Introdução

A influência das decisões judiciais sobre a formação de políticas públicas é tema de crescente interesse e notoriedade, sobretudo nos dias atuais, no qual ocorre uma maior democratização do acesso ao Poder Judiciário, ocasionando a criação do chamado ativismo judicial (BARROSO, 2013).

Existem correntes doutrinárias que defendem a sindicabilidade dos atos administrativos, através do qual o Poder Judiciário poderia ser chamado a se pronunciar e decidir sobre a oportunidade, conveniência, necessidade, entre outros aspectos, relativamente a implementação, criação ou alteração de determinada política pública realizada pelos poderes executivo e legislativo.¹

Nada obstante, o presente trabalho não pretende discutir a juridicidade de tais atos. Pretendemos, por outro lado, discutir e problematizar a influência desse tipo de decisão judicial sobre o comportamento dos demais poderes na elaboração de políticas públicas, em especial às relacionadas à temática gênero e raça. Tomaremos como paradigma as decisões judiciais que determinam ao poder público a matrícula de crianças em creches e pré-escolas públicas, tendo em vista a recorrente recusa do poder estatal em recebê-las, mediante a justificativa da falta de vagas².

-
1. Nas palavras de Barcellos (2002: 237), “na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais”.
 2. Segundo dados da Secretaria de Educação, 127,4 mil crianças esperam por vagas em creches em São Paulo. Disponível em <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/09/09/com-divida-de-r-200-mi-prefeitura-de-sp-quer-trocar-precatório-por-creche.htm>>, acesso em 15/12/13.

Como sabido, a procura por essas vagas se dá, sobretudo, em grande parte por mulheres que precisam trabalhar para sustentar suas famílias, e que possuem baixa renda, o que, na realidade brasileira, reflete a situação de grande parte das mulheres negras. A matrícula dessas crianças representa um duplo aspecto de suma relevância para essas famílias: possibilita a emancipação tanto das mulheres, quanto das crianças, que podem desde logo serem educadas, bem como viver em uma família melhor estruturada economicamente, o que poderá propiciar um melhor desenvolvimento econômico-social para o núcleo familiar.

As decisões judiciais reconhecendo o direito de mulheres que pleiteavam vagas para seus filhos ultrapassam a casa dos milhares³, e dão efeito a um direito constitucionalmente consagrado, obrigando o Poder Executivo a tomar medidas visando à correção desse problema, cominando, inclusive, multas pelo seu descumprimento⁴. Desta forma, o papel do judiciário passa a ser de uma relevância que ultrapassa os limites de sua área de atuação, pois exerce influência na tomada de medidas pelos demais poderes, dado que a proteção a direitos individuais acaba por reconhecer direitos da coletividade, obrigando-os à elaborar políticas públicas que contemplem a sociedade como um todo no exercício de seus direitos constitucionais⁵.

Tais demandas judiciais são patrocinadas sobretudo pelas defensorias públicas e pelo ministério público, e tem ocasionado a assinatura de termos de ajustamento de conduta pelo Poder Executivo, o que corresponde, de fato, à elaboração forçosa de políticas públicas, senão vejamos o teor de recente notícia:

-
3. Nos primeiros seis meses de 2013, cerca de 12 mil crianças conseguiram vagas em creches após decisões judiciais. FOLHA DE SÃO PAULO, disponível em <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/09/09/com-divida-de-r-200-mi-prefeitura-de-sp-quer-trocar-precatório-por-creche.htm>>, acesso em 15/12/13.
 4. A Prefeitura de São Paulo possui uma dívida de aproximadamente R\$ 200 milhões em multas por não zerar a fila em creches, de acordo com a Procuradoria Geral do Município. Os números correspondem, em sua grande maioria, a ações civis públicas movidas pelo Ministério Público e dizem respeito a várias regiões da cidade. *Idem*.
 5. Na cidade de São Paulo, 12.071 crianças conseguiram suas vagas em creches públicas por meio de ordem judicial em 2013. O número representa um crescimento de 58% em relação a 2012, quando 7.632 vagas foram preenchidas por ordem judicial. *Idem*.

O Tribunal de Justiça condenou a Prefeitura de São Paulo a criar até 2016, fim da gestão Fernando Haddad (PT), 150 mil vagas em Educação infantil -105 mil em Creche de tempo integral (de 0 a 3 anos) e o restante em Pré-Escola (de 4 e 5 anos). Metade de todas essas vagas deve estar disponível em 18 meses – o que a Secretaria de Educação diz ser impossível de atender (TODOS PELA EDUCAÇÃO, 2013).

A relevância da discussão se mostra ao passo que o direito à educação é, dentre os direitos fundamentais, aquele que mais se destaca, por seu vulto e importância, sendo *conditio sine qua non* para o exercício dos demais. Elencado no texto constitucional, bem como em tratados internacionais com os quais o Estado brasileiro se comprometeu, constitui direito que o senso comum reconhece como básico e necessário. Através da educação é que se pode atingir a cidadania plena, seja pela possibilidade de participação política consciente, seja pela possibilidade de se levar uma vida digna, através dos ganhos de um trabalho qualificado, ou, ainda mas não menos importante, pelo conhecimento de direitos, evitando-se a submissão.⁶

Os direitos fundamentais, integrados por direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, mostram-se fragilizados diante da incapacidade de se prover a muitos o que há de mais básico. Direitos muitas vezes de aparência antagônica, posto que cuidam dos mais diversos aspectos da vida, mas que se revelam componentes de algo maior, e que só se realizam de forma efetiva quando todos presentes: os direitos fundamentais do homem. Não basta o direito à liberdade, por exemplo, quando inexistam os meios para a sua realização. Não existem direitos políticos plenos, quando inexistam meios para que o homem possa livremente determinar-se. No mister de Joaquim Carlos Salgado,

Aqui vislumbramos duas primeiras perspectivas em que podemos considerar os direitos fundamentais do homem: a dos chamados direitos individuais, cujo centro convergente é a liberdade, e a dos direitos sociais, cujo centro convergente é o trabalho, sem perder de vista que esses dois centros se integram

6. “Temos, desta forma, em sua caracterização como direito-dever fundamental, a ser recebido pelo aluno de forma obrigatória e gratuita, a dimensão do valor emprestado pela legislação pátria à educação. Ela é a base da formação do indivíduo, não apenas do ponto de vista institucional e instrucional, formando-o para o mundo do trabalho, mas também do ponto de vista de formação pessoal, enquanto indivíduo, dotado de particularidades, preparando-o para a vida em sociedade” (ROSSI). No prelo.

num movimento dialético em que a liberdade não pode ser pensada fora do contexto do trabalho, do social e do universal, nem o trabalho, separado do trabalhador particular que o executa, como ser livre. Daí o conceito de direitos da pessoa ou direitos humanos que, por sua vez, só encontram sua plena eficácia ou realidade na composição com os direitos políticos (SALGADO, 1996:18).

O art. 6º da Constituição enuncia os chamados direitos sociais, dizendo que são direitos sociais a educação, a saúde, 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.

Neste diapasão, o direito à educação insere-se no rol dos direitos fundamentais elencados pela Constituição da República de 1988, que a ele se refere extensivamente, conferindo-lhe, dada sua proeminência, aplicação imediata. Desta forma, e em seção própria, os artigos 205 a 214 da *magna carta* delinham desde princípios orientadores até regras específicas para sua execução. Assim, podemos afirmar que a educação representa o próprio direito a ter direitos, posto que somente quando deles conhecermos é que estaremos aptos a seu exercício. A denegação daquele direito, por sua vez, ocasiona, na grande maioria dos casos, a supressão de diversos outros a ele correlatos. O indivíduo que não se educa possui menores possibilidades no mercado de trabalho, e, conseqüentemente, menores chances de romper o ciclo da pobreza, sofrendo as conseqüentes privações dessa decorrentes, mormente a falta de acesso à moradia, saúde, alimentação, dentre outros direitos básicos.

A importância do direito à educação avulta-se a ponto de ser um exemplo categórico da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, sendo ele a base para o exercício de todos os outros direitos fundamentais. A sua implementação é condição inafastável para o exercício da cidadania e para o acesso aos demais direitos como a moradia, saúde e trabalho (UNESCO, 2008). O seu caráter multifacetado é delineado em preciosa passagem da Professora Nina Ranieri, ao declarar que a educação é direito fundamental social, é direito individual e também direito difuso e coletivo, de concepção regida pelo conceito da dignidade humana. É igualmente dever fundamental. Os seus titulares e os sujeitos passivos são, simultaneamente, uma coisa e outra (RANIERI, 2013:55).

Por outro lado, a realidade brasileira nos mostra um histórico de desigualdade social, com grande parte das riquezas nacionais pertencentes à poucas pessoas, enquanto grande parcela populacional sofre as agruras da penúria a que foram aquiridas. Nada obstante a diminuição do número de pessoas vivendo abaixo da linha da pobreza, e a melhora nos indicadores socioeconômicos, ainda é da ordem dos milhões aqueles que não gozam de condições mínimas para que tenham uma existência digna. Uma rápida observação cotidiana nos mostra uma sociedade que comporta dentro de seus espaços urbanos o melhor de dois mundos. De um lado, o mundo desenvolvido, no qual as pessoas possuem acesso à tecnologia de ponta, à bens de consumo, ao luxo e aos prazeres do mundo moderno. Por outro, no mesmo espaço, ou divididos por poucos metros, convivem pessoas excluídas das benesses materiais às quais aqueles primeiros possuem acesso. Vivem às margens, em regiões periféricas, que, como o próprio vocativo já diz, os colocam para fora.

A falta de mão-de-obra qualificada, bem como a ausência da cidadania consciente, são fatores que contribuem para o entrave no desenvolvimento econômico do país, sendo notória a problemática nos dias atuais, em que sobram vagas de trabalho que demandam formações especializadas. Assim sendo, chegamos a uma contradição, posto que, ainda que as necessidades econômicas induzam à necessidade de formação de uma população capacitada, bem como a capacitação profissional promova o desenvolvimento econômico, e a emancipação de uma parcela populacional que outrora se via sem direitos, o direito à educação de qualidade ainda não é tratado com a devida seriedade e importância pelo poder público.

O direito à educação assume tamanha relevância no contexto contemporâneo, que se constitui também como obrigação do próprio sujeito e de sua família, sendo obrigatória a frequência aos estabelecimentos de ensino. A prestação do direito à educação é, portanto, obrigação do Estado, assim como a obrigação individual de educar-se também se faz presente.

Ao tratarmos da questão da educação, ou da falha educação dos brasileiros, precisamos reconhecer que o problema assola sobretudo a parcela mais pobre da população, a qual não possui acesso à uma educação de qualidade. Devemos também reconhecer que tal problema atinge a maior

parte da população negra. Muitos e renomados autores se embatem acerca da questão da discriminação racial no Brasil. De um lado, existem aqueles a defender a teoria da miscigenação racial no Brasil, refutando a existência de qualquer preconceito racial, ao afirmar que pessoas de todas as etnias aqui se misturaram, formando um amálgama social. Por outro lado, também se fazem presentes aqueles que refutam aquela ideia, apontando, de diversas formas, a existência de uma situação de exclusão, marginalização e preconceito racial, e que passam a defender a implementação de ações afirmativas, e a promoção da defesa de grupos historicamente marginalizados.

De fato, a análise estatística ressalta a disparidade social brasileira, e mostra que a teoria da democracia racial, na qual inexistiria qualquer forma de segregação de raça em nossa sociedade, é um mito. As populações negras e indígenas estão, em sua maioria, nos mais baixos extratos sociais, sendo-lhes denegada uma vasta gama de direitos.

A desigualdade social se deve a fatores históricos, e sobre os quais, até os dias atuais, pouco se fez a respeito. À abolição da escravidão não se seguiu uma política de inserção e emancipação social da população negra. Foram libertos apenas no sentido literal, para poderem ir e vir, mas não o foram do ponto de vista humano, posto que relegados às periferias, em parcas condições de sobrevivência, analfabetos e enfermos, sobretudo moral e psicologicamente. Exemplo cotidiano são os chamados “rolezinhos” no qual jovens de periferia passam a frequentar, em grupos, centros comerciais de luxo, espaço no qual não se sentem confortáveis sozinhos, posto que não se sentem pertencentes a tais espaços, sentimento que se reforça pela repressão à sua presença.

A análise das estatísticas nos mostra que quanto mais baixas as classe sociais, piores são os indicadores de saúde, moradia, alimentação, expectativa e qualidade de vida, bem como são mais altas as taxas de desemprego, natalidade, incidência de enfermidades típicas de Estados subdesenvolvidas, e que a população negra se encontra em sua maioria nessa condição.

Diante da realidade fática, impõem-se a necessidade da adoção de políticas públicas específicas para o contingenciamento desses problemas. Faz-se necessária a implementação de medidas que promovam a quebra do ciclo secular de pobreza e exclusão, que mantém essas pessoas, por gerações, em subempregos, sem educação, saúde ou moradia dignas.

Nesse sentido, o trabalho não constitui entretenimento, mas uma necessidade premente para os mais pobres, posto que sua subsistência é dele dependente. Dessa forma, a necessidade de colocar os filhos pequenos na pré-escola não é somente uma questão educacional, mas de sobrevivência. Essa lógica se agrava ao considerarmos que significativa parte das famílias é composta apenas pela mãe e filhos, sem que haja qualquer auxílio por parte do pai. Ora, a necessidade dessas mães, chefes de família, em matricular seus filhos na pré-escola, é indiscutível e premente para que se reduzam as desigualdades sociais históricas.

Nada obstante seja um direito essencial e constitucional, as vagas em creches públicas não são em número tal que satisfaçam a demanda. Na ocorrência do cerceamento do acesso às creches, a solução frequentemente adotada é a da judicialização do problema, para que venha o judiciário se manifestar acerca da suposta ilegalidade cometida pelo poder público.⁷ Em se tratando de causas individuais, ou de um grupo de pessoas determinadas, a solução adotada pelos tribunais tem sido no sentido de se resguardar os direitos individuais, e determinar a matrícula imediata dos alunos na rede pública. Por outro lado, ao tratar do direito coletivo de todas as crianças, nascidas ou que venham a nascer, em serem matriculadas, a jurisprudência tem corrido no sentido oposto, alegando tratar-se de matéria a ser decidida pelo poder competente, através da criação de políticas públicas correlatas.

O presente trabalho pretende analisar como a recorrente proposição de demandas judiciais para a determinação do acesso à creches, com a maior parte dos resultados favoráveis aos demandantes, tem contribuído para a elaboração de políticas públicas que venham a mitigar o problema de uma forma universal, gerando um ganho na qualidade de vida das famílias mais pobres, conjunto no qual as mulheres negras ganham especial relevância.

7. A judicialização do problema de creches na capital tem sido a forma encontrada por pais para garantir uma vaga para seus filhos. Segundo a Defensoria Pública, cerca de 60 pais são atendidos diariamente com essa demanda. FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em <<<http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/12/16/prefeitura-de-sp-e-condenada-a-abrir-150-mil-vagas-na-educacao-infantil.htm>>>. Acesso em 1/2/14.

Ativismo judicial

A temática desenvolvida trata de problema relativamente novo, mas de relevante importância para o contexto político e social atual. O papel do Poder Judiciário na criação de políticas públicas tem adquirido maior destaque à medida que o acesso à justiça tem crescido, com o fortalecimento de instituições como o ministério público, que trabalha em grande parte na defesa dos interesses coletivos, bem como da defensoria pública, que promove sobretudo a defesa dos interesses individuais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira (BARROSO, 2013).

A criação e implementação de políticas públicas, via de regra, é atividade que compete aos Poderes Executivo e Legislativo, em todos os âmbitos federativos, quais sejam, municipal, estadual e federal. Ao Poder Judiciário, segundo a doutrina dominante, não caberia a mesma função, restando, tão somente, e quando provocado, a verificação da validade formal dos atos realizados pelos demais poderes. Desta forma, não se permitiria ao juiz emitir juízo de valor quanto à oportunidade, conveniência, necessidade de determinada política, função essa reservada ao administrador público. O contrário disso seria o ativismo judicial, o qual, segundo José Afonso da Silva, se caracteriza por um modo pró-ativo de interpretação constitucional pelo Poder Judiciário, de modo que, não raro, os magistrados, na solução de controvérsias, vão além do caso concreto em julgamento e criam novas construções constitucionais (SILVA, 2013).

O ativismo judicial é fenômeno que tem obtido especial destaque nas últimas décadas, gerando ruzgas entre os poderes constituídos e levantando grande debate na mídia. Nesse sentido a lição de Luís Roberto Barroso, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira. O ano de 2008 não foi diferente. A centralidade da Corte – e, de certa forma, do Judiciário como um todo – na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado

aplausos e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa. O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade (BARROSO, 2013).

Muitos se referem ao ativismo judicial como a judicialização da política⁸, alegando que o Poder Judiciário estaria se arvorando de competências que não dele próprias, gerando um desequilíbrio na teoria dos poderes tripartidos, proposta por Montesquieu no século XVIII. Nas palavras de Barroso, judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (BARROSO, 2013).

No mesmo sentido, Castro afirma que a judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo mostra-se falhos, insuficientes ou insatisfatórios. Sob tais condições, ocorre certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse político”, sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma “política de direitos” (CASTRO, 1997:27).

Segundo a teoria da separação dos poderes de Montesquieu, também conhecida como teoria dos freios e contrapesos, descrita na obra “o espírito das leis”, os poderes seriam divididos em executivo, legislativo e judiciário (DALLARI, 2006:220). Cada um deles teria funções típicas, ainda que, de forma subsidiária, exerçam outras funções, como, por exemplo, a edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo, os julgamentos realizados pelo Poder Legislativo ou a elaboração de projetos de lei pelo judiciário.

Uma vez definidos os poderes constituídos e as suas atividades próprias, bem como as complementares, haveria entre eles harmonia, minimizando-se as disputas para que um tivesse mais importância ou relevo que o outro. Em tal teoria, a realização da atividade jurisdicional não se revestiria de um caráter

8. Barroso (2013: 2) sobre a “fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo”.

político, mas meramente técnico. Nas palavras de Barroso, de acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito (BARROSO, 2013:11).

Nada obstante, dado o caráter garantista de nossa magna carta, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas (BARROSO, 2013).

De fato, o Judiciário é visto como a última instância de resguardo de direitos, sendo chamada por Cunha de *“última trincheira de defesa dos direitos fundamentais”* (CUNHA JR., 2008:227), *quando os demais poderes deixaram de promovê-los.*

Nada obstante a aura de defensor de direitos, há autores que criticam o legislador originário por ter supostamente criado um super poder: o Poder Judiciário. Isso porque a nossa constituição, ao elegê-lo como guardião de seus fundamentos e princípios, permitiu que, através de exegeses mais garantistas do espírito da lei fundamental, fosse dado aos magistrados não apenas a possibilidade de julgar a correção formal de atos executivos e legislativos, mas também de adentrar na questão material, julgando, portanto, características tipicamente administrativas como conveniência e oportunidade. Desta forma, estaria o Estado a ser administrado por

magistrados, podendo, por exemplo, o juiz, declarar que o dispêndio de exorbitantes somas, sangradas dos cofres públicos, para a construção de estádios de futebol, a recuperação de bancos ou o pagamentos de juros, etc., afrontariam princípios constitucionais, sobretudo em um país no qual carecem direitos básicos, como saúde e moradia⁹. Dworkin (1999:451) é um dos doutrinadores que se coloca contrário ao ativismo judicial, afirmando que

[...] Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

No mesmo sentido, Streck afirma que os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. (...) Tudo se judicializa. Na ponta final, ao invés de se mobilizar e buscar seus direitos por outras vias (organização, pressões políticas, etc.), o cidadão vai direto ao Judiciário, que se transforma em um grande guichê de reclamações da sociedade. Ora, democracia não é apenas direito de reclamar judicialmente alguma coisa. Por isso é que cresce a necessidade de se controlar a decisão dos juízes e tribunais, para evitar que estes substituam o legislador. E nisso se inclui o STF, que não é – e não deve ser – um superpoder (STRECK, 2009).

9. “É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (Informativo/STF nº 345/2004) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.” MELLO, Celso de. STF. Agravo Regimental nº 47.

O controle judicial do mérito dos atos administrativos é rechaçado por grande parte dos doutrinadores, posto que representaria um abalo na isonomia dos poderes, e não encontra significativa guarida na jurisprudência pátria. Nada obstante, o ativismo judicial pode se exteriorizar de outras formas, por assim dizer, menos agressivas à harmonia dos poderes. Como exemplo, podemos citar as ações de descumprimento de preceitos fundamentais, bem como as de inconstitucionalidade por omissão. Ora, nessas ações, cabendo fundamento às razões de pedir da parte autora, deverá o magistrado, na solução da controvérsia, demandar do poder público uma ação para que se retome a ordem de direito.

Novamente temos grande controvérsia na questão, mas dessa vez de ordem inversa, da falta de coercibilidade das determinações judiciais em tais lides, posto que, via de regra, as decisões judiciais desse tipo apenas apontavam ao Poder Executivo ou ao Poder Legislativo a existência da inconstitucionalidade ou do descumprimento de preceito, sem, com isso, determinar prazo para que fossem sanados, bem como a responsabilização para seu inadimplemento, ou outro meio para seu adimplemento. Como sabido, as leis se cumprem na força espada, e, inexistente a coercibilidade, inócuas se tornam grande parte das decisões.

Este é o ponto central da discussão atual sobre ativismo judicial, no qual procura-se encontrar um ponto de equilíbrio entre os poderes, posto que é demandado do Poder Judiciário uma posição mais garantista em relação aos direitos fundamentais, determinando que os demais poderes realizem seu mister de forma a adimplir os mandamentos do texto constitucional, vez que, após vinte e cinco anos de sua promulgação, persistem como letra morta diversos direitos nele delineados, como o direito à moradia, saneamento, educação, saúde, etc.

O judiciário e a criação de políticas públicas

Nada obstante o Poder Judiciário ainda se mostre tímido quanto aos limites de sua atuação perante os outros poderes, deixando de ordenar coercitivamente a eles que exerçam suas funções constitucionais, a sua atuação reiterada em determinadas matérias acaba por provocá-los, fazendo com que, de forma indireta, se resolva o problema *in casu* de forma ampla

e geral, para além dos casos individuais. Valle nos ensina que o limite entre ativismo judicial e o mero exercício da jurisdição pode ser ténue, afirmando que

[...] o parâmetro utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não reside numa controvertida posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional. Mais do que isso: não é a mera atividade de controle de constitucionalidade – consequentemente, o repúdio ao ato do Poder Legislativo – que permite a identificação do ativismo como traço marcante de um órgão jurisdicional, mas a reiteração dessa mesma conduta de desafio aos atos de outro poder, perante casos difíceis (VALLE, 2009:21).

As políticas públicas, segundo Appio, seriam a execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos”, e “simbolizam, portanto, a pretensão de planeamento social a partir da execução dos projetos governamentais das sociedades contemporâneas (APPIO, 2007:136).

No ativismo judicial, portanto, caberia ao Judiciário um novo papel, de Poder ativo. Enquanto no mero exercício jurisdicional o magistrado decidiria determinado caso conforme o direito, sem que lhe restasse outra caminho que não o da letra da lei, no ativismo judicial o juiz iria além, pois é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2013).

Ao tratar da matéria, Streck afirma que a

“Judicialização é contingencial. Num país como o Brasil, é até mesmo inexorável que aconteça essa judicialização (e até em demasia). Mas não se pode confundir aquilo que é próprio de um sistema como o nosso (Constituição analítica, falta de políticas públicas e amplo acesso à Justiça) com o que se chama de ativismo. O que é ativismo? É quando os juízes substituem os juízos do legislador e da Constituição por seus juízos próprios, subjetivos, ou, mais que subjetivos, subjetivistas (solipsistas).

No Brasil esse ativismo está baseado em um catálogo interminável de “princípios”, em que cada ativista (intérprete em geral) inventa um princípio novo. Na verdade, parte considerável de nossa judicialização perde-se no emaranhado de ativismos” (STRECK, 2009).

Desta forma, após a existência de reiteradas condenações judiciais, a edição de súmulas vinculantes sobre determinadas matérias, os poderes executivo e legislativo terminariam por aceitar a decisão pacificada pelos tribunais, sobre a qual não paira mais controvérsia, e passariam a promover as necessárias decisões administrativas ou legislativas que se fizessem necessárias para adaptar o texto legal à realidade dos tribunais.

São inúmeros os exemplos de decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal que criaram novas situações jurídicas, que não constavam de forma expressa no texto legal, e que passaram a ser exigíveis, como a questão da fidelidade partidária, na qual foi decidido que o mandato parlamentar pertence ao partido político e não à pessoa eleita, bem como a vedação ao nepotismo nos Poderes Legislativo e executivo, a verticalização partidária, e o caso da distribuição de medicamentos (BARROSO, 2013:8).

Assim, no exercício de sua função precípua, o Poder Judiciário estaria promovendo a criação de políticas públicas, a partir de seu entendimento do texto constitucional, obrigando, ainda que de forma indireta, os demais poderes a exercerem suas funções, de acordo com o que fora por ele decidido. Nesse sentido,

“a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas” (BARROSO, 2013:6).

Trata-se, portanto, do chamamento que se realiza para que o Poder Judiciário solucione as lacunas deixadas pelos demais poderes, conforme lição

do Ministro Celso de Mello, é certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático (MELLO, 2005:5).

Contrário ao ativismo judicial Sarmiento afirma que,

“E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do “oba-oba”. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. É ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico” (SARMENTO, 2007:144).

O direito à educação, ao trabalho e a dignidade humana

Todos os seres humanos são iguais ao nascimento e devem ter iguais possibilidades para desenvolver suas capacidades. Tanto a Constituição da República quanto o direito internacional, através de tratados e normas, em especial a Declaração Universal de Direitos Humanos, declaram solenemente a igualdade entre todos os homens, devendo todos gozar dos mesmos direitos, independentemente de sua classe social, raça, religião, etc.

A promulgação da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, foi resultado direto do período pós-guerra, no qual o mundo procurava se recuperar das atrocidades sofridas, e estabelecer novos parâmetros para convivência harmoniosa entre os povos, evitando assim a ocorrência de novos conflitos bélicos. Desta forma, a Declaração foi prodigiosa ao solene e extensivamente elencar e propagar a ideia de que todos os seres humanos são dotados de igual dignidade, e que, para tal, deveriam ser igualmente tratados.

As novas constituições nacionais tanto no Brasil quanto na Europa vieram incorporar o sentido maior de igualdade previsto pela declaração, e elencaram dezenas de direitos considerados fundamentais. Neste sentido, a Constituição Brasileira de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, elevou o povo à condição de supremacia face ao Estado, sendo ele o verdadeiro ator central das relações jurídico-políticas, dele derivando todo o poder.

A Constituição de 1988, dado seu caráter garantista, isto é, protetor de direitos e liberdades individuais, e tendo reproduzido e alargado o rol de direitos da Declaração, conforme se depreende da análise do seu artigo 5º, foi considerada como uma das mais pródigas do mundo.

Os direitos de liberdade e igualdade, em sentido estrito, demandam uma atuação negativa do ente estatal, isto é, exigem que as autoridades não restrinjam ou discriminem as pessoas sob nenhum pretexto. Contudo, a situação fática demonstra que o simples não fazer estatal não é suficiente para garantir o exercício das liberdades e igualdades constitucionalmente proclamados.

Nesse sentido, temos que o conceito de igualdade formal, isto é, onde todos são tratados igualmente perante a lei, é de extrema valia em nossa sociedade. Porém, o conceito formal só encontra sentido a partir de sua conjugação com o conceito da igualdade material. A igualdade material consiste no

tratamento igual aos iguais na exata medida de sua igualdade. Em outras palavras, reconhecemos que as pessoas iguais devem ser igualmente tratadas, porém reconhecemos também que as pessoas não são todas iguais, e, assim sendo, devem ter tratamento diferenciado. A lei, portanto, reconhece o tratamento desigual a pessoas desiguais, de forma a colocá-las em um mesmo patamar, e, desta forma, possam concorrer em iguais condições.

A igualdade material é condição *sine qua non* para o exercício pleno dos direitos e liberdades individuais. Desta forma é que a própria constituição e a legislação infraconstitucional determinam discriminações positivas, que objetivam a diminuição de desvantagens entre pessoas. Como exemplos, temos as vagas reservadas a deficientes físicos em concursos públicos, as vagas reservadas a determinado gênero nos partidos políticos, e, as cotas nas universidades públicas.

Nada obstante a belíssima lógica e principiologia adotada tanto no plano internacional quanto no plano interno, bem como a instituição de ações afirmativas, são diversos os casos em que o desrespeito aos direitos fundamentais é flagrante. São situações em que a desigualdade é tão profunda que não permite que as pessoas concorram em condições análogas.

Como exemplo flagrante de violação de direitos humanos, podemos citar a situação educacional no Brasil. As estatísticas e avaliações demonstram que o ensino público é deficiente e de baixa qualidade, e tem colocado o país nas últimas colocações em *rankings* regionais e mundiais. De fato, as escolas públicas sofrem com a falta de investimento, de instalações adequadas, de capacitação e motivação dos professores, dentre outros fatores. Entre esses outros, podemos citar o fato de que muitos jovens são obrigados a trabalhar para prover o seu sustento, bem como de sua família. Como resultado, não conseguem se empenhar de maneira satisfatória em suas funções estudantis, apresentam déficit de aprendizado, e muitas vezes abandonam os bancos escolares.

Além disso, muitos estudantes necessitam de um tratamento diferenciado por apresentarem deficiências das mais diversas ordens. Desta forma, existe a necessidade de implementação de políticas públicas para essas pessoas, com a criação de ambientes com acesso adaptado nas escolas, a contratação de profissionais especializados, etc. Nada obstante, cotidianamente nos vemos

diante da falta de profissionais e ambientes adequados, o que representa uma grave violação aos direitos fundamentais de milhares de jovens.

A violação ao princípio da igualdade material, ao qual nos referimos anteriormente, se mostra flagrante quando realizamos uma comparação entre a situação dos estudantes de escolas públicas e escolas privadas. Os estudantes com maior poder aquisitivo podem pagar por uma educação privada de qualidade, enquanto aos estudantes das classes baixas é reservado o ensino público com todas as suas mazelas.

A diferenciação entre a qualidade de ensino dado a estudantes de classes distintas se mostra extremamente gravosa para o sistema social como um todo, pois, como é de notório conhecimento, e, segundo últimos dados de relatórios internacionais, a insuficiência no aprendizado dos estudantes egressos das escolas públicas atinge cifras superiores a setenta por cento.

Diante disso, a concorrência por vagas em universidades públicas é desigual, posto que os estudantes provenientes de escolas particulares possuem melhor preparo que os demais. Além disso, os estudantes das classes baixas também encontram dificuldades no acesso e no pagamento de mensalidades em universidades privadas, bem como para o manutenção de suas necessidades básicas.

Soma-se a isso o fato de que o Brasil possui grande deficiência no ensino técnico. Enquanto países desenvolvidos têm despendido grandes somas na expansão e aprimoramento do ensino técnico, o mesmo tem sido visto como algo de menor importância, e, pior, como algo de menor mérito, inferior ao ensino universitário. Desta forma, uma grande massa de jovens tem o acesso prejudicado ao mercado de trabalho, sendo afastados dos empregos de melhor remuneração, o que acaba por impactar uma série de outros direitos, que lhe serão conseqüentemente sonogados, como os direitos à habitação, saúde, lazer. Por conseguinte, mantêm-se o ciclo da pobreza, pois os filhos desses jovens também serão submetidos a um ensino de baixa qualidade, mazela da qual a sociedade brasileira tem sido habitualmente vitimada.

Para além disso, a formação deficiente dos estudantes egressos das escolas públicas mantém uma imensa massa de pessoas incapacitadas para o exercício pleno da cidadania, enfraquecendo as instituições democráticas. Cidadãos com pouco ou nenhum senso crítico acerca da realidade política, alienados

e manobrados, fazem com que práticas endêmicas como a corrupção continuem sendo toleradas em nossa sociedade.

Ao considerarmos o imenso déficit de vagas em creches e pré-escolas, temos que a violação à direitos humanos é perpetrada em todas as fase do ensino. Como consequência, uma série de outros direitos fundamentais vêm a ser denegados a esses jovens, passando pelos direitos à saúde, moradia, lazer, bem como os direitos políticos e sociais. Em suma, a própria dignidade da pessoa humana é colocada em cheque, formando-se um ciclo vicioso através do qual a emancipação das classes menos favorecida é mitigada, e através dos quais as desigualdades sociais são mantidas, como historicamente observado.

O direito à educação e ao trabalho são dois direitos que se misturam na relação familiar, posto que acabam por mostrar-se interdependentes na medida em que, no mais das vezes, as crianças precisam frequentar a escola para que seus pais possam trabalhar. A falta de vagas nas escolas, por sua vez, prejudica as famílias que não possuem outros meios para zelar por seus rebentos enquanto trabalham, situação que prejudica o núcleo familiar como um todo, levando-os à situação de escassez material ainda maior do que a já existente, sendo-lhes negada uma existência digna.

Essa situação se mostra extremamente comum em nosso país, afetando sobretudo as famílias de baixa renda, das quais muitas são essencialmente sustentadas pela figura materna. Desta forma, a falta de vagas em creches acarreta a impossibilidade de trabalho por parte das mães de família de baixa renda, situação econômica na qual se encontra grande parte das mulheres negras, corroborando para a continuidade das desigualdades sociais históricas para elas, e deixando de garantir um melhor futuro à sua prole.

De fato, o direito à educação está consignado como dever do Estado pelo texto constitucional, sendo o artigo 208 claro ao afirmar que o Estado o garantirá. Assim, o inciso I (redação dada pela Emenda Constitucional no 59, de 2009) determina que a educação básica é obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurando sua oferta inclusive àqueles que a ela não tiveram acesso na idade própria. O inciso IV (redação dada pela Emenda Constitucional no 53, de 2006), por sua vez, oferece a garantia de educação infantil, em creche e pré-escola, para crianças até 5 (cinco) anos de idade.

Tais normas tem como característica a eficácia plena, delineando de forma clara e expressa qual o direito em questão, o seu destinatário e o responsável pela sua implementação. São normas de eficácia plena aquelas que não dependem de posterior regulamentação para que sejam dotadas de eficácia, podendo ser exigidas desde o seu nascedouro. Nesse sentido, o constitucionalista José Afonso da Silva afirma que,

“completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria. Não se trata de regular a matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz. Isso se reconhece pela própria linguagem do texto, porque a norma de eficácia plena dispõe peremptoriamente sobre os interesses regulados” (SILVA, 2001:99).

Ao tratar da efetividade dos mandamos constitucionais, considerada a disparidade entre a realidade fática e a que se busca garantir por meio da ordem jurídica, José Luiz Borges Horta afirma que

Compreender as normas constitucionais e as diferentes funções que elas possuem dentro da sistemática constitucional, impõe-se como pré-requisito para que, um dia, a constituição material venha a coincidir com a constituição formal, e que a idealidade dos sonhos constituintes possa se tornar realidade na práxis das nossas instituições político-jurídicas. O desafio da efetividade constitucional, assim, é o grande obstáculo a ser enfrentado por aqueles que pretendem, de algum modo, construir para o nosso país uma verdadeira democracia fundada nos direitos fundamentais (HORTA, 2007:26).

São, portanto, normas que podem ser aplicadas imediatamente, pois já contém em si todos os requisitos necessários para a sua realização. Nesse sentido, pode-se dizer que o direito à educação pode ser exigido desde logo, e que, de acordo com os incisos I e IV do artigo 208 da magna carta, a educação infantil em pré-escola e creches é direito líquido e certo dos demandantes¹⁰.

10. Opõem-se às normas de eficácia plena as normas de eficácia contida e as normas de eficácia limitada. Segundo SILVA, “normas de eficácia contida, portanto, são aquelas

A tese da aplicabilidade plena e imediata encontra respaldo na jurisprudência pátria, conforme podemos observar que:

“releva notar que uma Constituição federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, ‘*in casu*’, o Estado” (Brasil, Recurso Especial nº 577.836/SC).

Não obstante as críticas à aplicabilidade das garantias constitucionalmente estabelecidas, não entraremos na discussão doutrinária acerca da distinção entre normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas programáticas. Preferimos, *in casu*, a lição de um dos maiores juristas que tivemos em terras pátrias, o eminente Rui Barbosa, que, já em seu tempo, nos brindava com esclarecedor entendimento: “não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras” (BARBOSA, 1995).

O direito de acesso à creche também é reconhecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, que, em seus artigos 53, V, e 54, IV, determina o direito da criança e do adolescente à educação, com acesso

em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.” Por outro lado, as de eficácia limitada são por ele definidas “aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado” (SILVA, 2009: 138).

a escola pública e gratuita próxima de sua residência, e, de outro, o dever do Estado de assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola (com redação anterior à Emenda Constitucional no 59, de 2009). O § 2º do artigo 54, por sua vez, estabelece que o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.

Além da Constituição e do Estatuto da Criança e do Adolescente, a lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei nº 9.394/96, em seus artigos 4o., incisos IV e X, e 5º, *caput*; repetiu a referida garantia constitucional, no sentido de assegurar atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade (com redação anterior à Emenda Constitucional no 59, de 2009), com vaga na escola pública mais próxima de sua residência. O artigo 11, inciso V, por sua vez, determina que o Município deve se incumbir de oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a sua atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência.

Todavia, ainda que sejam consideradas normas de eficácia plena, dada a inação, ou a limitação das ações estatais no sentido de garantir esse direito, aqueles que se sintam lesados em suas pretensões devem socorrer-se do Poder Judiciário para que lhes seja assegurado o acesso às creches. Por fim, a Constituição, em seu artigo 211, afirma ser responsabilidade do município, §2o do referido, a atuação prioritária no ensino fundamental e na educação infantil. Isto posto, podemos inferir que as ações judiciais que demandam o acesso às creches devem ter como réu o município, pois é este quem deveria satisfazê-lo.

Assim sendo, interpretando-se de forma sistêmica o ordenamento pátrio, conclui-se que o Município, independentemente do concurso da União ou dos Estados, deve assegurar o acesso das crianças à educação infantil em creches e pré-escolas próximas de sua residência, podendo ser responsabilizado pela sua omissão, pois, conforme a lição de Hely Lopes Meirelles,

“[...] pouca ou nenhuma liberdade sobra ao administrador público para deixar de praticar atos de sua competência legal. Daí porque a omissão da autoridade ou o silêncio da Administração, quando deva agir ou

manifestar-se, gera responsabilidade para o agente omissivo e autoriza a obtenção do ato omissivo pela via judicial” (MEIRELLES, 1996:90).

A educação é condição fundamental para o exercício da cidadania, e para o exercício das capacidades individuais e respeito à dignidade dos indivíduos. Nesse sentido, Ranieri afirma que o direito à educação, corolário da liberdade assegurada pelos Estados Constitucionais Democráticos, consiste em autonomia moral, mas também autorresponsabilidade na atuação social e política (RANIERI, 2013:56).

Temos, assim, que, aos indivíduos desprovidos de educação, são denegados uma série outra de direitos, os quais são, no mais das vezes, por eles desconhecidos. Segundo o professor José Luiz Quadro de Magalhães, é o direito à educação um dos mais importantes direitos sociais, pois é essencial para o exercício de outros direitos fundamentais. É a educação instrumento para o direito à saúde e para a proteção do meio ambiente, preparando e informando a população sobre a preservação da saúde e respeito ao meio ambiente. Educação não é apenas o ato de informar. Educação é a conscientização, ultrapassando o simples ato de reproduzir o que foi ensinado, preparando o ser humano para pensar, questionar e criar (MAGALHÃES, 2000:279).

Temos, portanto, que o direito à educação está intrinsecamente ligado à dignidade humana, que é o reconhecimento pelo Estado das pessoas como sujeitos de direito, garantindo-lhes uma existência digna. Desta forma, resta impossível não apenas a dissociação do direito à educação e a dignidade humana, mas também do direito ao trabalho, posto que esse é condição essencial para a satisfação dos demais direitos fundamentais, como direito à moradia, lazer, saúde.

A elaboração de políticas públicas que universalizassem o acesso à creches poderia contribuir para a redução das desigualdades sociais e raciais, posto que a educação implica em reflexo direto no mercado de trabalho, e, conseqüentemente, em ascensão social. Desta feita, tanto os pais poderiam trabalhar, quanto a criança poderia ter um melhor desenvolvimento intelectual e galgar melhores posições na vida adulta.

O Poder Judiciário e as vagas em creches em São Paulo

A falta de vagas em creches no Brasil é um problema crônico e que tem sido corrigido de maneira lenta pelo poder público. A universalização do ensino obrigatório, perto de ser alcançada, levou décadas para atingir o atual patamar. Todavia, ainda que não seja compulsória, a pré-escola não se restringe apenas à esfera educacional, pois ela possui um forte cunho social.

As famílias que procuram a pré-escola são pessoas que realmente necessitam de seus préstimos, não porque visam, em um primeiro momento, mais educação para seus filhos, mas porque precisam trabalhar para pagar o sustento daqueles, e não podem deixá-los sem cuidados durante a jornada. Desta forma, a carência de vagas em creche ocasiona muitas vezes a impossibilidade de trabalho da genitora, caso não exista outra pessoa que possa suprir as necessidades econômicas familiares, o que acarreta uma série infundável de direitos humanos vilipendiados.

Diante dessa situação, na qual a fila de espera por uma vaga pode ser de vários anos, muitas famílias recorrem ao Poder Judiciário, para que esse possa intervir, garantindo os seus direitos. Dada a sua precária condição econômica, grande parte dessas famílias se socorre da defensoria pública, através da qual podem ser orientados e assistidos de forma gratuita.

Além da defensoria pública, também o ministério público paulista encampou a tese de que o acesso às creches e pré-escolas deve ser universal, atendendo a todos aqueles que delas necessitassem, passando a exigir dos poderes competentes a tomada de providências. Decorrente de inúmeros julgados favoráveis às famílias, formou-se a jurisprudência, com parecer favorável dos *parquets* paulistas.¹¹ Outro não poderia ser o entendimento, posto que a educação é um direito social fundamental, art. 6º da Constituição, que é direito de todos, além de dever do Estado e da família. Nesse sentido, a lição do Professor José Afonso da Silva, ao afirmar que

“DIREITO À EDUCAÇÃO: A Constituição de 1988 eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem, quando a concebe como

11. Em junho de 2011, “O Supremo Tribunal Federal manteve sentença do Tribunal de Justiça paulista e determinou que o Município de São Paulo matriculasse em Creches e Pré-Escolas as crianças menores de 5 anos, sob pena de multa no caso de descumprimento. A decisão criou jurisprudência sobre o assunto.”

direito social (artigo 6º) e direito de todos (artigo 205), que, informado pelo princípio da universalidade, tem que ser comum a todos. A situação jurídica subjetiva completa-se com a cláusula que explicita o titular da obrigação contraposta àquele direito, constante do mesmo dispositivo, segundo a qual a educação “é dever do Estado e da família”. Vale dizer: todos têm o direito à educação, e o Estado tem o dever de prestá-la, assim como a família. Isso significa, em primeiro lugar, que o Estado tem que se aparelhar para oferecer, a todos, os serviços educacionais, oferecer ensino, de acordo com os princípios e objetivos estatuídos na Constituição [...] (SILVA, 2009:785).

A jurisprudência dos tribunais superiores também se delineiam no mesmo sentido, senão vejamos:

“Direito Constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e Procedência¹². Constitucional. Atendimento em creche e pré-escola. I– Sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não-observância pela administração pública enseja sua proteção pelo Poder Judiciário. II – Agravo não provido” (Brasil, STF, RE-AgR nº 463210/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, 2a T., j. 6/12/2005, DJ 3/2/2006, p. 79).

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – EDUCAÇÃO INFANTIL – DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) – COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2o) – RECURSO IMPROVIDO. – A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). – Essa prerrogativa

12. (STJ, REsp nº 575280/SP, Rel. Min. José Delgado, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, 1a T., j. 2/9/2004, DJ 25/10/2004, p. 228).

jurídica, em consequência, impõe ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições subjetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das ‘crianças de zero a seis anos de idade’ (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. – A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em se processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. – Os Municípios – que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. – Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional” (Brasil, STF, AgR no RE nº 410715/SP, Rel. Min. Celso de Mello).

No mesmo sentido as decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo,

“Súmula 63. “É indeclinável a obrigação do Município de providenciar imediata vaga em unidade educacional a criança ou adolescente que resida em seu território”. Súmula 65. “Não violam os princípios constitucionais da separação e independência dos poderes, da isonomia, da discricionariedade administrativa e da anualidade orçamentária as decisões judiciais que determinam às pessoas jurídicas da administração direta a disponibilização de vagas em unidades educacionais ou o

fornecimento de medicamentos, insumos, suplementos e transporte a crianças e adolescentes”.

Nada obstante, a simples determinação judicial ordenando ao município a matrícula dos alunos poderia não surtir efeito, caso o seu descumprimento não implicasse sanção. Desta forma, as sentenças condenatórias, via de regra, tem determinado o pagamento de multas para o caso de seu descumprimento, de forma a garantir a sua execução. A legalidade dessas sanções também é assunto pacificado pela jurisprudência, conforme depreendemos dos seguintes julgados,

“CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE – ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA – SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, [...] POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: [...] A ‘astreinte’ – que se reveste de função coercitiva – tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência” (Brasil, ARE 639337 AgR/SP – São Paulo, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/8/2011).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ALEGADA CARÊNCIA DA AÇÃO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. PRETENSÃO RESISTIDA. FIXAÇÃO DE ASTREINTES EM FACE DO PODER PÚBLICO. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO DO ESTADO” (Brasil, REsp nº 678313/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJ 4/11/2008).

Nada obstante as decisões exitosas nos processos movidos por pessoas determinadas, as demandas propostas tanto pelo ministério público quanto pela defensoria pública, objetivando a imediata solução do problema para todos, de forma indiscriminada, foram sistematicamente denegadas pelo Poder Judiciário. Em suas decisões, alegam-se diversos fatores para que o direito da coletividade fosse denegado, sendo dois deles os principais.

O primeiro diz respeito à separação dos poderes. Alegam os magistrados que a alocação de verbas públicas, bem como a própria formulação das políticas públicas seriam decisões que passariam ao largo de sua jurisdição, cabendo ao Poder Executivo a sua formulação. Desta forma, o Poder Judiciário não poderia determinar a construção de creches, contratação de professores, bem como a abertura de determinado número de vagas. Trata-se, por certo, de decisão que, para além do jurídico, possui um caráter político, dada o impacto de seus efeitos. Ora, tendo-se em vista que existe uma lista de espera que ameaça ultrapassar duzentas mil crianças, uma decisão de tal porte exigiria a realocação de uma série de recursos financeiros, possivelmente impactando outras áreas, que deixariam de receber recursos.

Essa é propriamente a segunda argumentação, que trata da reserva do possível, afirmando que, dada a escassez de recursos, seria impossível atender a todos os pleitos formulados de maneira genérica. Falando sobre as temáticas, nos casos de direito à saúde, Barroso (2013:17) afirma que

“ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos”.

Problematizando a questão, Sarlet (2003:286) afirma que

Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito.

Alega-se, portanto, que determinar a criação de creches ou a criação de vagas para todos aqueles que dela necessitassem, consistiria em ativismo

judicial, em usurpar o judiciário de competência que não lhe seria de direito, bem como ser tal determinação impossível de ser cumprida, em face da insuficiência de recursos.¹³ Esta é, também, a justificativa dos demais poderes para a não implementação de todos os direitos fundamentais, visto que “não existem recursos ilimitados” (AMARAL, 2001:26). Nesse sentido, a decisão do STJ,

“[...] Dessa forma, com fulcro no princípio da discricionariedade, a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada [...]” (Brasil, STJ, REsp 208893 / PR ; Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ 22.3.2004).

Por outro lado existem jurisprudências reconhecendo a possibilidade do Poder Judiciário determinar a execução de determinadas medidas, senão vejamos

“[...] 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas [...]” (Brasil, STJ, REsp nº 493811 / SP, Segunda Turma, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 15.3.04).

Nada obstante as vitórias obtidas pelas famílias que se socorreram do Poder Judiciário, há que se fazer uma breve menção ao fator negativo de tais decisões. Tendo-se em vista que existem listas de espera, que levam anos para serem atendidas, as famílias que obtêm o direito ao acesso imediato pela via judicial acabam por prejudicar aqueles que não optam por essa via, e que passam a esperar ainda mais para ver seu pleito atendido pela “via ordinária”.

13. As mais recentes decisões dos Tribunais de Superposição têm exigido além da alegação de inexistência de recursos, a comprovação dessa inexistência, ao que o Ministro Eros Grau chamou de exaustão orçamentária (FRISCHEISEN, 59).

O papel do Poder Judiciário na formação de políticas públicas

Muito embora o Poder Judiciário tenha limitado as suas decisões a casos individuais, denegando os direitos da coletividade, o volume e a constância das decisões judiciais, das quais resultaram diversas multas sofridas pelos municípios, formaram uma jurisprudência solidificada, proporcionaram o conhecimento pela população de seus direitos, e tem ocasionado uma mudança de postura por parte do poder público.

De fato, reconhecendo que o direito de acesso à creche é um direito constitucional, bem como devido às recorrentes ações da defensoria pública e do ministério público, diversos municípios paulistas assinaram termos de ajuste de conduta visando acabar com as listas de espera por vaga.¹⁴

Recentemente, no mês de dezembro de 2013, em surpreendente decisão, o Tribunal de Justiça de São Paulo condenou a prefeitura da cidade de São Paulo a criar 150 mil vagas na educação infantil até 2016. Segundo reportagem,

O julgamento aconteceu depois de duas tentativas frustradas de acordo entre a prefeitura e o GTIEI (Grupo de Trabalho Interinstitucional Sobre Educação Infantil) – que reúne diversas instituições e representa a outra parte do processo judicial. Segundo o último balanço da Secretaria de Educação, faltavam 170.472 vagas em creches e 14.701 vagas na pré-escola em outubro em todo o município. A decisão de hoje da Câmara Especial do TJ-SP foi unânime e condena a prefeitura a apresentar, em um prazo de 60 dias, um plano de criação das 150 mil vagas – 50% da demanda deve ser atendida nos próximos 18 meses. Foi determinada ainda a criação de um comitê de fiscalização do cumprimento do cronograma. O grupo de monitoramento será formado pela Coordenadoria de Infância do TJ, pelo Ministério Público e pela Defensoria.

Em nota oficial divulgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, A Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, em julgamento de apelação realizado hoje (16), determinou que a Municipalidade crie 150 mil

14. Na última audiência de conciliação, o secretário de Educação, Cesar Callegari, apresentou uma proposta de criação de apenas 40 mil vagas até 2016. Organizações não-governamentais, o Ministério Público e a Defensoria, porém, cobravam a abertura de no mínimo 150 mil matrículas.

novas vagas em creches e pré-escolas da Capital para crianças de até 5 anos de idade, nos três próximos anos. A Prefeitura deve criar 50% dessas vagas nos primeiros 18 meses e o restante até o final de 2016. A decisão foi proferida em apelação da relatoria do desembargador Walter de Almeida Guilherme, em que entidades ligadas à educação e aos direitos humanos requeriam por parte da Prefeitura a construção de novas unidades e a disponibilização de vagas em número suficiente para o atendimento da demanda na capital. Os julgadores determinaram ainda que a municipalidade inclua na proposta orçamentária a ampliação da rede de ensino referente à educação infantil; apresente ao Judiciário, no prazo de 60 dias, plano de ampliação de vagas e construção de unidades de educação infantil; e apresente semestralmente relatórios completos sobre as medidas tomadas para efeito de cumprimento da obrigação imposta. Participaram do julgamento, que teve votação unânime, os desembargadores Samuel Alves de Melo Júnior (presidente da Seção de Direito Público) e Antonio José Silveira Paulilo (presidente da Seção de Direito Privado) (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2014).

Nada obstante a unanimidade da decisão, do reconhecimento da efetividade deste direito, bem como de sua extrema importância para o desenvolvimento do cidadão e de sua família, nenhuma previsão de multa foi estipulada para o caso de descumprimento da mesma. Novamente o fantasma da separação de poderes impediu uma decisão mais contundente, que fosse dotada de coercibilidade. Contudo, já representa um avanço, tendo em vista que, via de regra, apenas as ações individuais, e não ações para a coletividade haviam logrado êxito.¹⁵

A sociedade e a democracia brasileira exigem uma postura mais efetiva do Poder Judiciário, tendo-se em vista que os demais poderes não tem sido suficientemente comprometidos com a implementação dos direitos fundamentais. Faltam políticas públicas para a inserção das populações tradicionalmente excluídas, faltam projetos de curto e de longo para o resgate

15. Barroso (2013:19), “o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes”.

da cidadania daqueles que vivem tanto nos bolsões de exclusão das grandes cidades, bem nas regiões afastadas e naquelas que sofrem pela seca. Em tal contexto, não é apenas facultado, mas antes um dever dos magistrados a supressão de tais omissões, através de seu poder devem ordenar que se tomem as devidas providências e apontar os responsáveis.

Não há que se temer a criação de um super poder; antes, devemos temer a continuidade de políticas excludentes, que atendem a interesses escusos em detrimento do social. Em um Estado marcado pela corrupção endêmica, a falta de recursos não é desculpa aceitável para a falta de investimento em áreas essenciais para a implementação de direitos fundamentais, que venham a proteger a dignidade de todos. A falta de punição adequada aos saqueadores dos cofres públicos é uma das principais razões pela qual teorias como a reserva do possível são aventadas com tamanha frequência em terras pátrias. Ao Judiciário cabe, desta feita, um papel proeminente, e ao qual não cabe renúncia! Desta forma, influencia e deve influenciar a elaboração de políticas públicas pelos demais poderes, através de decisões que reconheçam que o texto constitucional é um texto efetivo, e que, não sendo feito de letras mortas, deve ser cumprido de imediato, posto que, em se tratando de dignidade humana, não podemos permitir seja denegada com tanto descaso como até então.

Por outro lado, ainda que não possamos prever o futuro, podemos afirmar que a responsabilização estatal, bem como a efetiva garantia do acesso às creches é uma conquista social das mais importantes, sobretudo para a população mais carente, aquela que é esquecida pelo Estado e vive às margens da sociedade. Essa imensa parcela da população que vive em condições de miserabilidade, com baixíssima renda e que depende de programas sociais, pode ter melhores perspectivas uma vez que esse direito esteja efetivamente implementado.

Conclusão

A nossa sociedade vive um momento no qual as estatísticas apontam para o pleno emprego. Todavia, sabemos que são grandes as diferenças entre os diversos segmentos populacionais. As mulheres ainda sofrem com preconceito, violência, e percebem menores rendimentos do que os homens,

ainda que executando funções equivalentes. A população negra ainda possui baixa escolaridade, e é em grande parte relegada a subempregos, sofrendo toda sorte de discriminações. Para essas pessoas, a possibilidade de educar os seus filhos, bem como de trabalhar em sossego enquanto os mesmos estão seguros em uma creche, é mais do que uma demanda, é uma necessidade.

Os erros históricos não podem continuar a se repetir pela eternidade. O ciclo de pobreza, exclusão, marginalização, estigmatização da população negra, e ainda mais da mulher negra, somente terão uma solução pelas vias do trabalho e da educação, situação na qual as vagas em creches se revelam como condição indispensável para o desenvolvimento dessas famílias que vivem em condição de vulnerabilidade.

Por anos o poder público, no geral, não se atentou para a importância do direito à educação no geral, permitindo que as escolas públicas passassem por verdadeiro processo de degradação, tanto físico quanto intelectual, fazendo com que se desenvolvesse um mercado de escolas particulares que seria não apenas desejado pelos mais abastados, mas também pelas demais classes. Nesse contexto, as vagas em creches não receberam maior atenção, ocasionando o déficit atual.

Temos, portanto, que, diante da inação daqueles que possuem a competência originária, o Poder Judiciário tem contribuído para a formação de políticas públicas, tendo em vista que suas decisões, ao reconhecer direitos e impor sanções ao poder público, tem pressionado os poderes competentes, para que sanem os problemas apontados. Da mesma feita são os acordos celebrados multilateralmente entre entes públicos, Ministério Público, Defensoria Pública, resultando em termos de ajuste de conduta, no qual há o compromisso firmado para a elaboração e execução de tais políticas.

Ainda que a jurisprudência caminhe de maneira tímida, percebe-se um avanço no sentido de que é papel do Judiciário o cumprimento das lacunas deixadas pelos demais poderes quando exista flagrante desrespeito à direitos fundamentais. Dessa forma, o ativismo judicial vai crescendo à medida que o acesso à justiça vem sendo democratizado, e ao passo em que a população aumenta sua consciência acerca de seus direitos.

A solução definitiva para esse déficit não é apenas uma questão de direito, mas social. A discriminação e a privação de direitos sofrida pelas

mulheres, chefes de família, é um fato extremamente vergonhoso para a nossa democracia. Um país que figura entre as maiores economias mundiais não pode ter índices de desenvolvimento subsaarianos em diversas áreas. As discriminações de gênero e raça constituem fato repudiável e que devem ser combatidos com o máximo empenho e rigor.

Embora as ações afirmativas consigam, de alguma maneira, remediar de forma pontual tais problemas, existe a necessidade de reformas de base. Essas reformas estão fortemente ligadas à uma educação de qualidade para todos, que é a base para um futuro próspero e cheio de oportunidades. Ainda, para uma educação de qualidade, demanda-se a realização dos direitos à moradia, saúde e alimentação, por exemplo, os quais só são alcançados pelo trabalho. Daí a dupla necessidade que faz com que o acesso às vagas em creche seja tão premente.

Lado outro, há que se atentar para dois fatores de extrema importância. Primeiro temos a questão das famílias que não se socorrem ao Poder Judiciário, e acabam tendo prejuízo, posto que, pela via judicial, outras crianças acabam conquistando uma vaga antes daquelas. A solução para esse dilema é extremamente difícil, sendo possivelmente a criação de vagas para todos a única solução ao mesmo.

Por outro lado, a segunda questão diz respeito à capacidade econômica para a solução deste problema. Evocando a reserva do possível, ou seja, da falta de verba para a implementação de direitos sociais, os poderes competentes, bem como o judiciário, tem deixado de atacar o problema de forma efetiva. Entendemos, entretanto, que a efetivação de direitos fundamentais é um imperativo inafastável, decorrente de nosso texto constitucional, e o seu descumprimento não pode se dar senão por razões inescusáveis, que se apresentem de forma cristalina e irrefutável, isto é, o poder público deve provar de forma inequívoca a inexistência de verbas para a solução da demanda.

Espera-se que a realidade próxima seja de maior efetividade dos direitos fundamentais, que terminem por reduzir as desigualdades sociais, a marginalização de grupos, o preconceito de gênero e raça, e que temas como a falta de vagas em creches já não tenham razão de existir. A criação de uma sociedade mais justa e equânime depende em grande parte da elaboração de

políticas públicas apropriadas, sendo a educação o elemento essencial para que esses objetivos sejam alcançados, pois aquele que estuda tem melhores condições de se desenvolver tanto profissionalmente, quanto pessoalmente.

Referências bibliográficas

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá. 2007.

BARBOSA, Rui, apud PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. *O Poder Judiciário e as políticas públicas: alguns parâmetros de atuação*. Disponível em: <<<http://www.srbarros.com.br/pt/o-poder-judiciario-e-as-politicas-publicas--alguns-parametros-de-atuacao.cont>>>. Acesso em 15/12/13.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>>. Acesso em 15/12/13.

CASTRO, Marcos Faro. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. São Paulo, *Revista de Ciências Sociais*, n. 34, v. 12, 1997.

CUNHA JR. Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOLHA DE SÃO PAULO, disponível em <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/09/09/com-divida-de-r-200-mi-prefeitura-de-sp-quer-trocar-precatorio-por-creche.htm>>, acesso em 15/12/13.

FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2013/12/16/prefeitura-de-sp-e-condenada-a-abrir-150-mil-vagas-na-educacao-infantil.htm>>, acesso em 1/2/14.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad.

HORTA, José Luiz Borges. *Direito constitucional da educação*. Belo Horizonte: Decálogo, 2007.

MAGALHÃES, José Luiz Quadro de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso de. AR n.410.715 SP. Supremo Tribunal Federal, Brasil. 2005.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: ABMP, Todos pela educação (org.). *Justiça Pela Qualidade na Educação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Eduardo Braga. *A implementação de políticas públicas pelo Poder Judiciário*. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11266&revista_caderno=9>, acesso em 15/12/13.

ROSSI, Danilo Valdir Vieira. *Aspectos jurídicos do ensino domiciliar: no Brasil e no direito comparado*. No prelo.

SALGADO, Joaquim Carlos. *Os Direitos Fundamentais*, n. 82, p. 56, jan. 1996. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte: UFMG, 1996. 15-59.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARMENTO, Daniel (Org.) *A Constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. *Ativismo Judicial e seus limites no Brasil*, seminário OAB, Brasília, 2013.

_____ *Comentário contextual à Constituição*, 6 ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Ativismo judicial não é bom para a democracia*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>. Acesso em 12/04/2014.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. Disponível em, <<http://www.todospelaeducacao.org.br/comunicacao-e-midia/educacao-na-midia/29177/tj-manda-a-prefeitura-criar-150-mil-vagas-em-creche-e-pre-escola-ate-2016/>>, acesso em 16/12/13.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Institucional/Corregedoria/Noticias/Noticia.aspx?Id=21193>, acesso em 01 de maio de 2014.

UNESCO. *The Right To Education*. PARIS: UNESCO EDUCATION SECTOR, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Juruá, 2009.

Proposta de litígio estrutural para solucionar o déficit de vagas em educação infantil

Alessandra Gotti

*Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Presidente Executiva do Instituto Articule*

Salomão Barros Ximenes

*Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo
Professor de Direito e Políticas Públicas e do Programa de Pós-Graduação
em Políticas Públicas da Universidade Federal do ABC (UFABC)*

Introdução

Este artigo toma como base o parecer-conceito desenvolvido pelos autores Gotti e Ximenes (2012) no âmbito do Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre a Educação Infantil no Município de São Paulo (GTIEI)¹, apresentando seus principais pressupostos e proposições. No texto avaliamos as possíveis alternativas de ação para solucionar o grave déficit de vagas em educação infantil no Município de São Paulo, sendo este documento peça-chave no desfecho do caso específico paulistano.

Tal parecer foi elaborado em 2012 com o objetivo de avaliar de que modo o padrão de exigibilidade do direito à educação infantil era eficaz para resolver o contínuo déficit de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo, bem como para propor uma nova arquitetura para solucioná-lo de modo eficiente, sustentável e definitivo.

O resultado do diálogo interinstitucional fomentado pelo GTIEI e das proposições originais inscritas no parecer-conceito culminou em um julgamento inédito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP),

1. O GTIEI reúne os principais litigantes judiciais em favor desse direito – MP, Defensoria, ONGs e advocacia (especialistas)–, tendo como objetivo a construção de estratégias comuns. Para uma apresentação dessa estratégia de litígio, desde a construção inicial dos casos jurídicos pelas ONGs, consultar o trabalho de Rizzi e Ximenes (2014).

em 2013, de duas Ações Cíveis Públicas ajuizadas no Foro Regional de Jabaquara e Santo Amaro, após a realização de uma Audiência Pública para a ampla discussão da questão. Nesse processo, foi de fundamental importância a articulação estratégica entre os principais litigantes – Ministério Público, Defensoria Pública, Organizações Não-Governamentais (ONGs) e advocacia.

De forma inovadora, o TJSP, após ouvir as propostas da municipalidade, atendeu aos pedidos formulados pelas ONGs autoras da Ação Cível Pública ajuizada no Foro Regional de Santo Amaro e determinou a elaboração de um plano de expansão para a criação de no mínimo 150 mil vagas em creches e pré-escolas, sendo no mínimo 105 mil em creches, no período de 2014 a 2016, de modo a eliminar a fila de espera, garantindo-se a qualidade da educação ofertada nos termos das normas do Conselho Nacional de Educação (CNE) e, suplementarmente, do Conselho Municipal de Educação, determinando-se, ainda, inclusão na proposta orçamentária da ampliação da rede de ensino atinente à educação infantil de acordo com a ampliação determinada. Outrossim, de forma também inédita, incumbiu a Coordenadoria da Infância e Juventude de monitorar a criação das vagas assessorada por um Comitê de Monitoramento com representação do sistema de justiça, sociedade civil organizada e especialistas (São Paulo, 2013).

Essa inovadora forma de lidar com problema de política pública tão complexo merece ser conhecida e difundida, tendo em vista seus efeitos positivos tanto no desenho da política de expansão de vagas em educação infantil quanto na configuração da própria política de acesso à justiça (XIMENES; OLIVEIRA; SILVA, 2017).

O Padrão de Litigância Adotado: Ações Individuais e Ações Emblemáticas

Toda criança com idade entre zero e cinco anos tem direito à educação infantil em creches e pré-escolas, sendo dever do Estado assegurar a gratuidade, a qualidade e o acesso indiscriminado. É o que prevê a Constituição Federal de 1988, que inclui tal direito no rol dos direitos fundamentais sociais estipulados nos arts. 6º e 7º, inciso XXV, e 208, inciso IV, além de endossar, no art. 227, o “princípio da prioridade absoluta” dos direitos da criança.

A disponibilização de creches e pré-escolas é atribuição prioritária dos Municípios, que para isso devem contar com a cooperação técnica e

financeira dos Estados e da União, nos termos dos arts. 30, inciso VI, e 211, parágrafos 1º e 2º.

Em 2009, por força da Emenda Constitucional nº 59, a educação básica obrigatória foi estendida, iniciando-se a partir dos quatro anos de idade, o que equivale à exigência de matrícula compulsória na etapa pré-escolar, sob pena de responsabilidade das autoridades competentes, nos termos do art. 208, inciso I e § 2º, da Constituição Federal e art. 30 da LDB. No mesmo sentido dispõem a LDB, em seus artigos 4º e 11, inciso V; e o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/90), que, antes da LDB, já estabelecia o dever de assegurar acesso próximo à residência da criança.

O direito à educação infantil é, portanto, parte do fundamental direito humano à educação, sendo plenamente exigível com base na Constituição, nas leis e nos tratados internacionais, devendo ainda ser atendido com prioridade pelos administradores públicos. No caso da educação infantil em creches há obrigação estatal de atender a toda a demanda manifesta e no caso da pré-escola há obrigação de universalização, em ambos os casos com garantia de padrão de qualidade, conforme dispõem a Constituição Federal, no art. 206, inciso VII, e a LDB, no art. 4º, inciso IX.

A gênese do atual padrão decisório do judiciário paulista

O reconhecimento do direito social à educação infantil no ordenamento jurídico, no entanto, não havia se consolidado, ao menos até 2006, em uma posição hegemônica dos Tribunais em relação às possibilidades e limites de sua justiciabilidade. Além disso, apesar de já estar presente a atuação do Ministério Público e de organizações civis, eram relativamente poucas as ações que exigiam esse direito, quando comparadas ao atual volume de demandas judiciais individuais e coletivas que chegam todos os dias aos Tribunais brasileiros.

Como aponta levantamento realizado pela Ação Educativa sobre as ações coletivas em defesa da educação pública no Município de São Paulo, até 2006 não havia se consolidado uma jurisprudência hegemônica no TJSP em relação à temática, mas já se podiam perceber os primeiros traços do padrão de resposta judicial que vigora até os dias de hoje: atendem-se as pretensões de caráter individual (ou individual homogêneo) e rejeitam-se as demandas coletivas (GRACIANO; MARINHO; FERNANDES, 2006).

Outro estudo, produzido por Carolina Marinho, confirma fortemente essa tendência no período anterior a 2006 (MARINHO, 2009). A autora identificou 36 ações civis públicas sobre educação infantil propostas pela Promotoria de Justiça de Direitos Coletivos da Criança e do Adolescente de São Paulo que tiveram decisões com trânsito em julgado entre os anos de 1996 e 2005.

Das 15 ações estudadas por Marinho que tinham objeto difuso e coletivo (requeriam que a Municipalidade fosse condenada a matricular todas as crianças de uma determinada jurisdição cujos pais assim desejassem), apenas 2 ao final foram julgadas procedentes. Enquanto isso, das 21 ações propostas na defesa de direitos individuais homogêneos (com uma lista pré-determinada de crianças), 20 obtiveram liminar favorável à matrícula imediata e 14 foram julgadas procedentes. A maioria dessas ações com objeto individual homogêneo, ao final, foi extinta sem julgamento do mérito porque o Município comprovou a matrícula das crianças especificadas, ou estas atingiram idade de ingresso obrigatório no ensino fundamental. Antes disso, alguns recursos da municipalidade ao TJSP haviam sido suspensos pelo prazo de três anos em razão da celebração de um Termo de Ajuste de Conduta (TAC) com o Ministério Público. No estudo desses processos, Carolina Marinho (2009) identifica uma importante mudança na estratégia do Ministério Público (MP), uma vez que as ações voltadas à defesa de direitos individuais homogêneos foram propostas após o relativo fracasso das ações de caráter coletivo.

Havia, de fato, uma estratégia de coletivização das demandas por parte do MP. Como a Comarca da Capital está dividida em diferentes Fóruns Regionais, todos com competência absoluta para apreciar os casos sob sua jurisdição, o MP decidiu ingressar, em 1999, com 14 ações coletivas com pedidos similares nos diferentes Fóruns, requerendo que o Município de São Paulo fosse condenado a prestar o serviço de educação infantil a todas as crianças cujos pais desejassem matrícula, quer por meio de rede própria, conveniada ou indireta a partir do ano letivo de 2000. Requeria, ainda, supletivamente, o pagamento de mensalidades escolares em unidades particulares para caso de persistência na omissão.

O resultado prático não foi satisfatório. Apenas 3 ações foram julgadas procedentes em primeira instância, 5 foram extintas sem julgamento do

mérito, sob o fundamento de impossibilidade jurídica do pedido (caráter futuro, discricionariedade administrativa, pedido genérico e indeterminado), inépcia da inicial e falta de interesse de agir (por não haver lista concreta de demandantes) e 6 foram julgadas improcedentes no mérito, com argumentos quanto ao caráter programático da educação infantil e à impossibilidade de controle judicial sobre a discricionariedade administrativa.

Ao final, comprovando-se a não consolidação da resposta judicial, as três sentenças favoráveis em ações coletivas foram reformadas pelo TJSP. Uma das ações extintas sem julgamento do mérito em 1ª instância (Foro Central) teve a decisão reformada para determinar que fosse julgada no mérito, que acabou sendo favorável à pretensão do MP. Outra apelação contra sentença denegatória levou o TJSP a deferir o pedido e condenar o Município (Foro de São Miguel Paulista).

Após esse primeiro grande ciclo de exigibilidade do direito à educação infantil na Capital paulistana e diante da resistência do Judiciário em admitir as pretensões de caráter coletivo e difuso, optou o MP, no caso das ações civis públicas, por propor demandas de caráter individual homogêneo. Posteriormente, vendo a ausência de efetividade destas demandas para alterar o quadro geral de omissão dos administradores em relação à políticas públicas de educação infantil, optou pela assinatura de seguidos Termos de Ajuste de Conduta (TAC) com o Município de São Paulo, sendo que essa situação persistiu até o ano de 2009.

Segundo os estudos referidos, os argumentos mais frequentes para a denegação da tutela judicial, sobretudo nas demandas coletivas, eram os seguintes:

- a) “reserva do possível”, ou seja, a administração pública não teria condições orçamentárias de garantir o direito à educação infantil a um amplo contingente populacional;
- b) separação dos poderes, ou seja, alegava-se que a determinação judicial de obrigação de fazer consistente em matricular criança ou conjunto de crianças configuraria intervenção indevida do Judiciário na esfera própria do Poder Executivo. Com esse argumento também eram indeferidos os pedidos de construção de novas unidades de ensino;
- c) discricionariedade administrativa, já que não caberia ao Judiciário interferir na escolha de prioridades políticas ou determinar medidas com

- impacto direto na organização das políticas públicas, âmbito de atuação, por excelência, do Poder Executivo;
- d) especificamente nos casos em que as ações judiciais pediam o reconhecimento de direito fundamental coletivo (todas as crianças demandantes em uma determinada jurisdição) ou difuso (todas as crianças que venham a demandar), requerendo a determinação de matrícula de todos os interessados em um prazo determinado, somava-se aos argumentos anteriores a justificativa de impossibilidade jurídica dos pedidos, definidos como pedidos genéricos, indeterminados ou pedidos futuros, uma vez que não estaria materializada a violação ao direito, mas apenas uma expectativa de violação.

A consolidação de um padrão decisório e os limites do modelo prevalente

O cenário jurisprudencial começa a se consolidar a partir de 2005, com as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) provocadas por Recursos Extraordinários do MP contra decisões do TJSP que negavam exigibilidade jurídica ao direito à educação infantil com base nos argumentos acima elencados².

Tais decisões do STF extrapolam, por seu caráter paradigmático e simbólico, o tema específico da educação infantil, sendo hoje reconhecidas como importantes precedentes no tratamento judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral. Além de reconhecer a exigibilidade jurídica imediata do direito à educação infantil, em tais decisões o STF declara expressamente que cabe ao Judiciário atuar subsidiariamente na garantia dos direitos fundamentais sociais, determinando que sejam assegurados sempre que comprovada a omissão dos demais poderes.

Nessas decisões e nas que se seguiram reiteradamente, o STF define a educação infantil como “prerrogativa constitucional indisponível”, cuja exigibilidade decorre do próprio texto constitucional e impõe ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso

2. Nesse sentido, são paradigmáticas as decisões do STF nos Agravos Regimentais em Recurso Extraordinário nº 410715-5/SP e nº 436.996, do Município de Santo André, relatado pelo Min. Celso de Mello, nos quais a Segunda Turma confirmou decisão monocrática desse ministro em favor do recurso do Ministério Público.

e atendimento em creches e unidades de pré-escola. Interpretou de forma bastante restritiva a chamada “cláusula de reserva do possível” - amplamente alegada em ações contra o Poder Público -, reconhecendo como única possibilidade de adiamento da aplicação do direito à educação infantil a hipótese de comprovação objetiva, por parte do gestor público, de que todas as iniciativas ao seu alcance foram tomadas, com a aplicação do máximo de recursos disponíveis.

A discricionariedade administrativa também foi mitigada ao longo do tempo, a partir do entendimento de que Poder Público Municipal não pode se esquivar da obrigação de oferta de educação infantil com base em alegações de discricionariedade, pois esta não se aplicaria a “políticas públicas definidas como prioritárias pela própria Constituição”, como é o caso das creches e das pré-escolas. Desde o fim de 2005, o STF apreciou dezenas de outros casos de demanda por educação infantil e manteve o mesmo posicionamento, o que influenciou de forma determinante a jurisprudência dos Tribunais estaduais³.

Por seu caráter emblemático, convém destacar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 573533 / SP, julgado em 2011. Neste caso, o STF reafirmou a decisão do TJSP, em favor de sentença condenatória do Município, proferida em ação civil pública promovida pelo MP, que determinava a matrícula de todas as crianças identificadas em planilha que acompanhava a inicial⁴.

A partir de 2006 é possível perceber uma crescente uniformização dos julgados no TJSP nos casos envolvendo demanda por matrícula de crianças específicas em educação infantil. O Tribunal passa a reconhecer praticamente todos os pedidos individuais de vagas nessa etapa educacional por meio do Judiciário, sejam em mandados de segurança, ações ordinárias ou ações

3. Em recente decisão, o STF atribuiu repercussão geral ao Agravo de Instrumento nº 761.908, proposto pelo Município de Criciúma contra decisão em mandado de segurança que o obriga a assegurar matrícula pública de uma criança. Em discussão está justamente a auto-aplicabilidade do art. 208, IV, da Constituição Federal. Caso reproduza o entendimento pacífico até então, será implementado um mecanismo formal de uniformização da jurisprudência.

4. ARE nº 639337 AGR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/8/2011, DJE-177, p. 125.

civis públicas com lista delimitada de crianças⁵. Passam a ser reproduzidos e acolhidos os argumentos centrais presentes nos acórdãos do STF. Ao mesmo tempo, persistem as divergências quanto às ações coletivas e uma forte rejeição às ações de caráter difuso (com pedido de determinação de matrícula de futuros demandantes) ou que abordem tutelas específicas de políticas públicas, como ampliação de rede, planejamento e previsão orçamentária.

Não se tem conhecimento da existência de um levantamento global sobre o número de ações judiciais, individuais e coletivas, propostas em defesa do direito à educação infantil no Município de São Paulo após 2006. Há, no entanto, estudos e informações, bem como levantamentos parciais, que indicam uma crescente procura do Judiciário para a garantia desse direito, tanto em demandas diretamente promovidas pelos particulares como através dos órgãos institucionais de defesa e de associações civis de proteção a direitos.

Uma importante referência é o trabalho acadêmico de Silveira (2012). Em sua tese de doutorado, foram identificadas e analisadas 483 decisões sobre o direito à educação que haviam sido catalogadas no TJSP entre 1990 e 2008, sendo que 175 (cerca de 36%) tratavam de acesso à educação infantil. Destas, 83% versavam especificamente sobre acesso à creche (zero a 3 anos de idade). Também relevante é que a grande maioria (109) das decisões sobre educação infantil foram proferidas e catalogadas pelo TJSP nos últimos anos da pesquisa, entre 2006 e 2008, indicando uma mudança no patamar de demandas por proteção judicial desse direito na Justiça. Silveira (2012) também identifica o impacto do avanço jurisprudencial do STF no Tribunal paulista.

Com base nos estudos anteriormente referidos e nas experiências de litígio que passamos a relatar, é possível identificar o seguinte padrão decisório:

- a) os pedidos judiciais englobando direito individual à matrícula em instituições de educação infantil normalmente são deferidos, sendo que após 2006 o estudo constata que 100% dessas ações tiveram resultado favorável aos autores;

5. No sentido da garantia judicial de vagas em educação infantil, podem ser destacadas, dentre outras decisões do TJSP: Apelação Civil nº 124.741-0/6-00, Julgada em 30/1/2006; Apelação Civil nº 131.511-0/3-00, Julgada em 30/5/2006; Apelação Civil nº 134.918-0/2-00, Julgada em 31/7/2006; Apelação Civil nº 134.506-0/2-00, Julgada em 31/7/2006; Agravo de Instrumento nº. 131.514.0/7-00, Julgado em 31/07/2006.

- b) as ações judiciais coletivas que requerem um número preciso de vagas (direitos individuais homogêneos) também são normalmente deferidas;
- c) não há posição pacífica quanto às ações judiciais coletivas e difusas, que veiculam interesses relacionados não a uma lista específica e limitada de crianças, mas à matrícula de todas as demandantes atuais em determinada região ou todas as potenciais e futuras demandantes;
- d) as ações coletivas que veiculam pedidos relacionados à construção de unidades de educação ou ampliação física da rede são normalmente rejeitadas, sob o argumento de interferência na esfera de discricionariedade administrativa;
- e) as ações coletivas que buscam tutelas específicas em políticas públicas, requerendo plano de expansão e previsão de destinação orçamentária, sofrem grande resistência no Judiciário, mesmo que o TJSP reconheça a possibilidade jurídica de tais pedidos.

O TJSP, portanto, pacificou entendimento no sentido de que o direito da criança ao ensino público é líquido e certo e a interferência do Judiciário para torná-lo efetivo não configura invasão de competência do Poder Executivo, expresso nos padrões decisórios “a” e “b”, acima⁶.

Em relação ao posicionamento sobre as ações de caráter coletivo e difuso (item “c”, acima), é importante registrar que as divergentes decisões levaram a questionável situação de tutela judicial diferenciada no âmbito da mesma Comarca. Isso porque nas jurisdições dos Foros Regionais de Pinheiros, Santana, Lapa e Penha há decisões judiciais transitadas em julgado que determinaram o acesso à educação infantil a todas as crianças de 0 a 3 anos e 11 meses que venham a demandar vagas públicas. Ou seja, nesses casos o não atendimento da determinação judicial por parte da Municipalidade leva à propositura de execuções judiciais, enquanto nas demais jurisdições é necessário ingressar com ação em fase de conhecimento, requerendo antecipação de tutela.

Os itens “d” e, sobretudo, o “e” do padrão decisório acima apresentado são apenas parcialmente identificados nos estudos acadêmicos já referidos. Para sua completa formulação foi necessária a análise de algumas ações exemplares, promovidas mais recentemente por organizações civis, MP e Defensoria Pública.

6. Ver Súmulas 63, 64 e 65 do TJSP.

A partir de 2008, as organizações que compõem o *Movimento Creche para Todos*⁷, que já desenvolviam atividades de mobilização para a defesa da educação infantil de qualidade em São Paulo, passaram a propor algumas demandas judiciais exemplares visando impulsionar a proteção judicial a esse direito⁸. Algumas das ações civis públicas, além de requisitarem liminarmente a matrícula de centenas de crianças listadas nas iniciais, pediam um conjunto de tutelas específicas de caráter coletivo, difuso e de políticas públicas.

Uma das ações, proposta em 2008, no Foro Regional de Santo Amaro, requeria liminarmente a matrícula de 736 crianças e a apresentação de plano de expansão de vagas e de construção de unidades de educação infantil. No mérito, requeria a confirmação das matrículas e que a Municipalidade fosse obrigada a implementar o plano por ela apresentado ao Judiciário, assegurando-se ao menos o alcance das metas mínimas estabelecidas no PNE⁹. Nesse caso os pedidos foram sumariamente negados em sentença extintiva, sob o argumento da impossibilidade jurídica dos pedidos. Segundo a juíza da causa, ao Judiciário não caberia imputar obrigação de fazer referente à apresentação de plano de expansão e construção de unidades, uma vez que essa pretensão violaria a separação de poderes e a esfera de discricionariedade administrativa, sendo uma intromissão indevida do Judiciário na esfera própria do Executivo.

-
7. O Movimento Creche para Todos é uma articulação de entidades que têm como objetivo lutar pela inclusão educacional de qualidade de todas as crianças em unidades de educação infantil. Nesse sentido, desde o final de 2007, o Movimento organiza mobilizações e iniciativas de incidência política com comunidades e organizações locais no município de São Paulo e na Região Metropolitana, buscando consolidar o reconhecimento deste direito e a articulação social para a sua garantia, fortalecendo sua exigibilidade. A partir de 2008, as organizações que compõem o Movimento Creche para Todos passaram a promover ações judiciais e de exigibilidade jurídica, contanto para isso com a assessoria técnica e jurídica da ONG Ação Educativa.
 8. Inicialmente, o Movimento pressionou pela universalização e publicização do cadastro de demanda, antes restrito a algumas unidades de educação infantil e não divulgado nos termos da lei que o instituiu (Lei Municipal nº 14.127, de 5 de janeiro de 2006). Para isso, chegou a propor ação judicial contra o Secretário de Educação do Município, o que levou à correção da omissão e ao início da divulgação periódica da demanda educacional não atendida – fator considerado estratégico para o fortalecimento da percepção social e política do problema.
 9. Ação Civil Pública proposta junto à Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional de Santo Amaro – São Paulo, Proc. nº 002.08.150735-6.

Em recurso de apelação junto ao TJSP, no entanto, os autores conseguiram reverter essa primeira decisão de caráter extintivo, reconhecendo o Tribunal que tais pedidos não poderiam ser sumariamente definidos como juridicamente impossíveis, pois tal conclusão somente decorreria da análise de mérito da ação, com a apresentação de argumentos e provas pelas partes que eventualmente demonstrassem tal impossibilidade¹⁰. Com isso o TJSP determinou o retorno dos autos para o Foro de origem, para que a ação fosse julgada no mérito, o que veio a ocorrer em 2012. Ao final os pedidos foram julgados e indeferidos, reproduzindo-se o típico padrão decisório: o Judiciário reconhece a omissão reiterada da Municipalidade, inclusive a não aplicação da totalidade de recursos vinculados, mas afirma que não lhe cabe determinar a apresentação de plano de expansão, mesmo sendo este formulado pelo Executivo, como propuseram as organizações autoras¹¹.

Em 2010, após novas mobilizações realizadas pelo Movimento Creche para Todos em vários pontos da cidade, foram propostas duas novas ações civis públicas que questionavam a política pública de educação infantil do Município, não se limitando a requerer a matrícula das crianças listadas pelas organizações.

Nas ações, propostas junto às Varas da Infância e Juventude do Foro Regional de Santo Amaro (jurisdição que concentra 40% a 60% da demanda reprimida por educação infantil) e do Foro Regional de Jabaquara, há a conjugação de pretensões fundadas em interesses individuais homogêneos e interesses difusos, uma vez que se afirmava nas referidas ações que o mero atendimento da demanda formalmente apresentada – um dos pedidos formulados – poderia violar o princípio da equidade no acesso à educação, razão pela qual se requeriam determinações mais amplas, capazes de assegurar ao conjunto de crianças a superação da mesma situação de exclusão, assegurando-lhes uma perspectiva real de atendimento.

10. Apelação Cível nº 175.158.0/3, Rel. Des. Martins Pinto, Acórdão publicado em 14 de agosto de 2009.

11. Esta é a Ação Civil Pública cuja Apelação é julgada pelo TJSP no sentido de condenar o Município à apresentação de plano de expansão de 150 mil novas vagas em educação infantil, além de criação do referido Comitê de Assessoramento à Coordenadoria da Infância e Juventude do TJSP.

As ações tinham como pedidos, liminarmente: a matrícula, no prazo de 30 dias, das crianças nominalmente arroladas na inicial e, complementarmente, no prazo de 180 dias, de todas as crianças cadastradas em lista de espera na data da propositura da ação, na jurisdição do respectivo Foro (o que significava 3.306 crianças em Jabaquara e 45.624 em Santo Amaro); e a inclusão, na Proposta de Lei Orçamentária (do Município) para o exercício de 2011, de rubrica específica com previsão de valores financeiros suficientes para assegurar o acesso, nas proximidades de suas residências e com garantia de qualidade, às crianças beneficiadas na medida.

No mérito, requeria-se a condenação definitiva do Município de São Paulo em obrigações de fazer (i) consistente em matricular, com garantia de qualidade, nas proximidades de suas residências, todas as crianças de zero a cinco anos e onze meses de idade que demandem vagas em instituições de educação infantil, nos bairros pertencentes às respectivas jurisdições, no prazo máximo de 180 dias, contados da data de registro da demanda na instituição de ensino; (ii) incluir em sua Proposta de Lei Orçamentária Anual (LOA) e em seu Plano Plurianual (PPA) para os exercícios subsequentes ao julgamento da presente ação rubrica específica com previsão de valores financeiros suficientes para assegurar as matrículas demandadas, com garantia de qualidade; (iii) apresentar plano público de ampliação de vagas com garantia de qualidade, nos bairros sob a jurisdição dos Fóruns e no Município de São Paulo, de forma a atender toda a demanda oficialmente cadastrada, respeitados os patamares mínimos de oferta estabelecidos pelo Plano Nacional da Educação (Lei nº 10.172/2001); e (iv) uma vez apresentado o plano público, executar o referido plano, cumprindo-se os prazos finais e intermediários elaborados pelo próprio Executivo.

Uma das ações propostas (Jabaquara)¹², teve o pedido liminar integralmente deferido e confirmado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Apenas a determinação de inclusão de recursos orçamentários foi suspensa pelo Tribunal sob o argumento de que sua execução se tornara impossível em razão de já haver sido deliberado no Legislativo o orçamento de 2011¹³. No entanto,

12. Ação Civil Pública proposta junto à Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional de Jabaquara – São Paulo, Proc. nº 003.10.018645-1.

13. Agravo de Instrumento nº 0470261-76.2010.8.26.0000 (990.10.470261-5).

no julgamento do mérito a tutela foi limitada às crianças nominalmente listadas na inicial, retomando-se, com isso, o padrão básico de tutela em políticas públicas de educação infantil. Os pedidos relacionados à supressão de omissões em termos de políticas públicas, e mesmo o pedido de caráter difuso, foram todos julgados improcedentes sob o mesmo argumento de violação ao princípio da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa. Contra essa decisão também foi proposto recurso de apelação, ao final julgado favoravelmente pelo TJSP, após a realização da já referida Audiência Pública, em 2013.

Já a outra ação civil pública, proposta com o mesmo objeto no Foro de Santo Amaro, não foi recebida sob o argumento de impossibilidade jurídica do pedido de inclusão de previsão orçamentária, nos anos subsequentes, para o atendimento de toda a demanda cadastrada naquela jurisdição¹⁴. Em recurso de apelação, o TJSP reformou a decisão de primeiro grau, reiterando posição no sentido de determinar o prosseguimento do caso, com o levantamento de provas e análise das alegações de mérito. Reafirmou assim ao menos a possibilidade de se discutir e demandar planos de políticas públicas e orçamento no Judiciário, e que tais pedidos, em si, são passíveis de tutela judicial¹⁵.

A tentativa de ampliação da tutela judicial nas ações em defesa da educação infantil, como se percebe, sofre grande resistência no Judiciário. A decisão liminar no Foro de Jabaquara, não mantida na sentença, representou uma efêmera mudança de posicionamento. Ao mesmo tempo, percebe-se que há um pequeno avanço no posicionamento do TJSP, quando afirma que pedidos relacionados à apresentação de plano de expansão e de inclusão orçamentária devem ser apreciados no mérito.

Tais ações constituíram as bases para um novo e mais efetivo modelo de tutela judicial, capaz de atender com eficácia aos interesses difusos e coletivos envolvidos nas demandas judiciais sobre educação infantil. Isso porque fica cada vez mais evidente que a profusão de demandas judiciais individuais, promovidas pelo Ministério Público, Defensoria Pública, associações e

14. Ação Civil Pública proposta junto à Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional de Santo Amaro – São Paulo, Proc. nº 002.10.046662-3.

15. Apelação Civil, Proc. n. Apelação Cível nº 0046662-70.2010.

particulares não provoca alterações significativas na política pública, o que está patente na crescente lista de espera por vagas.

Uma das ações propostas pelo Movimento em defesa de direitos individuais homogêneos de 1.030 crianças excluídas da educação infantil na jurisdição do Fórum Regional de Santo Amaro, por sua vez, teve sentença favorável com trânsito em julgado após denegação de recurso da Municipalidade ao STF. Também nesse caso, alguns dos beneficiários da ACP propuseram medidas judiciais requerendo a conversão da obrigação de fazer em indenização por perdas e danos, uma vez que as crianças alcançaram a idade de ingresso no ensino fundamental sem que fosse atendida a determinação judicial de matrícula na educação infantil¹⁶.

Representativa dos limites da atual tutela jurisdicional é a ação civil pública promovida pela Defensoria Pública no Foro Regional de Santo Amaro, em 2011¹⁷. Na decisão de primeiro grau, o Juízo havia determinado à municipalidade, liminarmente, a matrícula em creche ou pré-escola de todas as crianças relacionadas no cadastro para obtenção de vaga na data da decisão – 29 de abril de 2011 –, no prazo de 9 meses, sob pena de multa no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais) por criança desatendida. A decisão contemplava cerca de 67.000 crianças cadastradas em lista de espera na data de concessão.

Essa ação civil pública promovida pela Defensoria Pública é ainda exemplar em razão da discussão sobre gestão processual que provocou no Foro Regional de Santo Amaro, que é aquele com maior número de ações individuais. Isso porque o Juízo, uma vez proferida a liminar acima citada, passou a não mais admitir ações individuais, em alguns casos promovidas pela própria Defensoria Pública, sob o fundamento de litispendência e falta de interesse processual¹⁸. Passou ainda o Juízo a negar a concessão de liminar em ações promovidas por representantes de crianças cadastradas após 29 de abril, por entender que seriam “injustificadamente lesados os direitos das

16. Processos n° 0069496-33.2011.8.26.0002 e n° 0069492-93.2011.8.26.0002, Foro Regional de Santo Amaro.

17. Agravo de Instrumento n° 0111160-50.2011.8.26.0000. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Órgão: Câmara Especial. Relator(a): Des. Cláudia Grieco Tabosa, julgado em 30/7/2012.

18. Nesse sentido: Processo n° 0058315-35.2011.8.26.0002 - Procedimento ordinário - Seção Cível.

outras crianças já previamente cadastradas, atualmente beneficiadas por ação coletiva em trâmite nesta Vara, intentada pela mesma Defensoria Pública que ora patrocina os interesses do autor, cujo prazo para cumprimento da tutela antecipada deferida foi de nove meses (ação civil pública – ACP – Processo nº 0083159-83.2010.8.26.0002)”¹⁹. No entanto, tais decisões foram reformadas pelo TJSP, que determinou o regular processamento dos casos individuais, mesmo daqueles relacionadas às crianças já contempladas na liminar da ação civil pública²⁰. Tal posicionamento levou o Juízo a rever sua posição, alegando para tanto razões de economia processual²¹.

Recente decisão da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, no entanto, suspendeu, em agravo de instrumento, a antecipação de tutela concedida em abril de 2011. Na decisão, argumenta-se que a posição favorável à garantia judicial do direito à educação não se aplica “à extensão do direito pretendido (em caráter genérico), no que pertine à concessão de vagas a todas as crianças inscritas em cadastro prévio da Prefeitura”. Afirma que a tutela judicial de tal direito “não comporta pedido genérico e abstrato”.

Ocorre que a tutela coletiva deferida em primeiro grau não poderia ser definida como genérica ou abstrata. Isso porque ao determinar a matrícula

19. Processo nº 0001936-40.2012.8.26.0002 - Procedimento ordinário - Seção Cível.

20. Nesse sentido: Processo nº 0058315-35.2011.8.26.0002 - Apelação - São Paulo - Relator: Des.: Martins Pinto - Apelante: Menor - Apelado: M. de S. P.

21. Nesse sentido: Processo nº 0025873-79.2012.8.26.0002 - Mandado de Segurança - Seção Cível. “Vistos. Anoto, de início, que vinha adotando entendimento segundo o qual as crianças cadastradas até o dia 29/4/2011 no sistema informatizado da ré careciam de interesse processual para o ajuizamento de demandas como a presente, eis que já privilegiadas por decisão reconhecendo seu direito à vaga em creche proferida na ação promovida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em face do Município de São Paulo, para ver atendida toda a demanda de creche e pré-escola existente na zona sul (ação civil pública - ACP - Processo nº 0083159-83.2010.8.26.0002, em trâmite nesta Vara da Infância). Tenho observado, contudo, que a Egrégia Instância Superior, quando da apreciação dos recursos de apelação, tem reiteradamente afastado o entendimento por mim esposado, determinando o prosseguimento da ação e concedendo a antecipação dos efeitos da tutela. Deste modo, a fim de evitar recursos cujo provimento é certo, sobrecarregando ainda mais a já assoberbada máquina judicial e, em especial, gerando acúmulo de serviço no cartório desta Vara da Infância, inclusive em prejuízo de processos relativos a crianças acolhidas institucionalmente, curvo-me à posição adotada pela Colenda Câmara especial e, desde logo, passo a receber a inicial e apreciar o pedido de liminar.”

de todas as crianças em lista de espera na data da liminar o Juízo está fazendo referência a uma lista certa e delimitada, de conhecimento público, na qual é possível identificar cada um dos beneficiários incluídos no sistema de cadastro por iniciativa direta de seus pais e responsáveis. Não se pode aplicar neste caso, portanto, a limitação à tutela dos chamados “pedidos futuros”, que apesar de ser tutela típica em ação coletiva para a defesa de direitos e interesses difusos, continua em voga através de algumas decisões do Tribunal paulista.

De fato, no acórdão fica evidenciado o desconhecimento quanto à forma de apuração da demanda no Município de São Paulo. Vejamos: “Cabe salientar que a outorga da prestação jurisdicional de forma abstrata, sem que o munícipe demonstre sua necessidade (desprovida de análise do caso concreto), ensejaria verdadeira ingerência do Poder Judiciário na competência do Poder Executivo, vez que cabe a este estabelecer as diretrizes e prioridades de atendimento da população (por meio de previsões orçamentárias), e ao Judiciário intervir somente nas situações concretas que lhe são apresentadas”. Ora, o cadastro em lista de espera é a demonstração cabal de necessidade, uma vez que a inclusão da criança nela é fruto de manifestação de vontade de seus pais ou responsáveis.

No entanto, ao referido argumento juntam-se considerações sobre a proporcionalidade da tutela requerida e os riscos de desequilíbrio de ordem econômico-financeira da Municipalidade, o que acaba por provocar uma situação de imobilismo do Judiciário, como retratado no acórdão aqui analisado:

“Considerando-se os elementos acima dispostos, não se justifica a omissão, quanto a obrigação de acesso à creche (direito fundamental inafastável), por parte da municipalidade fundada na falta de espaço físico e dificuldade orçamentária (pois é obrigação do município ampliar o número de vagas). Tampouco prevalece a possibilidade de estabelecimento de critérios de inscrição e listas de espera para a obtenção da vaga, hipóteses que representam verdadeira denegação do direito. No entanto, é incabível a condenação genérica, que pode ocasionar prejuízos aos cofres públicos”²².

22 Agravo de Instrumento nº 0111160-50.2011.8.26.0000. Agravante: Município de São Paulo. Agravado: Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Órgão: Câmara Especial. Relator(a): Desa. Cláudia Grieco Tabosa, julgado em 30/7/2012.

A afirmação de que a mera inscrição em listas de espera representa denegação de direito é uma verdade, pois o crescente número de crianças em tais listas é decorrência direta da ausência de oportunidades educacionais que deveriam ser asseguradas pelo Poder Público.

A simples determinação judicial no sentido de obrigar a matrícula de crianças específicas (não “genérica”, conforme a concepção do Tribunal), no contexto atual da política pública existente, nada diz sobre a obrigação de ampliação de vagas disponíveis. Informa apenas que a criança protegida judicialmente será atendida de forma prioritária, ou seja, que aquela vaga pré-existente lhe será destinada em detrimento das demais que aguardavam em fila de espera. Isso só pode ser entendido como acesso à justiça numa perspectiva muitíssimo limitada.

Inefetividade, ineficiência e injustiça do padrão comum de litigância

Com a implementação da lista de espera pública no Município de São Paulo, organizada em cada um dos 477 setores educacionais, ficou evidenciado que as liminares e sentenças concessivas limitam-se a provocar alteração na ordem de chamada, ou seja, “furam” a ordem cronológica de ingresso dos demandantes. Isso porque a determinação de matrícula só pode ser atendida com a abertura de vaga, uma vez que a rede municipal de ensino já trabalha com número de crianças por sala e por educador muito superior aos patamares máximos aceitáveis.

Se é verdade que a lista de espera não se justifica do ponto de vista do direito subjetivo das crianças ao atendimento imediato, também é fato que a simples alteração na ordem do atendimento não respeita critérios mínimos de justiça, nem leva o administrador a alterar sua cômoda posição omissiva.

Do ponto de vista da política institucional de acesso à justiça, o atual modelo de tutela é ainda mais questionável em termos de eficiência. Além de não provocar alterações na política pública e de promover injustiças que levam ao questionamento popular sobre a atuação das instituições litigantes, a tutela individualizada promove uma ineficaz política de acesso à justiça.

Levantamento realizado pela Assessoria Cível da Defensoria Geral do Estado de São Paulo (2012) identificou, nos meses de maio e junho de 2012, uma média de 98 atendimentos individuais semanais a pais e responsáveis

que, apesar de cadastrados na lista de espera, buscavam providências para acelerar o atendimento de seus filhos ou pupilos. Isso em um contexto de sobrecarga de trabalho e baixo número de defensores para o atendimento de todas as demandas e carências da população.

Além da Defensoria Pública, o Ministério Público promove e acompanha centenas de ações com o mesmo objeto, sendo que a grande maioria requisita matrícula de crianças específicas. Afirmo ainda a Promotoria de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Infância e da Juventude da Cidade de São Paulo, responsável pela medida, que entre 2009 e 2011 ajuizou mais de 100 ações civis públicas, em benefício de mais de 10.000 crianças, ao que se devem somar as ações propostas pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a sociedade civil.

Os direitos sociais à luz da Constituição de 1988 e dos tratados internacionais: breves delineamentos

A Constituição de 1988 representa um marco na história constitucional brasileira relativamente à inclusão dos direitos sociais como direitos fundamentais (art. 6º e ss.) e ao compromisso de atingir resultados voltados à transformação social (art. 3º), por meio do desenvolvimento nacional e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A preocupação constitucional com o atingimento de resultados, especialmente no campo econômico, social e cultural, é reforçada pelos art. 2º (1) do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU) e art. 1º do Protocolo de San Salvador (OEA) que atribuem aos Estados-partes os deveres de (a) progressivamente implementar os direitos sociais, utilizando-se o máximo dos recursos disponíveis e (b) não retroceder sobre os avanços conquistados.

Extraí-se das normas constitucionais e das decorrentes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil em matéria de direitos sociais, relevantes princípios concernentes aos direitos sociais (GOTTI, 2012: 72-117):

- a) o princípio da observância do *minimum core obligation*;
- b) o princípio da aplicação progressiva e da proibição do retrocesso social;
- c) o princípio da utilização do máximo dos recursos disponíveis.

Destaca-se, ainda, como princípio hermenêutico específico, o princípio

in dubio projustitiasocialis, segundo o qual resta favorecida a interpretação que “maior alcance der ao direito social em questão”.

a) princípio da observância do minimum core obligation

Na interpretação do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ainda que a satisfação dos direitos sociais se dê gradualmente, os Estados-partes devem, pelo menos, satisfazer o conteúdo ou nível mínimo dos direitos (*minimum core obligation*), e, mesmo em época de crise, devem adotar medidas que visem a proteger as pessoas em situações de desvantagem ou vulnerabilidade social (GOTTI, 2012: 80).

O dever de satisfazer esses níveis essenciais está respaldado pelo princípio da boa-fé a que estão submetidos os Estados-partes após a ratificação dos tratados internacionais (artigo 3º, parágrafo 1º da Convenção de Viena de 1969 – “Lei dos Tratados”).

b) o princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais e da proibição do retrocesso social

A doutrina brasileira entende que o princípio da proibição do retrocesso social está implícito na Carta de 1988, especialmente nos arts. 1º, inciso III; 3º; 5º, § 1º; 170 e 193 e, o princípio da implementação progressiva, implícito nos seus arts. 3º, 170, 193.

Todavia, é no âmbito do direito internacional que se delineiam os contornos do princípio da proibição do retrocesso social de forma inter-relacionada com o princípio da implementação progressiva, em especial no art. 2º, parágrafo 1º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O princípio da implementação progressiva requer que o Estado crie as condições materiais necessárias para a plena fruição dos direitos sociais, priorizando os recursos necessários para gradualmente atingir essa finalidade. Como os recursos são finitos, é fundamental que o Estado estabeleça um planejamento focado, com metas de curto, médio e longo prazos, justificando à sociedade a racionalidade dos critérios adotados. Para a aferição do cumprimento desse princípio é fundamental que seja garantido o acesso à

informação dos critérios utilizados pelo Estado para a elaboração das metas, inclusive da justificativa das prioridades eleitas, sendo especialmente útil para esse fim a utilização de indicadores sociais. Por sua vez, o princípio da proibição do retrocesso requer que ao longo do processo de efetivação dos direitos sociais não ocorram pioras no seu grau de fruição. O retrocesso poderá ser de duas ordens: normativo (aplicável a normas jurídicas) ou de resultados (aplicável ao resultado de políticas públicas) (GOTTI, 2012: 110).

c) o princípio da utilização do máximo dos recursos disponíveis

Além das diversas normas constitucionais contidas no Título VIII - da Ordem Social, que direcionam a utilização dos recursos públicos para a implementação, por exemplo, do direito à educação e do direito à saúde, é importante ter presente que o art. 3º, endereça aos Poderes Públicos, de forma abrangente, metas prospectivas voltadas ao alcance da justiça social. A própria ordem econômica, segundo o *caput* do art. 170 da Carta de 1988, tem como objetivo assegurar os ditames da justiça social e assegurar a todos existência digna.

A enunciação dessas metas evidencia a preocupação da Constituição em fortalecer e ampliar o grau de concretização dos direitos, sobretudo dos direitos sociais que são, em última instância, condição essencial para a promoção do desenvolvimento nacional, para a efetivação de uma sociedade livre e justa, para a erradicação da pobreza e da marginalização, para a promoção do bem de todos e para a redução das desigualdades sociais e regionais (GOTTI, 2012: 87).

Além das prioridades constitucionais, os compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro também impõem a priorização de recursos públicos para a área social (art. 2º, parágrafo 1º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o art. 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), o que restringe a discricionariedade dos Estados na alocação dos recursos públicos.

Por fim, é de se destacar, com relação à interpretação dos direitos sociais (ao lado dos tradicionais princípios e postulados de interpretação constitucional,

como os princípios da supremacia da constituição, da maior efetividade possível das normas constitucionais, da unidade e da harmonização, da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e proporcionalidade), o princípio hermenêutico *in dubio pro justitiasocialis*, segundo o qual resta favorecida a interpretação que maior alcance der ao direito social em questão.

Este princípio encontra-se implícito na Constituição de 1988, diante da ênfase que a ordem constitucional empresta ao alcance dos objetivos primordiais da justiça social, do bem-estar geral e da promoção da dignidade humana (*vide arts. 3º, 170, caput, 193*).

Em suma, para concretizar os direitos sociais, verdadeira condição para o exercício do direito ao desenvolvimento, é imprescindível que o planejamento da ação estatal, a elaboração das leis orçamentárias e as políticas públicas, em todas suas etapas (formação, implementação, avaliação e controle), estejam alinhados a esse objetivo e que, em seu processo de implementação, haja um constante monitoramento de seus resultados com vistas a identificar o esperado progresso no grau de fruição dos direitos ou um retrocesso que precisa ser corrigido.

A insuficiência do modelo de litigância adotado em face da tipologia do conflito envolvido

As naturezas e especificidades próprias dos conflitos de justiça comutativa e distributiva exigem estratégias diferenciadas de litigância, sob o risco de serem pouco ou nada efetivas na prática.

Apenas para situar o problema, convém recordar que, na justiça comutativa os conflitos são, em regra geral, bilaterais e as relações jurídicas observam uma lógica binária: certo-errado, lícito-ilícito, culpado-inocente, credor-devedor. Diversamente, os conflitos de justiça distributiva não têm um caráter bilateral, mas sim policêntrico ou plurilateral.

A proliferação das demandas relacionadas aos direitos sociais, sobretudo aquelas com uma faceta distributiva, têm colocado o Poder Judiciário diante de novos e importantes desafios. Comenta José Reinaldo de Lima Lopes (2006:119-122) que, na última década, há três tipos de conflitos que vêm emergindo com maior frequência e intensidade, e que, ao desaguar no Poder Judiciário, ilustram o problema tradicional da justiça distributiva:

- a) problemas de poder político: tratam-se das questões de limitação dos poderes, atribuições, funções e competências entre os diversos poderes do Estado, sejam eles os tradicionais do liberalismo, sejam as novas agências e agentes (ex. Ministério Público *vs* Administração Pública);
- b) exigências de políticas públicas: os conflitos coletivos, que mostram grupos organizados que reivindicam benefícios sociais ou individuais coletivamente fruíveis (saúde, moradia, educação, transporte, etc.), nos quais a solução natural não é um ato de adjudicação (típico do Judiciário), mas uma política pública. Trata-se de uma solução que requer não apenas o reconhecimento de um direito subjetivo e de um dar/entregar ou obrigar a dar/entregar alguma coisa ou alguma quantia em dinheiro, mas um fazer ou prover um serviço público (contínuo, ininterrupto, impessoal, etc.), que exige meios (receita para seu custeio, pessoal e material para sua execução, poder ou competência para sua efetividade);
- c) problemas individuais em chave coletiva: os conflitos coletivos, que são aparentemente individuais e tradicionais (controvérsias entre partes claramente limitadas e com objetivo definido, como uma obrigação contratual, uma separação, um crime ou uma contravenção). Como na sociedade de massas e de classes a repetição de casos individuais indica a existência de grupos, classes, a adjudicação de um caso pode ter consequências em muitos casos semelhantes, pondo-se em dúvida se haveria a necessidade de um processo judicial completo para cada caso, ou se bastaria uma decisão seguida do reconhecimento dos casos individuais como participantes da mesma classe (o problema da extensão da *res judicata*).

A grande dificuldade é que, como o Poder Judiciário só age sob provocação e suas decisões, em tese, somente valem para o caso *sub judice*, as decisões que julgam conflitos distributivos – ou que, sob o pretexto de fazer justiça comutativa, estão de fato envolvidas em questões distributivas – acabam, na prática, gerando um tratamento desigual para aquele que não se socorreu do Poder Judiciário. Há ainda outros importantes desafios:

- a) a separação dos poderes, pela qual o Poder Judiciário não poderia imiscuir-se nas questões próprias do Poder Executivo e Legislativo;
- b) a intangibilidade da discricionariedade administrativa, que entende que o mérito dos atos administrativos é insuscetível de controle por parte do

Poder Judiciário;

- c) a questão orçamentária e a reserva do possível;
- d) a legitimação política para decidir;
- e) o processo contraditório bilateral, já que a justiça distributiva não pode ser feita a partir da lógica bilateral;
- f) a inércia institucional do Poder Judiciário, que só age sobre provocação;
- g) o precedente e a cultura jurídica, cuja prática atém-se mais a questões individuais e bilaterais;
- h) o aparelhamento insuficiente do Poder Judiciário, que foi moldado para lidar com conflitos individuais e bilaterais e que não possui capacidade de obter as informações necessárias para a solução de questões sobre o meio ambiente, o aumento de uma tarifa de serviço público, o orçamento da educação pública²³.

O ajuizamento massivo de ações adotado até este momento, para solucionar o déficit contínuo de vagas em creches no Município de São Paulo, tem sido pouco eficiente devido, prioritariamente, a dois fatores: a) aplicação da lógica e estratégias de exigibilidade da justiça comutativa a conflitos tipicamente de justiça distributiva, o que acaba por esbarrar nos obstáculos acima apontados; b) desarticulação dos principais agentes envolvidos no planejamento, execução, implementação e controle das políticas públicas relacionadas ao direito à educação infantil.

A análise dos resultados práticos alcançados demonstra que o ajuizamento de diversas ações individuais, ou mesmo coletivas, com o objetivo de compelir o Município de São Paulo a garantir vagas às crianças e ampliar a rede de atendimento existente, não tem sido eficaz. Por se tratar de um problema estrutural – que requer foco no planejamento de ações, delineamento de metas ao longo de um espaço temporal, mobilização de recursos e controle eficaz – a simples adjudicação do objeto, com a ordem de que se disponibilize vagas é praticamente inexequível haja vista a insuficiência dos equipamentos necessários.

Por se tratar de um litígio tipicamente distributivo, de caráter estrutural, não basta que o Poder Judiciário aplique as regras existentes. É necessário

23. Nesse sentido, vide Gotti, 2005, p. 263-276; Lopes, 2006, p. 134-136; Courtis, 2008, p. 73-95.

que tenha acesso a informações detalhadas da conjuntura na qual se insere o problema concreto (déficit existente, demanda, equipamentos existentes, recursos mobilizados, metas delineadas para o atendimento progressivo), para, a partir de um diálogo com o Poder Executivo, arquitetar, à luz dos parâmetros legais existentes, a melhor solução de modo a equacionar as diversas tensões existentes, monitorando o atingimento dos resultados propostos ao longo do tempo.

Desse modo, em primeiro lugar, é preciso ter acesso às informações detalhadas sobre a situação concreta *sub judice*, os objetivos estatais e as metas de realização estipuladas pelo Poder Público competente. O acesso à informação é essencial para o adequado diagnóstico do caso concreto especialmente quando envolve a adoção de políticas públicas, já que muitas vezes o Poder Público detém o monopólio das informações necessárias para a aferição do cumprimento da conduta devida. Em segundo lugar, quando se trata do questionamento de uma política pública, é fundamental o acesso a indicadores de resultado, que demonstrem a eficácia e eficiência do Poder Público na sua implementação (2009:283-284).

É interessante notar que há uma grande resistência às formas judiciais de solução dos conflitos que extrapolam a tradicional adjudicação do bem *sub judice*. Tal concepção acaba por desconsiderar as distinções existentes entre os conflitos de justiça comutativa (bilaterais e individuais) e os de justiça distributiva (plurilaterais), e daí passar a julgar todos da mesma forma como se desprovidos fossem de suas peculiaridades.

O grande desafio é, em suma, articular soluções que ofereçam respostas adequadas e eficazes aos conflitos de direitos sociais levados ao Poder Judiciário – como é o caso da falta de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo – por meio de alternativas inovadoras que combinem fórmulas distintas, assegurando-se, na medida do possível, o componente democrático das decisões, com a participação, por exemplo, dos grupos envolvidos em audiências públicas e no fornecimento de informações técnicas.

Uma estratégia de litigância alternativa

O enfrentamento do déficit de vagas nas creches e pré-escolas requer a adoção de uma estratégia de exigibilidade que, a partir do contexto real do problema, articule *todos os atores envolvidos* para a construção de uma solução definitiva a ser paulatinamente implementada.

Estratégias inovadoras para o enfrentamento de litígios estruturais têm sido adotadas em países como Colômbia, Argentina, Peru e a África do Sul, todos países em desenvolvimento que possuem Constituições garantistas, que prestigiam a temática dos direitos sociais, assim como a nossa Constituição de 1988.

Dentre essas estratégias possuem destaque as que procuram lidar com as tensões entre os Poderes constituídos, respeitando o âmbito de atuação de cada qual ao mesmo tempo em que reforçam o papel chave do Poder Judiciário como garante da observância dos parâmetros legais na efetivação dos direitos sociais. É o caso da implementação dialógica, em que o Poder Judiciário envia a política pública *sub judice* para que o Poder respectivo (Executivo ou Legislativo) a reformule (estruturando um plano de ação), ao constatar que ela não é compatível com as normas jurídicas aplicáveis.

Esclarecem Victor Abramovich e Christian Curtis (2006:148-150) que esse tipo de intervenção é típico do que se denominou litígio complexo (*complexlitigation*) ou litígio de reforma estrutural (*structuralreform*), cujas principais características são:

- a) o questionamento de uma situação normativa ou fática, de alcance coletivo, à luz dos parâmetros exigidos pelo ordenamento jurídico;
- b) a multiplicidade de autores e interesses em jogo;
- c) o caráter estrutural da violação sob análise;
- d) a necessidade de desenho de um remédio que requer planejamento e implementação de largo alcance;
- e) a necessidade de respeito à separação dos poderes;
- f) a necessidade de supervisão da execução da sentença, etapa na qual, diferentemente do litígio bilateral tradicional, inclui-se o desenho concreto das medidas a adotar, o cronograma de cumprimento e o seguimento do cumprimento.

Nessa sistemática, adotada em casos de litígio estrutural, é fundamental que seja estabelecido um “diálogo” entre os Poderes constituídos com vistas à solução do caso concreto. Neste diálogo, o Poder Judiciário tem o papel de esclarecer os parâmetros normativos que os Poderes respectivos (Legislativo ou Executivo), ao analisar a solução para a situação normativa ou fática *sub judice*, deverão observar, remanescendo-lhe a supervisão da execução da medida acordada ao longo do tempo, mediante a realização de audiências periódicas de monitoramento.

Nesse prisma, é de se destacar um paradigmático julgado colombiano (T-760/2008)²⁴ proferido como resposta a problemas recorrentes de violações ao direito à saúde e ao reflexo das dificuldades estruturais do Sistema Geral de Seguridade Social em Saúde, gerado principalmente por falhas de regulação.

Neste caso, a Corte Constitucional reuniu diversos processos individuais em que se invocava a proteção do direito à saúde, tais como: o acesso a serviços de saúde contemplados no Plano Obrigatório de Saúde (POS); acesso a serviços de saúde não incluídos dentro do POS; acesso aos serviços de saúde de alto custo e para tratar enfermidades raras, assim como aos exames de diagnóstico; entre outros. Além disso, envolveu na análise da questão vários órgãos relacionados à regulação da saúde e a proteção social.

O propósito de pensar os processos foi duplo: a) ter uma visão ampla do tipo de problemas que levava os demandantes a se socorrer da justiça constitucional para obter a satisfação de seus direitos, já que a maior proporção das ações de tutela propostas no país refere-se ao direito à saúde; b) permitir à Corte analisar as diferentes facetas do direito à saúde e valorar suas implicações sempre com a finalidade de garantir o gozo universal, equitativo e efetivo deste direito.

A partir da visão de conjunto, e considerando que quando o gozo de um direito constitucional fundamental depende de desenvolvimento progressivo é preciso contar, no mínimo, com a existência de um programa ou um plano de ação que busque gradualmente assegurar a sua implementação (itens 3.3.9 a 3.3.14), a Corte determinou a adoção de várias providências para superar as falhas de regulação, em diálogo com a comunidade médica e os usuários do sistema de saúde

24. Colômbia – Corte Constitucional – Sala Segunda de Revisão – Sentença T-760/2008 – Sessão 31.7.2008.

A importância do julgado acima mencionado, que adota a sistemática da implementação dialógica, deslocando para a fase de execução do julgado o desenho concreto das medidas que serão implementadas, advém do fato de ter sido determinada uma ampla revisão do Sistema Geral de Seguridade Social em Saúde, a partir do aglutinamento de diversas ações individuais.

É de se destacar, ainda, a relevante sentença proferida pela Corte Constitucional colombiana, no T-025/04²⁵, relativo a 108 ações de tutela ajuizadas por 1.150 núcleos familiares, todos pertencentes à população deslocada em razão das guerrilhas internas, que ingressaram com demandas judiciais insurgindo-se com a falta de resposta efetiva a suas solicitações em matéria de moradia e acesso a projetos produtivos, atenção à saúde, educação e ajuda humanitária. Ao analisar a demanda, a Corte chegou à conclusão de que os resultados de avaliação da política pública existente - desenvolvida desde o ano de 1997 - demonstravam que ela não havia conseguido neutralizar a situação de vulnerabilidade dos direitos constitucionais da maioria da população deslocada, já que os níveis de cobertura dos componentes da política eram insuficientes.

Diagnosticou a Corte que a insuficiência dos resultados da política pública para o deslocamento forçado devia-se a dois fatores: (i) a precariedade da capacidade institucional para implementar a política pública e (ii) a alocação insuficiente de recursos. No tocante à precariedade da capacidade institucional, constatou a Corte, quanto ao desenho e desenvolvimento regulamentar da política, que não existia, dentre outros fatores, (i) um plano de ação atualizado; (ii) não haviam sido fixadas metas específicas ou indicadores que permitissem detectar se os objetivos das políticas haviam sido cumpridos; (iii) a atribuição de funções e responsabilidades das distintas entidades era difusa. Havia também diversas deficiências no que se referia à implementação da política, tais como, (i) a ausência de ações concretas das entidades envolvidas; (ii) os meios utilizados para alcançar os fins das políticas

25. Colômbia – Corte Constitucional – Sala Terceira de Revisão – Processo T-653010 e acumulados – Sentença T-025/2004 – Repte: Abel Antonio Jaramillo e outros – Reqdo: Red de Solidaridad Social, Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Protección Social, Ministerio de Agricultura, Ministerio de Educación, Inurbe, I Incora, I SENA e outros – Sessão 22.1.2004.

não eram idôneos; (iii) ausência de avaliação da pontualidade das entidades responsáveis na execução dos programas, já que não existia uma sistemática de acompanhamento e fixação de prazos para a avaliação do cumprimento dos objetivos fixados. Com relação aos recursos, constatou a Corte que o governo central destinava recursos financeiros inferiores às necessidades da política e muitas entidades territoriais não destinavam recursos próprios para atender os distintos programas.

A Corte Constitucional, citando trechos da sentença T-595/2002, sustentou que:

“ Agora bem, se a exigibilidade da prestação protegida pela dimensão positiva do direito fundamental depende do passar do tempo, não é aceitável que no ano de 2002, por exemplo, uma entidade do Estado dê a mesma resposta que dava em 1992 (...). A medida que passam os anos, se as autoridades encarregadas não tomaram medidas efetivas que assegurem avanços na realização das prestações protegidas pelos direitos constitucionais, gradualmente vão incorrendo em um descumprimento cuja gravidade aumenta com o passar do tempo. (...) Levar os direitos a sério exige, também, levar a progressividade a sério, como já destacaram os organismos internacionais competentes. Em primeiro lugar, a progressividade se predica do gozo efetivo do direito e, para tanto, não justifica excluir grupos da sociedade da sua titularidade. Na medida em que certos grupos sociais, por suas condições físicas, culturais ou socioeconômicas, somente podem gozar plenamente de uma prestação amparada por um direito se o Estado adotar políticas que comprometam recursos públicos e exijam medidas de ordem administrativa, o caráter progressivo dessas prestações impede que o Estado seja completamente indiferente às necessidades de tais grupos posto que isso equivaleria a perpetuar sua situação de marginalização, o que é incompatível com os princípios fundamentais nos quais se funda uma democracia participativa. Em segundo lugar, a progressividade de certas prestações protegidas por um direito requer que o Estado incorpore em suas políticas, programas e planos, recursos e medidas vocacionadas a avançar de maneira gradual no atingimento das metas que o próprio Estado se fixou para que todos os habitantes possam gozar efetivamente de seus direitos. Em terceiro lugar, o Estado pode através de seus órgãos competentes definir a magnitude dos compromissos que adquire com seus cidadãos com vistas a lograr dito objetivo e, também, pode determinar o ritmo com o qual avançará

no cumprimento de tais compromissos. Sem embargo, essas decisões publicamente adotadas devem ser sérias, pelo que hão de estar sustentadas em um processo decisório racional que estruture uma política pública suscetível de ser implementada de tal maneira que os compromissos democráticos adquiridos não sejam meras promessas carentes de toda vocação de ser em realizados’.

O avanço progressivo dos direitos, tal como destacou essa Corporação, garante-se mediante processos de execução complexa dos mandatos superiores, que estejam sujeitos a uma série de critérios constitucionais que devem ser levados em conta pela autoridade tanto ao desenhar como ao executar a política.

Quando o Estado omite sem justificação constitucionalmente aceitável tomar medidas frente à marginalização que sofrem alguns membros da sociedade, e se verifica que a inação viola um direito constitucional fundamental, a função do juiz será ‘não a de substituir os órgãos do poder político incursos na abstenção, mas a de ordenar o cumprimento dos deveres do Estado’ ”.²⁶

Essa sentença T-025/04 é paradigmática ao dar visibilidade ao fato de que deve haver coerência entre a dimensão dos problemas fáticos que se pretende solucionar e os recursos orçamentários disponibilizados para tanto. Enfatiza-se, ainda, nesta sentença, a importância das metas e dos indicadores para a mensuração das políticas públicas como elemento essencial à análise de seus resultados e, por consequência, de sua adequação e eficiência

Ao monitorar as determinações feitas na sentença T-025/04, a Corte declarou, nos Autos 177/05²⁷, que apesar dos avanços, o problema ainda não havia sido superado e era necessário avançar na intensificação dos esforços orçamentários e administrativos, para o que atribuiu incumbências a diversos agentes (Defensoria do Povo, Procuradoria Geral da Nação, Controlador Geral da República, Ministério da Fazenda e Crédito Público, Ministério do Interior e da Justiça, entre outros).

Percebe-se, portanto, que as decisões apontadas têm o mérito de, a partir de uma visão ampla do contexto fático dos problemas jurídicos em discussão,

26. Idem, *item 8.2 da sentença (Tradução livre)*.

27. Colômbia – Corte Constitucional – Sala Terceira de Revisão – Auto 177/05 – Referência sentença T-025/04 – Sessão 29.8.2005.

estabelecer uma solução dialogada com o Poder Executivo, prevendo-se uma sistemática de monitoramento, que envolve diversos agentes, e é lastreada pelo uso de ferramentas de aferição do resultado alcançado ao longo do tempo (metas e indicadores objetivos de avaliação).

Estratégia de atuação para solucionar o déficit de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo

A análise do padrão de litigância adotado para solucionar o problema da ausência de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo demonstra que, prioritariamente, existem duas frentes de atuação:

- a) ações individuais ou coletivas, voltadas a conferir celeridade ao acolhimento das crianças nas creches e pré-escolas;
- b) ações voltadas à defesa de interesses difusos, por meio da análise da política pública de educação infantil de forma mais ampla, buscando-se incluir na Lei Orçamentária Anual e no Plano Plurianual (PPA) rubrica específica com previsão de valores financeiros suficientes para assegurar as matrículas demandadas, com garantia de qualidade e a apresentação de plano público de ampliação de vagas com garantia de qualidade, nos bairros sob a jurisdição dos Fóruns e no Município de São Paulo, de forma a atender toda a demanda oficialmente cadastrada.

Tendo em vista a ausência de equipamentos suficientes para o acolhimento de todas as crianças em creches e pré-escolas, a simples determinação de sua inclusão, com prioridade, nas filas para atendimento é pouco ou nada eficaz.

Como já dito, com a implementação da lista de espera pública no Município de São Paulo, organizada em cada um dos mais de 477 setores educacionais, ficou evidenciado que as liminares e sentenças concessivas limitam-se a provocar alteração na ordem de chamada, ou seja, “furam” a ordem cronológica de ingresso dos demandantes. Se é verdade que a lista de espera não se justifica do ponto de vista do direito subjetivo das crianças ao atendimento imediato, também é fato que a simples alteração na ordem do atendimento não respeita critérios mínimos de justiça, nem leva o administrador a alterar sua cômoda posição omissiva.

De outra sorte, a conversão em perdas e danos da obrigação de fazer não satisfeita ou mesmo a estipulação de multa por descumprimento

(providências legítimas e necessárias), tem o efeito colateral de onerar ainda mais o orçamento público, tornando mais tormentosa a solução do problema de forma universal.

A seu turno, as demandas voltadas à defesa de interesses difusos, que buscam solucionar omissões no tocante às políticas públicas voltadas à universalização do direito à educação infantil, a partir da expansão das vagas e da inclusão de previsão orçamentária suficiente para garantir uma educação de qualidade, por exemplo, são, com raras exceções, julgadas improcedentes sob a alegação de afronta à separação dos poderes, à discricionariedade administrativa e à vinculação orçamentária.

O estudo dos modelos de litigância relacionados a estes casos no direito comparado permite aferir que é possível obter uma resposta mais eficaz se modificado o padrão de litigância, ou, ao menos, o padrão decisório.

Nesse prisma, uma estratégia de atuação possível com relação às centenas de ações individuais e coletivas voltadas ao acolhimento das crianças nas creches e pré-escolas, é o seu aglutinamento, em sede recursal, no TJSP, assim como feito na Colômbia no caso relacionado ao Sistema de Seguridade de Saúde, para permitir uma análise global do problema e a construção de um plano de ação dialogado com o Poder Executivo. Neste caso, seria estabelecido um cronograma estruturado, com o monitoramento periódico das ações acordadas, acompanhado por agentes fundamentais nesse processo, tais como Defensoria Pública, MP, Tribunal de Contas do Município (TCM), associações civis e especialistas em educação infantil.

Outra possível estratégia é aguardar que sejam pautadas para julgamento as noticiadas Ações Cíveis Públicas propostas no Foro Regional de Jabaquara²⁸ e no Foro Regional de Santo Amaro²⁹ para sensibilizar o TJSP a realizar uma Audiência Pública, envolvendo diversos agentes (Poder Executivo, Defensoria Pública, MP, TCM, especialistas em educação e litígios desta natureza, associações civis), para a discussão de uma proposta de plano público de ampliação de vagas com garantia de qualidade, bem como dos recursos orçamentários necessários à sua viabilização, de forma progressiva.

28. Ação Civil Pública proposta junto à Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional de Jabaquara – São Paulo, Proc. nº 003.10.018645-1.

29. Ação Civil Pública proposta junto à Vara da Infância e da Juventude do Foro Regional de Santo Amaro – São Paulo, Proc nº 002.08.150735-6.

O resultado desta Audiência Pública poderia propiciar as bases para a negociação com o Poder Executivo de um cronograma de ações ao longo do tempo.

De igual forma, um resultado equivalente poderá ser atingido com a mudança do padrão de litigância, isto é, com o ajuizamento de uma demanda que, desde seu nascedouro, busque avaliar o cenário da educação infantil de forma ampla, examinando-se a adequação, eficácia e efetividade da política pública existente no Município de São Paulo, à luz do equipamento existente, da demanda total (atendida e reprimida), das exigências de qualidade, do orçamento público destinado para sua viabilização e das metas estruturadas para progressivamente garantir o acesso de todas as crianças às creches e pré-escolas.

Tal demanda poderá envolver, desde seu início, a participação de todos os agentes que, diariamente, lidam com tais questões e que poderão dar contribuições valiosas para o deslinde do feito. É o caso da Defensoria Pública que semanalmente realiza centenas diariamente realiza dezenas de atendimentos voltados ao acolhimento de crianças em creches e pré-escolas; é o caso do Ministério Público que da mesma forma possui diversas demandas ajuizadas; é o caso das entidades que integram o Movimento Creche para Todos, além de especialistas em educação e litígios desta natureza.

É fundamental, ainda, a participação do TCM para que possa julgar as contas a partir do cronograma de atuação delineado, bem como dos recursos comprometidos para a implementação progressiva do acesso às creches e pré-escolas.

Por fim, não se pode olvidar a possibilidade das ações judiciais enfrentarem os resultados obtidos pela política pública de educação infantil executada no Município de São Paulo, enfocando a adequação de sua progressiva implementação ou, até mesmo, buscando coibir retrocessos inconstitucionais.

Ante ao exposto, é fortemente recomendável que sejam implementadas novas estratégias de litigância, que se amoldem mais adequadamente ao perfil das demandas de caráter distributivo (como é o caso da política pública de educação infantil), buscando-se, em respeito aos princípios da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário, à economia processual e a celeridade, solucionar de modo mais eficiente, sustentável e definitivo o déficit de vagas em creches e pré-escolas no Município de São Paulo.

Conclusão

Transcorridos quatro anos do julgamento das duas Ações Civis Públicas ajuizadas no Foro Regional de Jabaquara e Santo Amaro, sobretudo desta última na qual foi determinada a apresentação do plano de expansão de 150 mil novas vagas e criado o Comitê de Assessoramento, foi conduzida pelo Decano do TJSP nova Audiência Pública, com o objetivo de fazer um balanço dos resultados atingidos e oportunizar à nova gestão Municipal a apresentação de seu plano de ação, visando nova pactuação para os avanços ainda necessários.

O balanço do Comitê de Assessoramento apontou no período abrangido pela decisão do TJSP a criação de 89.249 vagas, sendo 72.814 vagas em creches e 16.435 em pré-escolas.

Tal expansão foi eficaz para equacionar o problema da fila de espera na pré-escola. Todavia, constatou-se que persiste o déficit de vagas em creches, que, em abril de 2017, era da ordem de 88 mil vagas, além da premente necessidade de aprimorar o padrão de qualidade ofertado na rede de educação municipal, cuja ampliação ocorreu majoritariamente por meio do Conveniamento com instituições privadas.

Após a nova Audiência Pública, e um ciclo de dois meses de negociações, foi firmado um acordo com o Município de São Paulo, o qual foi homologado pelo TJSP em setembro de 2017, prevendo a ampliação das vagas em 85,5 mil, no quadriênio 2017 - 2020, nas áreas onde há maior demanda, além do aprimoramento de critérios de qualidade relacionados à infraestrutura, razão crianças/educador e a formação dos professores.

O Comitê de Monitoramento, agora com a presença do TCM, continuará a desempenhar o importante papel de acompanhamento das ações empreendidas pela Estado para garantir a eliminação da fila de espera e o atendimento aos parâmetros de qualidade.

O sucesso desta nova etapa depende da capacidade de todos os envolvidos enxergar os benefícios e as potencialidades deste *leading-case*, que inaugura uma nova engenharia jurídica³⁰ para a solução de conflitos envolvendo

30. Para maiores detalhes sobre a nova engenharia jurídica criada por este *leading-case* e o papel do Comitê de Assessoramento à Coordenação da Infância e Juventude, consultar a entrevista concedida por Gotti (2017).

políticas públicas e, a partir disso, fortalecer pontes, transpor obstáculos e avançar, balizados pelo diálogo interinstitucional, rumo à concretização de uma educação infantil de qualidade para as crianças paulistanas.

Referências Bibliográficas

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los Derechos sociales como Derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

_____. *El umbral de la ciudadanía – El significado de los derechos sociales em el Estado social constitucional*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

COURTIS, Christian. *Courts and the legal enforcement of economic, social and cultural rights – comparative experiences of justifiability*. Geneva: International Commission of Jurists, 2008.

GOTTI, A. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. *Direitos Sociais: Eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Editora Juruá, 2005.

_____. *Direitos sociais em juízo: mecanismos de aferição de resultado e controle do retrocesso social*. Tese de Doutorado. Puc-SP, 2009.

_____. *Uma nova estratégia para superar a falta de vagas em creches*. Estadão: Blog de Olho na Educação. Todos pela Educação. 2017. Disponível em: << <http://educacao.estadao.com.br/blogs/de-olho-na-educacao/audiencias-de-conciliacao-uma-nova-estrategia-para-superar-a-falta-de-vagas-em-creches-2/>>>

GOTTI, Alessandra; XIMENES, Salomão Barros. *Parecer: Proposta de Litígio Estrutural sobre Déficit de Vagas em Creches e Pré-Escolas no Município de São Paulo*. São Paulo: Ação Educativa; Rubens Naves, Santos Jr. Advogados e Hesketh Advogados, 2012.

GRACIANO, M.; MARINHO, C.; FERNANDES, F. *As demandas judiciais poreducação na cidade de São Paulo*. In: HADDAD, S.; GRACIANO, M. (Orgs). *A educação entre os direitos humanos*. Campinas: Autores Associados; São Paulo: Ação Educativa, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais – Teoria e prática*. São Paulo: Método Editora, 2006.

MARINHO, C. M. *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

RIZZI, E.; XIMENES, S. B. *Litígio estratégico para a mudança do padrão decisório em direitos sociais: ações coletivas sobre educação infantil em São Paulo*. In: VIII Encontro Nacional da ANDHEP, São Paulo, 2014.

SILVEIRA, A. A. *Atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo com relação ao direito de crianças e adolescentes à educação*. *Rev. Bras. Educ.*, RJ, v. 17, n. 50, p. 353-368, 2012.

XIMENES, S.B.; OLIVEIRA, V. E. de; SILVA, M. P. da. *Judicialização da Educação Infantil: efeitos da interação entre o sistema de justiça e a administração*. XXXVIII Encontro Nacional da Anped. São Luis do Maranhão, 2017.

II. ASPECTOS PRÁTICOS

DIREITO À EDUCAÇÃO E PODERES
LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

O Congresso Nacional e a produção legislativa educacional: um balanço crítico

Michel Kurdoghlian Lutaif

Mestrando em Direito do Estado na Universidade de São Paulo

Introdução

O objetivo deste artigo é traçar um balanço crítico da atividade do Congresso Nacional na produção de normas educacionais, por meio da análise quantitativa dos projetos de lei apresentados entre 1995 e 2010.

Para tanto, utilizaremos fundamentos teóricos construídos a partir de noções relativas ao processo legislativo e às competências legislativas do Congresso em matéria educacional. Além dessas construções, procederemos a uma análise empírica, elaborando gráficos e tabelas sobre a atividade legislativa do Congresso Nacional que possam nos fornecer elementos para evidenciar qualidades e defeitos do atual quadro de produção de leis.

Vale destacar que este artigo é resultante de uma pesquisa vertente do projeto *“Brasil 25 anos de democracia – Balanço Crítico: políticas públicas, instituições, sociedade civil e cultura política (1988/2013)”*, desenvolvido pelo Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas da Universidade de São Paulo (NUPPs-USP), em que buscou-se avaliar o desempenho das instituições políticas brasileiras na construção do regime democrático neste período de 25 anos. Tal vertente consistia estudar o papel do Poder Legislativo na formulação de políticas públicas educacionais como forma de balanço crítico da atuação do Congresso Nacional.

A etapa empírica utilizará como fonte o Banco de Dados de Projetos de Lei do NUPPs-USP elaborado para o Projeto “Buraco-Negro”, que contém 28.215 projetos de lei, catalogados e classificados nas seguintes categorias: Número do PL, Autor(es), Temas e Subtemas, Alteração de Accountability,

Órgão Envolvido, Tipo de Ação do PL (por meio de perguntas temáticas), Partido, Alinhamento com o Governo Federal, Estado e Região do Autor, Dados do estado de tramitação, entre outras. Tais informações servirão como base para construção dos gráficos e tabelas necessários para a avaliação quantitativa dos projetos de lei não aprovados no Congresso Nacional.

Com o banco de dados, poderemos desvendar o que está sendo feito em matéria educacional no Brasil, quais são as principais características dos projetos de lei, sobre o que versam, quem os propõe e algumas evidência do por que não foram aprovados no Congresso.

Noções sobre o processo legislativo

Processo legislativo é o conjunto de atos sucessivos realizados para a produção de lei, conforme regras próprias aplicáveis à elaboração de cada espécie normativa (CARNEIRO; SANTOS; NÓBREGA NETTO, 2016:49), isto é, o nome que se dá às etapas necessárias desde sua idealização por parte do titular da iniciativa legislativa até a publicação da lei propriamente dita em Diário Oficial.

Na mesma linha, de acordo com José Afonso da Silva (2006:42), temos o processo legislativo como “conjunto de atos (iniciativa, emenda, votação, sanção) realizados por órgãos legislativos e órgãos cooperadores para o fim de promulgar leis”.

Por sua vez conceito, o conceito de Luiz Gustavo Bambini de Assis (2010:80) valoriza o caráter dialético e deliberativo do processo legislativo:

“Uma série de procedimentos dinâmicos nos quais se encontra presente o processo dialético, responsável pela consecução de um instrumento que externaliza a vontade estatal, qual seja, a lei em aspecto formal e material. Essa atividade, invariavelmente, deve ser desempenhada por um Poder específico, o Parlamento, uni ou bicameral, legitimado para exercer tal função conforme o exposto anteriormente.”

Mais especificamente para este trabalho, deve-se encarar tal debate dialético e o processo deliberativo do Legislativo como instrumento para formulação de políticas públicas, de modo que o conceito de processo legislativo seja visto como tal mecanismo de transformação.

A primeira etapa pela qual passa um projeto de lei (PL) é sua elaboração e apresentação, que se denomina iniciativa. Tratando-se tanto de leis ordinárias

como leis complementares, a iniciativa legislativa é prevista no art. 61, caput, da Constituição Federal (CF)¹. No caso das Propostas de Emenda à Constituição (PECs), os agentes que possuem iniciativa estão prescritos no art. 60 do mesmo texto constitucional².

Protocolado o projeto de lei que respeita as condições de iniciativa impostas pelo art. 61 da carta constitucional, o texto ingressa na casa iniciadora. Se a proposta é formulada por um dos 81 senadores da República, a Casa Iniciadora será o próprio Senado Federal, se formulada por qualquer dos outros agentes legitimados, a Casa Iniciadora será a Câmara dos Deputados.

Após o protocolo, o projeto segue para a fase de discussão, onde será submetido para análise de seu mérito, nas chamadas Comissões Temáticas, bem como de sua pertinência financeira, caso haja impactos orçamentários, na Comissão de Finanças e Tributação (CFT) e sua constitucionalidade e legalidade na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ).

Nestas comissões, é designado para cada projeto de lei um parlamentar relator, que estudará mais profundamente o projeto, seu mérito, seus impactos e seus objetivos e elaborará um parecer para o restante dos membros da comissão. Ainda dentro dos trabalhos das comissões, podem os deputados ou senadores emendar e discutir o projeto antes de aprová-lo internamente.

Na etapa de emendamento, o Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD) prevê inúmeras possibilidades de atuação parlamentar, retirando, alterando, corrigindo, acrescentando, modificando substancialmente ou combinando quaisquer destas possibilidades na redação do texto legal. Essa atividade é corolário fundamental da democracia, da representação política e do pluralismo ideológico presente no Parlamento, etapa em que, junto com a votação e a discussão, os deputados e senadores podem manifestar os anseios da população.

1. Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.
2. Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
 - I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;
 - II - do Presidente da República;
 - III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

Cabe ressaltar que os Regimentos Internos das Casas Legislativas preveem que as Comissões podem deliberar conclusivamente, isto é, dispensada a atuação do Plenário, sobre os projetos de lei, desde que não apresentem recurso dos parlamentares requerendo votação no Plenário ou desde que não versem sobre matéria de lei complementar, de códigos, de iniciativa popular, de Comissão, em regime de urgência, oriundos do Senado Federal, que já tenham sido votados anteriormente em Plenário, entre outras hipóteses previstas no art. 24, II do RICD.

Esta ressalva é bastante importante para este trabalho, pois como se verá na análise empírica, muitos dos projetos de lei encontram-se na situação prevista pelo art. 24, II do RICD.

Os projetos que não são votados conclusivamente pelas comissões seguem para o Plenário da Casa em que se encontram, e após sua aprovação passam pelas mesmas etapas de emenda e votação na Casa Revisora, em razão do bicameralismo legislativo brasileiro.

Aprovado o projeto de lei em definitivo no Legislativo, este segue para apreciação do chefe do Executivo, o Presidente da República, que o sancionará em definitivo, por ação ou omissão, ou o vetará total ou parcialmente, deste que justificadamente. O veto pode futuramente ser derrubado pelo Congresso Nacional, reunido em sessão conjunta (art. 57, § 3º, IV, da CF). Vale lembrar que as Emendas Constitucionais não se submetem à etapa de sanção e veto, sendo promulgadas pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal logo após sua votação, por força do art. 60, § 3º da Constituição.

Frise-se que em caso de parecer contrário, quanto ao mérito, de todas as comissões a que tenha sido submetido, ressalvados os casos em que cabe recurso, o projeto de lei será considerado rejeitado e deverá ser arquivado. Do mesmo modo, o arquivo é o destino final de projetos ao final de todas as legislaturas, a cada quatro anos, exceto se o PL já tiver avançado consideravelmente no processo legislativo, de acordo com os requisitos do art. 105 do RICD, no caso da Câmara.

O papel do Estado na educação e as competências legislativas educacionais

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seus artigos 205 a 214 as normas e exigências constitucionais relativas ao direito à educação. O art. 6º da CF classifica a educação como direito social. A Carta assegura ainda em seu art. 205 que “*a educação é direito de todos e dever do Estado e da família*”, promovida visando o pleno desenvolvimento da pessoa, o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.

Ainda, no âmbito internacional, a educação é citada no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão da Organização das Nações Unidas. É prevista também na Parte I, principalmente nos arts. 18, 28 e 29, da Convenção sobre os Direitos das Crianças do UNICEF, e é objeto principal da Declaração Mundial sobre Educação para Todos, da UNESCO, além de inúmeras outras normas, tratados e pactos internacionais e supranacionais dos quais o Brasil é Estado signatário.

O direito à educação no Brasil é protegido constitucionalmente e internacionalmente como forma de reconhecimento de seu interesse público. A elevação do direito à educação a um patamar constitucional e internacional somente reforça sua importância na construção e desenvolvimento de uma nação.

Além da preparação para o desenvolvimento dos cidadãos como pessoas, da qualificação para o trabalho e do exercício de seus deveres de cidadania, a educação interfere também na conservação e aprimoramento do Estado Democrático de Direito, sendo este o sentido de sua exigência (RANIERI, 2009:393).

A Constituição Federal de 1988 delegou à União o dever de legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV), que constituem a LDB, as normas gerais de educação (art. 24, I), bem como as metas educacionais que se pretende atingir no decênio, por meio dos Planos Nacionais de Educação – PNEs e dos incisos previstos no art. 214³.

3. Acerca das Leis de Diretrizes e Bases da Educação, vale acrescentar que já tivemos três, elaboradas em 1961 (Lei nº 4.024/61), 1971 (Lei nº 5.692/71) e 1996 (Lei nº 9.394/96 – vigente). Sobre os Planos Nacionais de Educação, também já tivemos três, sendo o primeiro elaborado em 1962 pelo Conselho Federal de Educação, o segundo em 2001 (Lei nº 10.172/01), já em conformidade com a previsão da CF/88, e o terceiro aprovado em 2014 (Lei nº 13005/14 – vigente).

Entretanto, a competência para legislar sobre o tema não foi completamente suprimida aos demais entes federativos. O que a Constituição reservou à União não exclui o papel fundamental que Estados e Municípios apresentam para a elaboração de normas educacionais, sendo-lhes garantida a concorrência para legislar sobre educação (art. 24, IX). Como se vê, a competência é comum.

Aos Estados, por exemplo, ficou reservado o que não se encontrar como competência da União e dos Municípios (art. 30), bem como o que não incidir sobre matérias do campo de vedações constitucionais (ALMEIDA, 2010:103).

Ainda, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96) atribuiu aos Estados e Municípios a tarefa de legislar complementarmente sobre educação (art. 10, V), à medida de suas demandas, peculiaridades e necessidades. Assim, a Lei de Diretrizes e Bases apresenta caráter diretivo e basilar, com conteúdo principiológico (RANIERI, 2000:126-7), isto é, o que se pretende que seja uniforme e o delineamento dos alicerces da educação nacional.

Neste sentido, importa compreender que à União cabe a edição de normas gerais e de diretrizes e bases, enquanto que aos Estados e Municípios reservam-se normas suplementares e gerais (apenas em caso de omissão da União) que atentem às suas particularidades (art. 24, §§1º, 2º, 3º e 4º)⁴.

As disciplinas particulares e próprias da realidade de cada ente federativo, à medida que especializadas, com aprofundamento focado em cada interesse e que não apresentam caráter geral, são específicas.

A normatização suplementar, por sua vez, ocorre nos casos em que os

4. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

§ 1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Estados e Municípios tomam para si uma competência de responsabilidade da União, mas que por ela não foi executada ou deixou de abranger algum ponto de seu interesse. Neste caso, podem ser editadas por estes entes, e têm sua eficácia suspensa quando norma da União sobrevier. O critério utilizado pela Constituição foi o da conveniência política e administrativa da edição de normas educacionais (RANIERI, 2009:126).

Apesar de tais atribuições estarem aparentemente claras e bem divididas no texto constitucional, o que se verá é que o Congresso Nacional encontra-se hoje saturado. Isto é, a União concentra grande parte das competências constitucionais em matéria de educação, sejam elas legislativas ou materiais.

O monopólio legislativo da União sobre as normas gerais e as diretrizes e bases, que muitas vezes acabam por tratar de especificidades e particularidades de âmbito regional ou local, acabam invadindo competências dos Estados e Municípios, aumentando consideravelmente seu espectro de atuação no campo educacional. A concentração legislativa nas mãos da União é, portanto, muito ampla.

Nas palavras de Maria Garcia (2008:41):

“[...] temos aí a prevalência fundamental da União em questão de educação e ensino, em áreas de interesse preponderantemente regional ou estadual e de interesse local ou municipal. Agrega-se a esta possibilidade a questão que é a União ter, ainda, essa amplitude de normas gerais.”

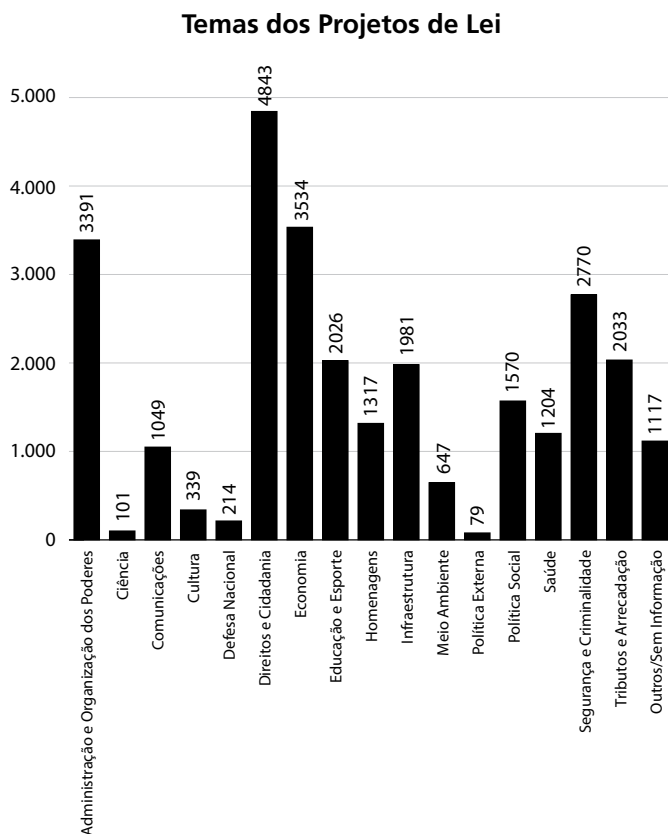
Na análise empírica dos dados obtidos, a seguir, os reflexos desta concentração de tarefas nas mãos da União para a produção legislativa educacional serão melhor evidenciados.

Análise empírica

Conforme anteriormente colocado, os projetos de lei de educação utilizados como base para esta análise empírica foram extraídos do banco de dados do NUPPs-USP, possuindo como recorte temporal os anos de 1995 e 2010.

O gráfico e a tabela a seguir demonstram o número de proposições legislativas apresentadas no Congresso Nacional no período estudado e seu recorte temático. A maioria dos projetos versa sobre a temática de Direitos e Cidadania (4853 PLs), seguida pelos projetos referentes à Economia (3534

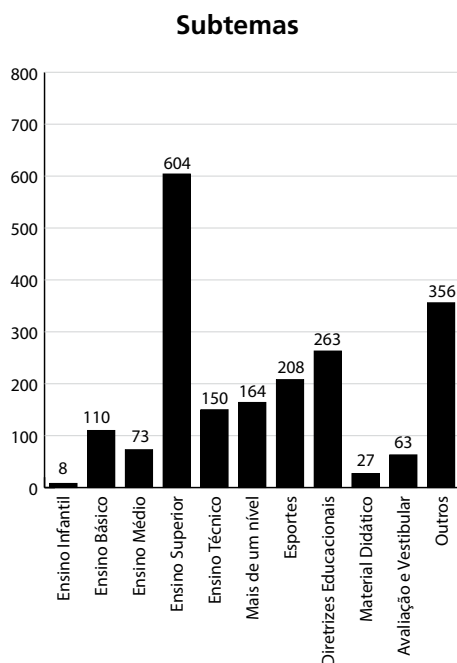
PLs) e à Administração e Organização dos Poderes (3391 PLs). A categoria de Educação e Esportes, em destaque, ocupa apenas a sexta colocação entre as categorias expostas, com um total de 2026 projetos de lei. As legendas do gráfico indicam a categoria dos PLs em primeiro lugar, e separados por ponto e vírgula em segundo lugar a quantidade de projetos em cada categoria.



Os 2026 projetos de lei em destaque foram classificados como pertencentes à categoria Educação e Esporte. Realizando uma segunda decomposição da planilha inicial, apenas dos projetos classificados como de Educação e Esporte, poderemos aprofundar ainda mais as explicações sobre o tema e descobrir quais áreas da educação são mais demandadas pelos parlamentares e pelo Governo Federal.

Observamos que a maior parte, 604 projetos, é voltada para o Ensino Superior. Os projetos que tratam de diretrizes educacionais como um todo

aparecem logo atrás como categoria pré-definida na tabela do NUPPs. A partir dos dados do gráfico abaixo, pode-se extrair que dentro do bloco geral de educação, a principal atividade do Congresso Nacional e dos sujeitos que possuem iniciativa legislativa é o Ensino Superior, com quase 25% dos projetos de lei da área.



Do ponto de vista político, uma análise complexa dos motivos que levariam a este maior enfoque do Congresso Nacional ao apresentar projetos de lei que se refiram ao Ensino Superior podem encontrar justificativas nos programas apresentados pelos governos de FHC e Lula com relação às universidades, principalmente no que diz respeito às políticas de acesso promovidas pelos governos. Entretanto, esta suposição somente poderá ser confirmada com a análise material dos projetos e de seu mérito por meio de suas ementas, debates e conteúdo, o que não foi objeto de nosso estudo, mas que pode futuramente ser avaliado.

Do ponto de vista jurídico, a explicação, tanto para o elevado número de projetos de lei referentes ao Ensino Superior quanto para o de estabelecimento de diretrizes e bases da educação pode estar ligada com as competências da

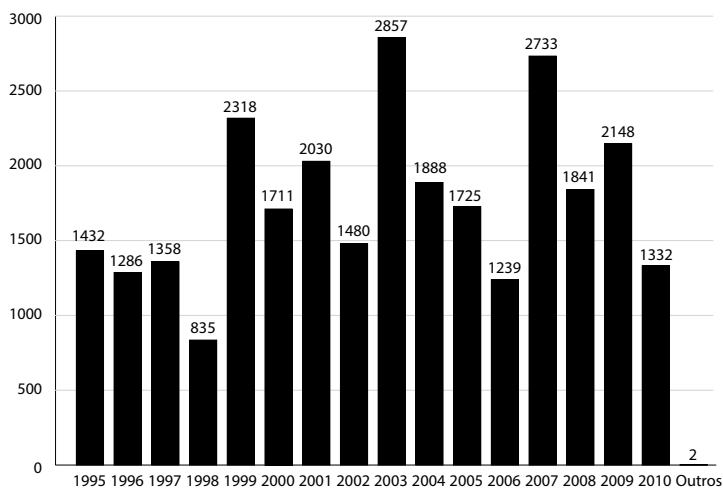
União em legislar sobre os temas, privativa neste último caso, e, no primeiro, incluindo parâmetros para instituições de ensino superior privadas (art. 16, II da LDB), que são componentes do sistema federal de ensino.

Quanto às diretrizes e bases – note-se, nada referente a matérias específicas –, o próprio artigo 22, inciso XXIV da Constituição atribui à União esta competência privativa. No espectro do Ensino Superior a mesma explicação é válida, visto que a União é quem legisla sobre o tema, que, a propósito, não foi delegado pela Carta Constitucional a nenhum ente federativo específico. Os motivos jurídicos encontram, pois, respostas no estudo das competências legislativas educacionais, abordados anteriormente.

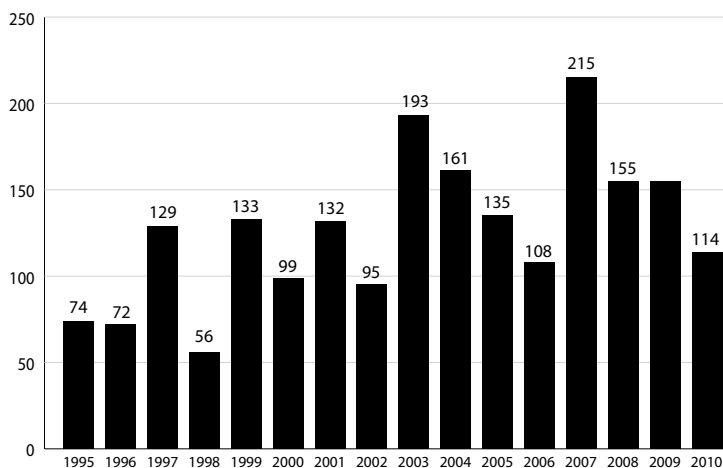
As próximas figuras pretendem compreender a distribuição temporal dos projetos de lei de acordo com seu ano de apresentação. A primeira retrata a quantidade de projetos que englobam todas as categorias listadas no banco de dados, a segunda e a terceira apenas a distribuição dos projetos que se referem à educação.

É interessante notar que em ambos os casos pode-se perceber que a atividade legislativa do Congresso Nacional em anos de eleição presidencial é sempre baixa em relação aos outros anos. Este fenômeno se repete nos anos de 1998, 2002, 2006 e 2010. Pode parecer óbvio para um brasileiro descreditado na instituição do Congresso Nacional como formulador de políticas públicas pensar que em anos eleitorais a atividade legislativa seja menor do que em outros. Afinal, o senso comum aponta para o interesse dos políticos apenas para sua manutenção nas esferas de poder, o que os faria voltar suas prioridades políticas para suas campanhas. Entretanto, pareceria igualmente óbvia a informação de que o Congresso produza mais em anos eleitorais, afinal, o senso comum também poderia apontar que a maior parte dos compromissos políticos assumidos por candidatos em suas campanhas eleitorais seriam cumpridos apenas nas vésperas da eleição seguinte.

Projetos de Lei x Ano



Projetos de Lei de Educação x Ano



Outra constatação relevante sobre os dados é que nos anos seguintes aos pleitos presidenciais a atividade legislativa sofre grandes picos, chegando a praticamente dobrar de 1998 para 1999, de 2002 para 2003 e de 2006 para 2007, também em ambas as categorias, geral com a totalidade de PLs e a específica da educação.

A resposta para os picos pode estar relacionada com uma proporção inversa do que ocorre nos anos eleitorais. Supostamente, em anos eleitorais, os parlamentares e chefes do Executivo estão voltados para as campanhas, o que pode explicar uma diminuição no número de projetos apresentados. Outra possibilidade, com explicação no Regimento Interno, é de que por conta do longo tempo de tramitação dos projetos e seu arquivamento ao final da legislatura, seja preferível sua apresentação nos primeiros anos de mandato, para que se dê tempo suficiente à tramitação e maior sucesso em sua aprovação. Contudo, não há como tomar estas suposições como afirmações categóricas comprovadas apenas pela pesquisa quantitativa.

Mesmo assim, a depender do contexto histórico e político do país, de determinadas matérias que tomam o tempo de trabalho do Congresso Nacional mais do que outras e de incontáveis variáveis, esta análise de produtividade do Parlamento pode se ver prejudicada. Para uma complexa grafia orgânica do funcionamento e rendimento do Congresso, seria necessária uma pesquisa que abordasse todos esses pontos e com metodologia muito mais cuidadosa e elaborada.

Ainda, pode-se perceber que a partir do ano 2000 houve um ligeiro aumento no número de projetos de lei protocolados no Congresso Nacional, fato que pode estar relacionado com a edição da LDB em 1996, cujos impactos foram melhor percebidos a partir do ano 2000.

A próxima etapa é verificar sobre que pontos, especificamente, os projetos de lei versam. Os tipos de ação que os projetos provocam foram reunidos pelo NUPPs-USP em uma bateria de 14 perguntas temáticas. A classificação de cada projeto no banco de dados inicial era binária, apenas com respostas “0” e “1”, que significam respectivamente, respostas negativas e positivas às perguntas.

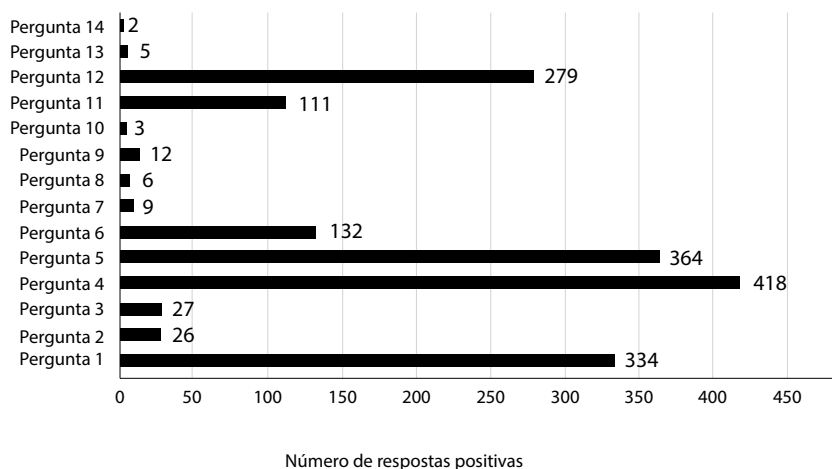
A primeira pergunta faz referência à questão da construção e reforma da estrutura física do estabelecimento de ensino. A segunda, terceira e quarta perguntas são de cunho financeiro, que pretendem extrair se o projeto de lei eleva ou reduz de alguma forma, os gastos do Poder Público. As perguntas 5 e 6 têm como objetivo analisar se a proposição afeta de alguma maneira uma pessoa física ou jurídica de natureza privada, enquanto a pergunta 7 almeja exatamente o contrário, para pessoas jurídicas de natureza estatal.

As seguintes, perguntas 8, 9 e 10 apresentam forte relação com a questão da confiança popular para as instituições políticas, observando se o projeto de lei toca nos pontos que mais são questionados pela população, como os salários públicos, a criação de cargos públicos e o processo eleitoral. As perguntas 11 e 12 visam a eficácia geográfica da lei. Por fim, as duas últimas perguntas encerram a bateria questionando se o projeto de lei pretende interferir de alguma forma para melhorar o desempenho ativo dos governos e dos Legislativos.

Número	Pergunta
Pergunta 1	O PL analisado constrói ou reforma infraestrutura física?
Pergunta 2	Cria, extingue ou modifica impostos, tributos, contribuições ou tarifas?
Pergunta 3	Estabelece renúncia, isenção ou incentivo fiscal?
Pergunta 4	Implica diretamente em gasto público?
Pergunta 5	Cria ou altera benefícios legais de pessoas, entidades ou empresas?
Pergunta 6	Afeta diretamente o setor privado (mercado e empresas, fora estatais)?
Pergunta 7	Almeja diretamente afetar empresas estatais?
Pergunta 8	Altera ou cria salários públicos?
Pergunta 9	Altera ou cria cargos na burocracia pública?
Pergunta 10	Almeja afetar o processo eleitoral?
Pergunta 11	Tem como alvo estados ou macrorregiões específicas do país?
Pergunta 12	Tem como alvo cidades ou regiões metropolitanas específicas do país?
Pergunta 13	Almeja combater de algum modo a corrupção pública?
Pergunta 14	Pretende modificar o funcionamento do Legislativo (quer seja nacional, quer seja dos estados ou municípios)?

O gráfico abaixo representa o resultado obtido com as respostas às perguntas. Vale lembrar que um só projeto de lei pode responder positivamente a várias perguntas, o que explica o fato de que a soma total não é igual a 2026, total de projetos apresentados no período.

Respostas Positivas às Perguntas



A primeira conclusão que podemos tirar observando o gráfico é de que a pergunta com mais respostas positivas é a de número 4. Em seguida, observamos um elevado número de respostas com o número “1” para a pergunta 5, isto é, 364 projetos de lei de educação alteram benefícios legais de pessoas, entidades ou empresas. Em terceiro lugar, se o projeto de lei constrói ou reforma a infraestrutura física dos estabelecimentos de ensino.

A última linha do gráfico que apresenta grande destaque é a da pergunta 12, o que significa que houve atividade legislativa do Congresso Nacional sobre regiões específicas do país, invadindo a competência de Estados e Municípios.

Assim, é praticamente compreensível que os números obtidos com as respostas para a pergunta 1 estejam diretamente relacionados, por consequência, com os resultados obtidos na quarta coluna. É difícil imaginar que um projeto de lei que proponha uma reforma à infraestrutura dos estabelecimentos de ensino não implique diretamente em gastos públicos.

As questões 5 e 6 também apresentam algumas de suas respostas relacionadas. Os projetos que compõem a linha da pergunta 5 referem-se à concessão de bolsas de estudo, reserva de vagas, acesso ao ensino, além é claro, de tratar em parte sobre regimes de trabalho do magistério, contratação de professores, de benefícios para os funcionários das instituições de ensino,

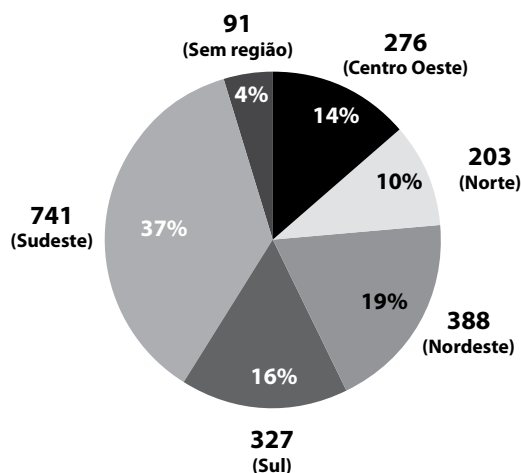
entre outros. As respostas à questão 6 encontram-se em destaque no gráfico, e estão em parte relacionadas com as da pergunta 5, apesar da primeira representar apenas um terço do total da segunda.

Estes PLs representados na linha da pergunta 6 possuem intersecção com os representados na questão 5 exatamente nestes últimos pontos destacados, quando se trata da criação ou alteração dos benefícios legais de pessoas, empresas e entidades quando se pretende delimitar estas alterações às instituições de natureza privada, por exemplo. Isto é, quando estão em jogo na proposição legislativa certos benefícios para os funcionários de uma escola particular, para o regime de trabalho de professores, etc.

Por fim, o quase duplo número de respostas afirmativas para a questão 12 em relação à questão 11 nos indica que a atuação do Congresso Nacional se deu de forma mais específica e direcionada geograficamente do que de forma esparsa. Novamente, observa-se empiricamente uma relação com as competências legislativas educacionais, à medida que a Constituição permitiu à União legislar concorrentemente aos Estados em determinadas matérias educacionais. O elevado número de respostas positivas para a questão 12 pode também evidenciar que a União invadiu a competência dos demais entes federativos, e que as normas gerais e de diretrizes e bases pelas quais ficou responsável podem conter dispositivos específicos.

Para entender como este direcionamento geográfico é distribuído, pode-se observar o gráfico a seguir, que representa a quantidade de projetos de lei de acordo com as regiões dos parlamentares que os apresentaram. Os campos classificados como “sem região” representam as pessoas ou instituições que possuem iniciativa legislativa, mas não representam uma Unidade Federativa, como a figura do Presidente da República, do Procurador-Geral da República, as Mesas Diretores da Câmara e do Senado Federal, a população por meio da iniciativa popular, os Tribunais Superiores, o STF, entre outros.

Projetos de Lei de Educação x Região



Sem muito esforço é possível perceber que a bancada parlamentar da região sudeste lidera no quesito de apresentação de projetos de lei de educação. Isto se deve tanto à maior quantidade de parlamentares destas regiões⁵ quanto pela grande quantidade de instituições, empresas e entidades que possuem a educação como atividade. Em seguida aparecem as regiões Nordeste e Sul. O Executivo e demais agentes de iniciativa de lei apresentaram somente 4% dos projetos relativos à educação de 1995 a 2010.

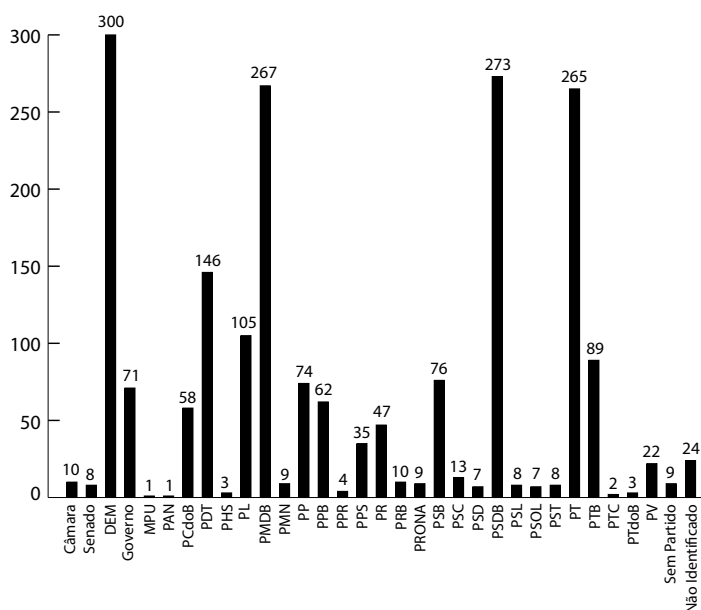
Ao passar para uma análise política da questão, pode-se comparar a atuação dos partidos políticos e dos blocos parlamentares quando se diz respeito à promoção de políticas públicas educacionais. Os projetos de lei agora estão classificados de acordo com os partidos dos parlamentares que os apresentaram.

Observa-se no gráfico a seguir que quatro grandes partidos se destacam na proposição de projetos de lei da área da educação, o DEM⁶, o PMDB, o PSDB e o PT. Juntos os quatro apresentaram mais de metade de todos os projetos de lei de educação no período estudado. Esta proporção se mantém na contagem de números de projetos de todas as áreas, em que os quatro partidos também apresentaram sozinhos mais de 50% dos projetos.

5. A distribuição da quantidade de parlamentares por UF está definida nos arts. 45 e 46 da CF e na Lei Complementar nº 78/1993.

6. Os projetos de parlamentares do PFL foram classificados como do DEM.

Projetos de Lei x Partido



Por outro ponto de vista, o Governo Federal também apresenta um enorme potencial político. Em sua análise sobre o modelo presidencialista brasileiro, Sérgio Abranches (1988:21-2) afirma que o Brasil apresenta uma peculiaridade em relação a outros países, mesmo em nações com sistemas políticos semelhantes e muito próximo ao seu: um presidencialismo de coalizão em dois poderes diferentes da República, o Legislativo e o Executivo.

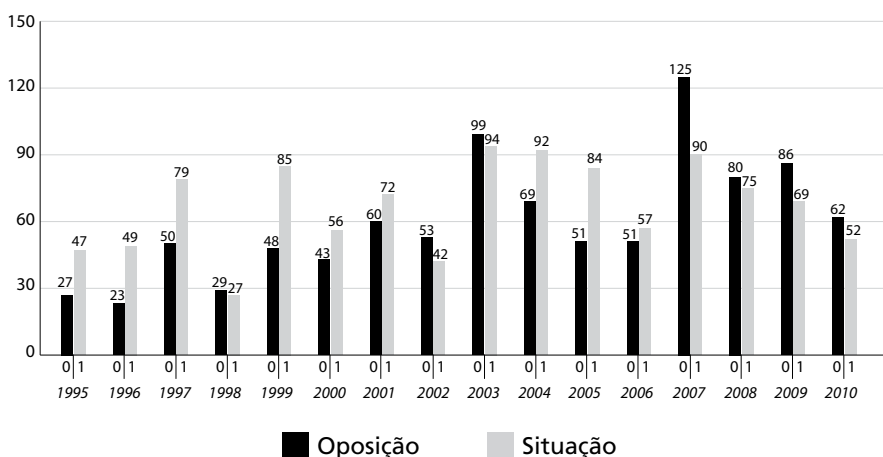
O fato de o gabinete brasileiro ser composto por ministros de diferentes partidos, muitos dos quais são parlamentares, mantendo-se a proporção dos ministérios de acordo com a quantidade de parlamentares das bancadas da base aliada cria um fenômeno denominado de “super-maiorias” partidárias no Congresso Nacional. Isto significa que é praticamente inviabilizada qualquer possibilidade do Governo Federal ser derrotado por uma questão de mérito político de seus projetos de lei, com raras exceções⁷.

7. Um estudo mais aprofundado sobre o presidencialismo de coalizão e seu impacto no legislativo pode ser encontrado em MOISÉS, J. A., NUNES, E., CARNEIRO, L. P., FORJAZ, M. C. S., VASSELAI, F., MIGNOZZETTI, U. G., CENTURIONE, D. P., FERRARI, D., CADAH, L. Q. E MOREIRA, R., 2010”.

Dos cinco partidos que mais apresentaram projetos de lei de educação de 1995 a 2010, nos governos FHC e Lula, DEM, PSDB, PMDB, PDT e PT, cada um dos governos obteve o apoio de três deles. FHC contou com PSDB, DEM (na época PFL) e PMDB, e Lula reuniu consigo PT, PDT e PMDB, em grande parte de seus mandatos.

Segue abaixo a quantidade de projetos de lei de partidos e parlamentares que apresentaram alinhamento com o Governo Federal neste recorde cronológico, discriminados anualmente⁸.

Projetos de Lei de Educação de acordo com o alinhamento com o Governo x Ano



É possível observar que no governo FHC foi a situação que sempre apresentou mais projetos de lei na área da educação, com exceção dos dois anos eleitorais, 1998 e 2002. A situação do governo de Lula liderou na apresentação de projetos de lei somente em três anos, 2004, 2005 e 2006.

Apesar da quantidade dos projetos de educação ter se elevado substancialmente após a transição de governos, PSDB-DEM-PMDB apresentaram juntos mais projetos de lei desta área do que PT-PDT-PMDB em 11 dos 16 anos analisados. Aqui pode-se perceber também que até 1999 a quantidade de projetos de lei protocolados era baixa, e que a partir deste ano

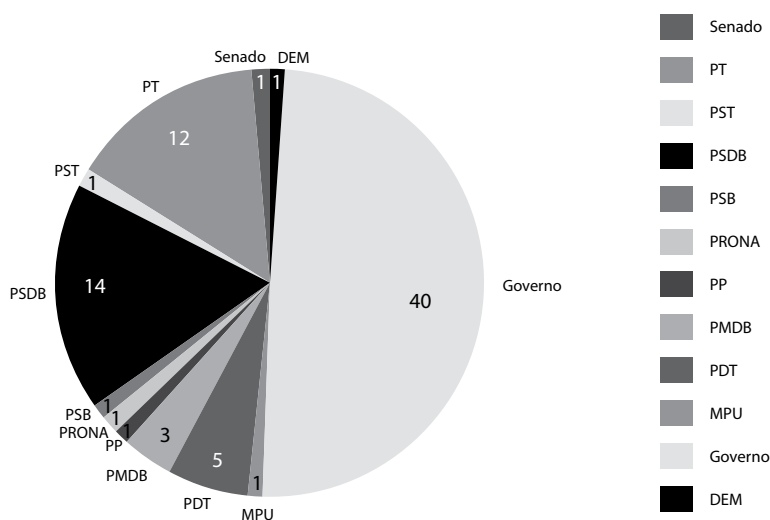
8. O fato de que PSDB era alinhado com o Governo Federal de 1995 até 2002, e que não mais era de 2003 a 2010 foi observado, da mesma maneira que o PT e todos os partidos coligados com eles.

houve uma exigência maior dos parlamentares em adequar as condições de ensino às exigências da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, por exemplo⁹.

Após esta primeira análise do significado da presença do Governo Federal (EF) na composição de uma base aliada no parlamento, verifica-se agora a importância e influência que possui o Governo no que pese aos projetos apresentados pelo Poder Executivo.

A pizza abaixo sofreu um recorte no critério de aprovação dos projetos. Apenas os partidos e órgãos políticos que aprovaram algum projeto de lei na área da educação de 1995 a 2010 estão representados. De um total de 81 PLs aprovados e transformados em leis referentes à educação, o Poder Executivo aprovou praticamente metade deles! É um índice incrivelmente alto, pois no gráfico “Projetos de Lei de Educação x Partido”, observamos que o Executivo apresentou somente 71 projetos com o poder de iniciativa do Presidente da República.

Projetos de Lei de Educação Aprovados x Partido



9. Importante frisar que este tipo de análise político-partidária é meramente quantitativa, e não obteve dados referentes à qualidade dos PLs, que é preferível à quantidade.

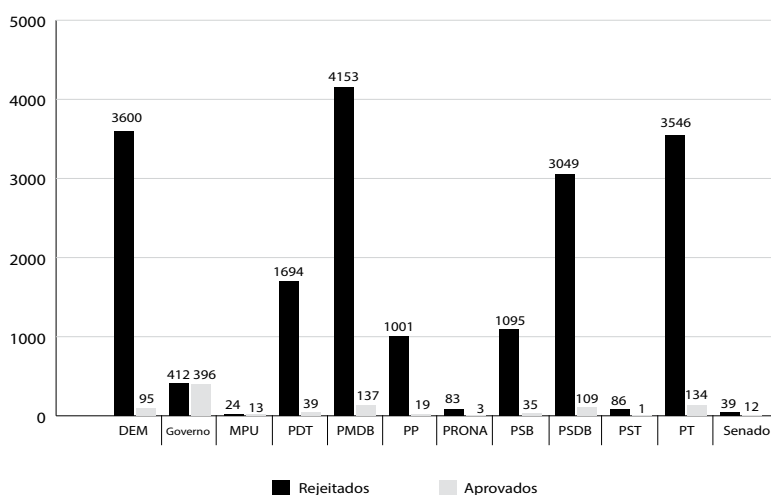
Ora, o Executivo, portanto, possui a maior razão de projetos aprovados por projetos apresentados nesta área, e o próximo gráfico confirma que esta informação se repete no desempenho geral do Governo ao somar todas as temáticas.

A seguir, foram selecionados todos os partidos que aprovaram PLs na área da educação, para verificar o seu desempenho em geral no Congresso Nacional, incluindo projetos de todas as áreas temáticas. Sem muito esforço é possível concluir que para os partidos políticos, a razão entre projetos de temas gerais aprovados em relação aos propostos é ínfima, como demonstra a tabela ao lado do gráfico.

Nenhum partido político que conseguiu aprovar PLs de educação de 1995 a 2010 obteve uma taxa de desempenho geral no Congresso Nacional superior a 3,6% de aprovação. Em contrapartida, a Mesa do Senado Federal, o Ministério Público da União (MPU) e o Governo Federal obtiveram altas taxas de aprovação de seus projetos, o que confirma novamente a força política dos órgãos de iniciativa de lei em comparação com os partidos políticos, que possuem natureza de representação de segmentos sociais.

Se o Poder Executivo pudesse ser considerado um partido, ele teria a maior razão de aprovação de seus projetos de lei, com impressionantes 49% de aprovação em seus projetos, mesmo que em uma quantidade apresentada relativamente pequena.

Desempenho Geral dos Partidos que Aprovaram Projetos de Educação

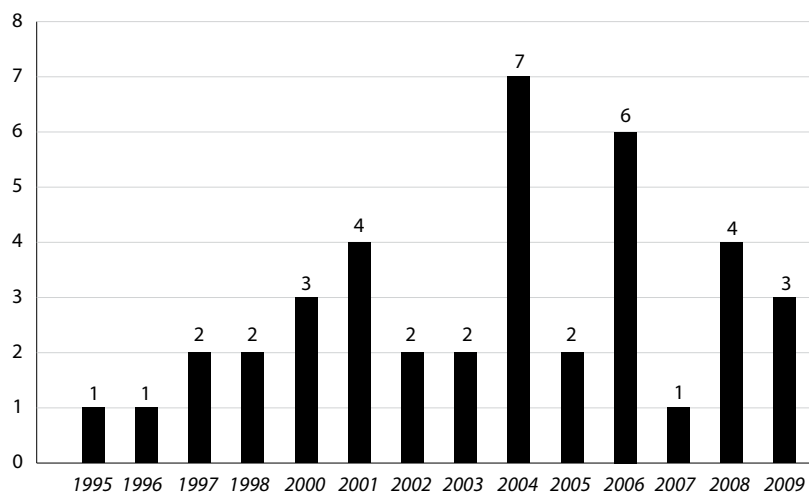


Tratando especificamente do desempenho do Executivo na área da educação, o esquema ao lado demonstra que de 1995 a 2001 a aprovação de projetos foi crescente, caiu em 2002 e 2003, teve picos em 2004 e 2006 e caiu novamente de 2008 para 2009.

Percentual de Aprovação de Projetos de Lei em Geral											
DEM	Governo	MPU	PDT	PMDB	PP	PRONA	PSB	PSDB	PST	PT	Senado
2,6%	49,0%	35,1%	2,6%	3,2%	1,9%	3,5%	3,1%	3,5%	1,2%	3,6%	23,5%

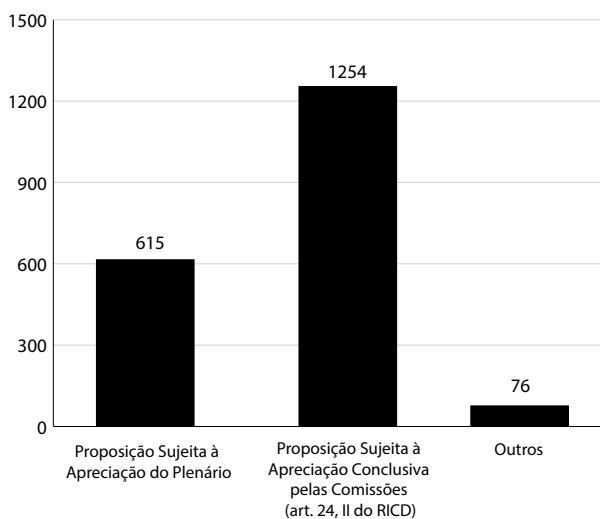
Entrando em uma análise acerca do processo legislativo, o gráfico abaixo mostra o regime de tramitação e votação dos PLs na Câmara dos Deputados. Como visto anteriormente na seção explicativa sobre o processo legislativo, dois regimes diferentes de tramitação podem ser adotados: o de deliberação em Comissões e o de Plenário¹⁰.

PLs de Educação aprovados pelo Executivo x Ano



10. Os projetos classificados como “outros” no gráfico não puderam, por algum desconhecido motivo nosso, ser identificados. O que se pode perceber pelo Banco de Dados do NUPPs é que grande parte deste projetos sem regime definido de tramitação foi devolvido ao autor por desobedecer algumas exigências regimentais da Câmara dos Deputados.

Regime de Tramitação dos PLs de Educação



O regime de apreciação conclusiva pelas comissões é previsto no art. 24, II do RICD, apenas para os projetos que se enquadrem em seus requisitos. O rol de projetos que não podem ser votados conclusivamente pelas Comissões é taxativo, isto é, nenhuma das hipóteses previstas nas alíneas pode ser votada definitivamente por elas, e devem obrigatoriamente ser objeto de deliberação pelo Plenário da Casa.

Vemos que $2/3$, aproximadamente, dos projetos tramitam em regime de votação conclusiva em Comissões, e que cerca de $1/3$ deve obrigatoriamente passar pelo Plenário por conta de matéria, forma ou recurso que apresenta. Somados, estes projetos que ainda dependem de aprovação no Legislativo totalizam 1945, e juntamente com os 81 já aprovados contabilizam o total de 2026, número inicialmente divulgado neste trabalho.

A seguir, os dados dos projetos de lei foram tabelados de acordo com sua situação na Câmara dos Deputados quando do momento do fechamento do levantamento, isto é, o estágio do processo legislativo em que se encontram, registrados em uma fotografia das tramitações.

O total de 2026 projetos é distribuído da seguinte maneira, identificado o local em que se situa (Mesa, Arquivo, Comissão, Plenário, entre outros) e em seguida, separado por um traço, a etapa em que estão (Tramitando em Conjunto, Aguardando Parecer, Deliberação, Encaminhamento, Relator, Pronto para Pauta, Arquivado, entre outros):

Situação	Nº	Situação	Nº
ARQUIVO - Arquivada	60	CTASP - Encaminhamento	1
ARQUIVO - Tramitando em Conjunto	4	CTASP - Aguardando Parecer	4
CCJC - Aguardando Deliberação	4	CTASP - Pronta para Pauta	1
CCJC - Aguardando Designação de Relator	25	CTASP - Tramitando em Conjunto	10
CCJC - Aguardando Encaminhamento	1	CTD - Aguardando Parecer	7
CCJC - Aguardando Parecer	15	CTD - Tramitando em Conjunto	5
CCJC - Aguardando Parecer - Ag. devolução Relator não-membro	3	GTCL - Aguardando Parecer	1
CCJC - Aguardando Vistas	1	MESA - Aguardando Apreciacao do Veto	1
CCJC - Pronta para Pauta	3	MESA - Aguardando constituição de Comissão Temporária	1
CCJC - Tramitando em Conjunto	33	MESA - Aguardando Deliberação de Recurso	18
CCP - Aguardando Encaminhamento	19	MESA - Aguardando Despacho de Arquivamento	4
CCP - Aguardando Encaminhamento à Publicação	1	MESA - Aguardando Retorno	31
CCP - Tramitando em Conjunto	23	MESA - Arquivada	1116
CCTCI - Tramitando em Conjunto	1	MESA - Devolvida ao Autor	20
CDC - Aguardando Designação de Relator	1	MESA - Pronta para Pauta	1
CDHM - Tramitando em Conjunto	1	MESA - Retirado pelo Autor	9
CEC - Aguardando Análise de Parecer	1	MESA - Tramitando em Conjunto	12
CEC - Aguardando Deliberação	2	MESA - Vetado totalmente	1
CEC - Aguardando Designação de Relator	3	Originou o(a) INC 618/1996	1
CEC - Aguardando Encaminhamento	1	Originou o(a) INC 641/1996	1
CEC - Aguardando Parecer	42	Originou o(a) REC 143/1997	1
CEC - Pronta para Pauta	26	Originou o(a) REC 263/1998	1
CEC - Tramitando em Conjunto	73	PL421204 - Aguardando Apensação	1
CFT - Aguardando Análise de Parecer	2	PL421204 - Tramitando em Conjunto	14
CFT - Aguardando Parecer	44	PL742006 - Tramitando em Conjunto	3
CFT - Pronta para Pauta	11	PL803510 - Aguardando Parecer	1
CFT - Tramitando em Conjunto	14	PLEN - Arquivada	61
CMADS - Aguardando Parecer	1	PLEN - Devolvida ao Autor	3

Situação	Nº	Situação	Nº
CN - Vetado totalmente	2	PLEN - Pronta para Pauta	12
CSPCCO - Pronta para Pauta	1	PLEN - Tramitando em Conjunto	23
CSPCCO - Tramitando em Conjunto	1	SERCO(SGM) - Aguardando constituição de Comissão Temporária	1
CSSF - Aguardando Deliberação	2	SERCO(SGM) - Aguardando criação de Comissão Temporária	2
CSSF - Aguardando Parecer	7	SERCO(SGM) - Tramitando em Conjunto	5
CSSF - Tramitando em Conjunto	11	(vazio)	132
CTASP - Aguardando Designação de Relator	1	Transformados em Lei	81

Em primeira análise, percebe-se que a grande maioria dos projetos, em torno de 61%, está arquivada. O procedimento de arquivo, como mencionado anteriormente, é tomado sempre que um projeto é rejeitado nas Comissões, no Plenário, ou quando a legislatura tem seu fim, a cada quatro anos. Somente não são arquivados com o fim de cada legislatura os projetos que já avançaram consideravelmente em sua etapa de tramitação, previsão estabelecida no art. 105 do RICD.

Disso se retira que muito do que é feito na Câmara é desperdiçado ou não aproveitado, seja por conta da demora que uma proposição legislativa tem para ser votada ou seja pela má qualidade dos projetos produzidos, motivos pelos quais são levados ao arquivamento.

Quanto à prosperidade dos projetos, não se pode precipitar-se em fazer um juízo qualitativo sem analisá-los em seu mérito e texto integrais. O número de projetos arquivados é enorme, e pode ter explicação tanto na preparação dos parlamentares em geral, que por vícios formais ou impertinência temática não conseguem obter sucesso com seus projetos de lei, quanto por conta da extrema burocratização do processo legislativo, quanto pela centralização do Governo Federal nas principais questões Legislativas.

Como visto, apenas metade dos projetos aprovados que versam sobre educação têm origem parlamentar, a outra metade tem origem no Executivo. Com o objetivo de comprovar a tese de grande burocratização e tempo de tramitação que pode desencadear o arquivamento do projeto em longo

prazo por conta do término da legislatura, calculou-se a média de dias de tramitação dos projetos de lei, com base no Banco de Dados do NUPPs.

Utilizou-se para isso os mecanismos de filtro na coluna referente aos dias de tramitação de cada projeto de educação¹¹, tanto para os aprovados como para os não aprovados, e obtivemos os seguintes cálculos:

	Soma dos Dias	Quantidade	Média (em dias)
Aprovados	75.922	81	937
Não Aprovados	1.292.852	1.945	664

A média de tempo para aprovação de projetos é de 2,6 anos, enquanto que a média de tempo que tramitou um projeto que acabou por ser rejeitado é de 1,85 anos.

Disso se extraem duas observações. A primeira é que a menor média de dias para rejeição e arquivamento de um projeto de lei de educação pode se explicar por conta de vícios que apresentam e de sua rejeição preliminar nas Comissões. Isto é, uma rejeição precoce por falta de técnica e possíveis vícios formais e materiais que inviabilizariam seu seguimento. A segunda é que um processo contrário pode ocorrer com os aprovados, que por passarem por todas as etapas do processo legislativo, bem como por estarem passíveis de maiores discussões pelos parlamentares com o avançar da tramitação, têm sua média de tempo para aprovação aumentada.

Para ilustrar a primeira observação anterior, pode-se citar algumas constatações obtidas através do Banco de Dados de PLs: cerca de 300 dos projetos de lei não aprovados foram rejeitados em até 10 dias após sua apresentação, enquanto que entre os aprovados, apenas 6 foram aprovados com menos de 90 dias de tramitação após sua apresentação. Superficialmente, é possível ter uma leve noção do processo legislativo, sendo razoavelmente fácil rejeitar um projeto, enquanto que aprová-los se faz uma tarefa bastante difícil.

É muito precipitado, entretanto, ter certeza sobre os motivos de arquivamento ou rejeição dos projetos de lei. As explicações são várias, desde

11. Calculados com base no intervalo de dias entre a data de sua apresentação e o último andamento, até o fechamento do banco de dados em 2010.

as mais simples, como a rejeição formal ou de mérito nas votações, até as mais complexas, como manobras do Executivo, acordos de lideranças, técnicas de plenário, interesses particulares, *lobby*, entre outras, estas as quais nunca se poderá ter absoluta certeza sem estudar a fundo as peculiaridades e minúcias da tramitação de cada um dos 2026 projetos de lei.

Conclusão

O sistema constitucional de repartição de competências se demonstrou bastante centralizador, visto que a União concentra grande parte da matéria legislativa e educacional, e por muitas vezes invade competências dos Estados e Municípios, acabando por saturar o Congresso Nacional. A promoção de políticas públicas, que dependente do processo legislativo, fica prejudicada, lenta ou ineficiente, e o processo dialético de elaboração de normas perde este caráter.

A possibilidade de interferência do Governo Federal no funcionamento do Congresso Nacional é enorme, à medida que é de praxe no presidencialismo brasileiro a formação de “super-maiorias” parlamentares, a divisão de cargos ministeriais e o uso da grande influência do Executivo para tais fins. Isso explica, de certa maneira, o fato de que é justamente o Governo Federal quem mais aprova projetos de lei relativos à educação, praticamente metade, funcionando o Legislativo mais como Casa de referendo das propostas do Executivo do que propriamente de elaboração e discussão de leis, uma de suas funções típicas.

Os dados do NUPPs-USP demonstram que há uma clara demanda por projetos de lei de educação que sejam apresentados e aprovados no Legislativo de modo a adaptar as condições de ensino e acesso às exigências da LDB e da CF. Uma pequena parcela do total de projetos de lei protocolados no Congresso Nacional são referentes à educação, e destes, a maioria refere-se ao Ensino Superior. Isso pode ter explicação no fato de que a União legisla, além de conteúdo geral, sobre Ensino Superior, nível de ensino que não foi atribuído pela Constituição a nenhum outro ente federativo.

Com relação aos partidos políticos, poucos possuem uma base consistente no Congresso Nacional para que haja uma boa atividade legiferante, que mesmo com proposições em um número elevado não apresentam garantia

alguma de transformação em lei.

Também o potencial do Executivo em influir no Legislativo é tamanho que é o Governo Federal quem possui a maior razão entre projetos de lei propostos e aprovados, tanto no geral como especificamente para temas da educação.

O caso brasileiro encontra soluções na otimização do funcionamento do Legislativo, de forma a garantir maior atividade e representação parlamentar, menor burocracia no processo legislativo e maior promoção de políticas públicas por parte do Congresso. Mais importante ainda é envolver Estados e Municípios no desenvolvimento e promoção da educação, visto que estes entes se encontram muito restritos em suas possibilidades de atuação em matéria educacional.

Referências bibliográficas

ABRANCHES, S. *Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro*. Revista Dados. v. 31. n° 1. s.l. 1988.

ALMEIDA, F. D. M. *Competências na Constituição de 1988*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ASSIS, L. G. B. *Processo legislativo e orçamento público: a função de controle do parlamento* (Tese de Doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.

CARNEIRO, A. C. S., SANTOS, L. C. A., NÓBREGA NETTO, M. G. *Curso de regimento Interno*. 4ª Ed. Câmara dos Deputados. Brasília, 2016.

GARCIA, M. Educação superior na Constituição: competência legislativa - I Simpósio Nacional de Direito Educacional. In: PEREIRA, A. J. S. *et al. Direito Educacional: aspectos práticos e jurídicos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MOISÉS, J. A. (org.), *Democracia e Confiança: por que os cidadãos desconfiam das instituições democráticas?* São Paulo: Edusp, 2010.

MOISÉS, J. A., NUNES, E., CARNEIRO, L. P., FORJAZ, M. C. S., VASSELAI, F., MIGNOZZETTI, U. G., CENTURIONE, D. P., FERRARI, D., CADAH, L. Q. E MOREIRA, R. *Relatório Final da Pesquisa "O Congresso Nacional no contexto do Presidencialismo de Coalizão"*. São Paulo: NUPPs, 2010.

- MUSSO, E. S. *Studi di Diritto Costituzionale*. Napoli: Morano, 1966.
- NUPPS-USP. *Brasil, 25 anos de democracia - balanço crítico: políticas públicas, instituições, sociedade civil e cultura política - 1988/2013*. São Paulo: USP, 2010.
- OECD. *Pisa 2012 Results*. Disponível em: <<<http://www.oecd.org/pisa/keyfindings/pisa-2012-results.htm>>>. Acesso em 30 ago. 2017.
- RANIERI, N. *Educação superior no Brasil na perspectiva do direito e do Estado*. São Paulo: Edusp, 1999.
- _____. *O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação*. Tese (Livre-Docência). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.
- SILVA, J. A. *Processo constitucional de formação das leis*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

As leis e projetos de lei sobre “ideologia de gênero” nas escolas: uma análise sob a perspectiva das competências legislativas em matéria educacional

Thaís Temer

Mestranda em Direitos Humanos na Universidade de São Paulo

Advogada Orientadora da Assistência Judiciária Gratuita Dr. Carlos Foot Guimarães

Introdução

Não é possível dissociar democracia e cidadania da educação. Conforme pontua Ranieri (2013:56), a educação possibilita a difusão da democracia e dos direitos humanos, “valores cruciais” no mundo contemporâneo. Observa, ainda, tratar-se de um direito e dever fundamental social, regido pelo princípio da dignidade humana, bem como de um imperativo dos direitos humanos, sustento e guardião da vida, acrescentando que ela permite a consolidação da cidadania como “direito de ter direitos” de que nos fala Hannah Arendt (RANIERI, 2013: 56).

Benevides (1996:225), por sua vez, pontua que a Educação consiste na “formação do ser humano para desenvolver suas potencialidades de conhecimento, de julgamento e de escolha para viver conscientemente em sociedade”, acrescentando que o “processo educacional, em si, contribui tanto para conservar quanto para mudar valores, crenças, mentalidades, costumes e práticas”.

Ainda para esta autora, não existiria, no Brasil, uma educação para a democracia, persistindo um ensino monárquico que busca separar os que serão sábios e governarão e os demais, que permanecerão ignorantes e obedecerão (BENEVIDES, 1996:224). Ademais, fazendo referência a análise de Bobbio (1986), reafirma o fracasso por ele apontado com relação a educação para a cidadania, qual teria sido uma das promessas não cumpridas para a consolidação do ideal democrático.

Neste sentido, afirma que a educação para democracia requer três elementos: (i) formação intelectual e informação: refere-se, sucintamente, a capacidade de conhecer para melhor escolher e julgar, sendo necessário informar e introduzir o cidadão as diversas áreas de conhecimento; (ii) educação moral: estaria vinculada a “didática dos valores republicanos e democráticos, que não se aprendem intelectualmente apenas, mas sobretudo pela consciência ética, que é formada tanto de sentimentos quanto de razão”; (iii) educação do comportamento: seria a responsável, desde a escola primária, por criar hábitos de tolerância face ao diferente e formar bases para o aprendizado da cooperação ativa e subordinação do interesse pessoal ao bem comum (BENEVIDES, 1996;227).

A Educação deveria, assim, garantir o direito à informação e outros povos ou setores de uma mesma sociedade poderiam “ser beneficiados por conhecerem formas alternativas de vida, concepções diferentes de suas raízes, costumes, valores e ter, enfim, a liberdade de escolher” (DEWEY apud BENEVIDES, 1996: 232). Liberdade e igualdade são valores associados a tolerância, de forma que a aceitação da alteridade e das diferenças, ainda que de forma crítica, seria uma virtude e a escola seria o locus privilegiado para o desenvolvimento da educação para a democracia, visto que, ainda que existam outros espaços para a educação, ela ainda é a única instituição que possui como função oficial a educação do cidadão (BENEVIDES, 1996: 234).

Dentro desta perspectiva da importância da Educação e, em especial, da Educação escolar, para a formação dos cidadãos, manutenção de uma sociedade democrática e garantia de ideias de igualdade, respeito as diferenças e não discriminação, o presente trabalho visa analisar a possibilidade de os Estados e Municípios editarem leis que versem sobre a abordagem de questões ligadas a identidade de gênero e orientação sexual nas Escolas, à luz das competências constitucionais em matéria educacional.

Breve panorama histórico

Para compreender a situação de proteção do Direito à Educação, especialmente no que se refere as previsões positivadas em nossa ordem constitucional e as competências atribuídas, é importante conhecer, ainda que brevemente, o panorama histórico que desembocou na sistematização atual.

Cury (2013:107) observa que a Educação, no sentido de Educação Escolar, passou a ser ofertada, de forma institucional, organizada e sistemática, tardiamente. Desde o início da colonização portuguesa até boa parte do período em que perdurou a escravidão no Brasil não houve significativa preocupação com a educação escolar. Os índios eram considerados bárbaros e os africanos, na condição de escravos, eram reduzidos a mercadoria. Para esse contingente bastava a doutrinação e a catequese (CURY, 2013:107).

Com a Independência do Brasil, em 1822, e subsequente elaboração da Constituição de 1824, foi incluída, no texto constitucional, a previsão de instrução primária gratuita a todos os cidadãos.¹ Não obstante, vale observar que tal dispositivo não se aplicava aos escravos e índios, vez que a cidadania incluía apenas os nascidos livres, os naturalizados e os libertos (CURY, 2013:107). Ademais, enorme parcela da população ainda não tinha acesso à educação: em torno de 40%, sem considerar as mulheres, que eram limitadas a uma cidadania passiva, aumentando o universo dos “não cidadãos” ou “cidadãos imperfeitos” (CURY, 2013:107).

A primeira lei geral da Educação, de outubro de 1827, que regulou a educação primária, abrangia apenas as vilas e lugares mais populosos (CURY, 2013:108). Em 1834 o Ato Adicional (Lei nº 16 de 1834) trouxe alteração significativa ao adotar, pela primeira vez, a descentralização no ensino primário, atribuindo as Províncias competência legislativa sobre instrução pública e estabelecimentos próprios a promovê-la (CURY, 2013:108).

Em 1889 houve a proclamação da República, fazendo com que surgisse a primeira Constituição Republicana em 1891. Tal diploma adotou uma descentralização parecida com a do Ato Adicional de 1834, bem como deixou a cargo dos Estados decidir acerca da gratuidade e obrigatoriedade do ensino primário (CURY, 2013:108).

A Revolução de 1930 trouxe mudanças no cenário da educação, inaugurando uma pressão para que fossem adotados princípios e regras nacionais para a Educação (CURY, 2013:109). A Constituição de 1934 passou a prever, assim, a gratuidade e obrigatoriedade do ensino primário, o plano nacional de Educação e a destinação de parcela dos impostos para a Educação.

1. Conforme consta no Art. 179, inciso XXXII, da Constituição de 1824.

Com o golpe do Estado de 1937, novamente a Educação enfrentou retrocessos. O Estado voltou a ter um papel subsidiário nessa esfera, outorgando-se papel de destaque para a família e ensino privado (CURY, 2013:109). A Constituição de 1946, elaborada após a deposição do Estado Novo, voltou a trazer os princípios educacionais previstos na Constituição de 1934, anterior ao golpe.

Em 1961 surgiu a primeira Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 4.024/61), um marco importantíssimo em matéria educacional, posto que passou a dispor de forma mais detalhada sobre os fins da educação, liberdade de ensino, sistemas de ensino, confirmou a gratuidade e vinculação orçamentária, dispôs sobre a necessidade de um plano nacional de Educação, dentre outras questões. Contudo, a caminhada para o avanço não durou muito, vez que em 1964 sobreveio o golpe de Estado, com a implementação do regime militar e o conseqüente retrocesso democrático, social e de direitos civis.

A luta pela democratização da Educação só veio a encontrar solo fértil novamente após a queda do regime militar. A edição da Constituição de 1988 incorporou esses esforços, concedendo ao Direito à Educação uma atenção inédita.

Ranieri (2013:66) traça um bom panorama da importância concedida pela Constituição de 1988 ao Direito à Educação, ao anotar que foi o direito social que mereceu maior número de dispositivos no texto constitucional: cerca de trinta artigos, sendo que, de forma indireta, mais vinte o alcançam. Compara com outros direitos sociais, observando que “a saúde é trabalhada em cerca de nove dispositivos constitucionais, a previdência social em oito e a assistência social em quatro” (RANIERI, 2013:67).

No mesmo sentido, Caggiano (2009, 31) observa que o constituinte de 1988 favoreceu o direito à educação, abordando o tema de forma ampla, incluindo elementos decorrentes das declarações internacionais contemporâneas, visando “buscar a concretização fática à prerrogativa de educação que, a par de inerente ao ser humano, configura exigência no tocante ao próprio desenvolvimento da humanidade”.

Tal diploma colocou a Educação como o primeiro dos direitos sociais (art. 6º) e estabeleceu que se trata de um direito de todos e dever do Estado e da família (art. 205). Previu princípios importantíssimos a serem observados,

tais como (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 ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; (iv) gestão democrática do ensino público; (v) garantia de padrão de qualidade.²

Para além da Constituição, podemos encontrar previsões sobre Educação nas Constituições e leis ordinárias estaduais, Leis municipais e diversas leis federais, tais como: Plano Nacional de Educação (Lei nº 10.172/2001), Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei 8.069/90), Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9393/96).

Para Cury (2013:111), no contexto da ruptura com as estruturas autoritárias, a Constituição buscou impor novos contornos visando a implementação de uma Educação democrática própria da cidadania. O espírito de uma vontade geral democrática, até então inexistente, teria sido traduzido pelo conceito de Educação Básica, vinculado ao direito de todos a uma Educação Escolar com elementos comuns (CURY, 2013:112). Tal direito relaciona-se a necessidades educativas do patrimônio humano como um patrimônio cultural e vai mais além “ao reportar-se a uma base nacional para que os conhecimentos científicos válidos, os valores da igualdade, da democracia e dos direitos humanos se façam patrimônio da cidadania” (CURY, 2013:112).

O autor observa, ainda, que o conceito de Educação Básica teria incorporado a diferença enquanto direito, de forma que cabe a instituição escolar levar em consideração as dificuldades especiais enfrentadas por certas pessoas e grupos sociais, vítimas de estereótipos e discriminações, de forma a desconstruir preconceitos, colocando em prática o seu papel socializador e de transmissão de conhecimentos científicos (CURY, 2013:112).

2. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, art. 205. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>>. Acesso em 10 de junho de 2017.

Competências constitucionais em matéria de Educação

No contexto da grande relevância dada ao Direito à Educação pela nova ordem constitucional, foi estabelecida uma divisão de competências entre os entes federados, tanto no âmbito material quanto legislativo. Este aspecto é de extrema importância para o presente trabalho, posto que a análise da possibilidade de os Municípios e Estados elaborarem leis a respeito da chamada “Ideologia de Gênero” se dará, primordialmente, com base nas competências legislativas constitucionalmente estabelecidas em seara educacional.

Contudo, antes de analisar propriamente a divisão de competências, faz-se importante elucidar o sentido do vocábulo competência no âmbito jurídico. Conforme pontua Ranieri (2000:91), tal vocábulo designa, genericamente, “uma forma de poder jurídico, que se manifesta pelo exercício impositivo de comportamentos e de relação de autoridade regulado por normas”. Ainda, citando Sampaio Ferraz Jr, a autora explica que, “enquanto poder jurídico, competência pode ser entendida, especificamente, como poder juridicamente estabelecido para criar normas (ou efeitos jurídicos) por meio e de acordo com certos enunciados” (FERRAZ JUNIOR *apud* RANIERI, 2000:91).

Prosseguindo na explicação, Ranieri (2000: 91-92) apresenta a sistematização formulada por Ferraz Junior, segundo a qual é necessário realizar uma distinção entre as normas de competência e as normas de conduta, sendo que as primeiras “estabelecem a forma do poder jurídico e as condições necessárias para o seu exercício, definindo a competência pessoal, a competência procedimental e a competência material”, ao passo que as segundas estabelecem relações de obrigações, de forma que sua violação implica em responsabilidade, mas não afeta a eficácia do ato jurídico.

O que interessa a presente análise são as normas de competência propriamente ditas, segundo a classificação acima, especialmente no que se refere as competências públicas. Em um Estado Federal, como o Brasil, as normas que estabelecem competências públicas se referem “aos diferentes poderes de que necessitam os entes federados para fazer frente a seus encargos, na forma compatibilizada pela Constituição” (RANIERI, 2000: 91-92).

Conforme bem explicita a Ranieri (2000: 91-92):

O tema das competências no Estado Federal é dos mais importantes, senão o fundamental. Relaciona-se com a instituição de um governo compatível com as exigências e necessidades da União, além de influir diretamente no equilíbrio do pacto federativo, determinando o grau de tensão entre poder central e as unidades periféricas, no que diz respeito a descentralização e controle (aspectos fundamentais na área da educação em face das disposições da Lei nº 9394/96).

A repartição de competências pode se dar de forma vertical ou horizontal. A repartição horizontal refere-se a atribuição, a determinado ente federativo, de toda disciplina referente a uma determinada matéria. Em contrapartida, a repartição vertical se dá quando a disciplina de uma mesma matéria é atribuída para diversos entes federativos (FERRAZ JUNIOR *apud* RANIERI, 2000:93). Assim, “competências privativas e comuns decorrem da repartição horizontal; competências concorrentes, da repartição vertical” (FERRAZ JUNIOR *apud* RANIERI, 2000:93). Com estes breves e panorâmicos apontamentos a respeito das competências, podemos passar para a análise do que foi estabelecido pela nossa Constituição Federal. Observa-se, contudo, que apenas as competências legislativas serão alvo de análise, dada a finalidade do presente trabalho.

A Constituição de 1988 trouxe os Municípios para a Federação, de forma que a República Federativa brasileira passou a ser composta dos seguintes entes federados: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. À cada ente federativo, foi discriminada uma gama de competências. No plano da competência legislativa, sobrepõe a União aos demais entes.

A Constituição Federal dispõe, em seu artigo 22, inciso XXIV, que compete a União legislar sobre diretrizes e bases da Educação nacional.

O artigo 24, inciso IX, por sua vez, estabelece que União, Estados e Distrito Federal detém competência concorrente para legislar sobre Educação. Os parágrafos 1º e 2º determinam que a competência da União deve se limitar ao estabelecimento de normas gerais, bem como que essa competência não exclui a competência suplementar dos Estados. Ademais, os parágrafos 3º e 4º preveem que, inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão competência legislativa plena, suspendendo-se a eficácia da lei estadual na hipótese de superveniência de lei federal.

A legislação, além de complexa, causa confusão em determinados pontos, suscitando importantes questões e controvérsias com relação a distribuição de competências em matéria educacional. Como exemplo desta situação, Ranieri (2000: 89-90) menciona os problemas referentes “ao confundirem-se na competência do Congresso Nacional as atribuições de editar a Lei de Diretrizes e Bases, as Normas Gerais de Educação e a lei federal ordinária, ante a sua dupla qualidade de legislativo nacional e legislativo federal”.

A distinção entre normas gerais de educação e Lei de Diretrizes e Bases é um ponto bastante sensível e reflete diretamente no âmbito da competência legislativa do Estado. Conforme foi dito acima, segundo a literalidade da Constituição, apenas a União teria competência para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, ao passo que a competência legislativa sobre normas gerais em âmbito educacional cabe à União, Estados e Distrito Federal, de forma concorrente. Disto exsurge-se as seguintes questões: (i) qual a diferença entre normas gerais e diretrizes e bases?; (ii) qual o limite real da atividade legislativa do Estado em se tratando de suplementação de normas gerais?

O tema não é pacífico.

Segundo Ranieri (2000:102-103), a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional advém de uma repartição horizontal de competências legislativas, vez que busca delimitar uma área de atuação específica da União. Em contrapartida, a competência para legislar sobre normas gerais resulta da repartição vertical de competências, marcada pela competência concorrente entre mais de um ente federativo, em graus distintos (normas gerais e normas suplementares) (RANIERI, 2000:103).

Sob a perspectiva material, explica que:

É possível distinguir as normas supletivas das normas gerais, e estas das de diretrizes e bases, com fundamento em critérios de exclusão: diante de uma prescrição normativa na área educacional, examina-se se ela especializa e aprofunda questões. Neste caso, não será diretriz ou base, nem tampouco norma geral, mas norma específica suplementa, de competência estadual. Se, não especializando, estabelece princípios e fundamentos, dá-se o contingenciamento generalizador, nacional, que caracteriza tanto a norma geral como a Lei de Diretrizes e Bases. Em conclusão, apenas a forma e a extensão do tratamento dado a matéria

educacional é que podem indicar a generalização, ou não, da norma. A matéria de diretrizes e bases, por sua vez, é de definição mais precisa, não sendo apontada em função da generalidade da norma, mas em face do conteúdo que, necessariamente, deve remeter àsi deias de fundamento, organização e condições de exequibilidade. [...] Na área de educação, diretriz diz respeito as metas de promoção do indivíduo como pessoa, cidadão e trabalhador (RANIERI, 2000:107-108).

José Afonso da Silva (2002:503), de outro lado, afirma que legislar sobre normas gerais e diretrizes e bases constitui a mesma coisa, de forma que a Constituição incorre em redundância ao dispor, em um artigo, que compete a União ditar normas gerais sobre educação e, em outro, que detém competência para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional.

Vê-se, assim, que a delimitação do que constitui normas gerais e do que são diretrizes e bases é bastante complexa, situação esta que seria acentuada pelo fato de o Congresso Nacional possuir tanto a função de editar normas nacionais, como órgão legislativo do Estado Federal, quanto leis federais, na qualidade de ente federado (RANIERI, 2000:105).

Não suficiente, a Constituição teria incorrido, ainda, em impropriedade técnica ao afirmar que a competência da União para legislar sobre diretrizes e bases é privativa (art. 22), posto que tal competência seria, na realidade, concorrente. Tendo em vista que diretrizes e bases possuem caráter de fundamentos, organização, normas de conduta, não abordando especificidades, não se adequam a competência privativa, que prevê o amplo tratamento da matéria, o “exercício pleno, concentrado na respectiva esfera de poder, que assim normativa a matéria em todos os seus aspectos, gerais e específicos” (ALMEIDA JUNIOR *apud* RANIERI, 2000:109).

Neste sentido, a União, não podendo legislar sobre matérias específicas no campo educacional, não pode possuir competência privativa para diretrizes e bases, mas tão somente competência concorrente. Conseqüentemente, o parágrafo único do artigo 22, que estabelece que lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas em matéria de diretrizes e bases, não possuiria qualquer incidência, vez que, não podendo a União legislar sobre matérias específicas, também não pode transferir esta competência (RANIERI, 2000:112).

Vê-se, pelo exposto, que enquanto em matéria de competência material e encargos a atuação da União é residual, no âmbito das competências legislativas ela não só é expressamente indicada como é predominante, restando aos Estados apenas as matérias não vedadas pela Constituição (art. 25, parágrafo 1º). Assim, o poder dos Estados estaria restringido a edição de normas complementares para o seu sistema de ensino (RANIERI, 2000: 100).

Com relação aos municípios, a atuação é ainda mais limitada. Nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição Federal, eles detêm a competência para legislar sobre assuntos de interesse local, competência esta que deve se expressar “nas normas complementares para os seus sistemas de ensino, como fixado pelo art. 11, inciso III da LDB” (RANIERI, 2000:101). Ademais, em que pese o art. 30, inciso II da CF possibilitar que os municípios suplementem a legislação federal e estadual, no que couber, é certo que esta competência suplementar não se estende a esfera educacional, vez que o art. 24 foi bastante claro ao estabelecer que cabe apenas à União, Estados e Distrito Federal legislar concorrentemente sobre educação.

Competência legislativa e a chamada “Ideologia de Gênero”

Recentemente, têm surgido no Brasil grandes debates em torno da possibilidade ou não de as escolas abordarem questões relacionadas a identidade de gênero. Tais debates teriam se acirrado com a exclusão, no Plano Nacional de Educação, da palavra gênero.

A corrente que defende ser equivocada a abordagem de questões relacionadas a identidade de gênero nas escolas passou a valer-se dessa supressão, afirmando que o objetivo de tal ato foi justamente indicar que tais assuntos não devem ser abordados por professores. Seguindo esta lógica, Municípios e Estados também passaram a suprimir o termo de seus respectivos planos. Em reação a este movimento, o Ministério da Educação - MEC lançou uma nota técnica (nº 24/2015) afirmando a importância dos conceitos de gênero e orientação sexual para as políticas educacionais e para o próprio processo pedagógico, enfatizando ser um conhecimento cientificamente produzido que não pode ser excluído do currículo e que constitui categoria central no “processo de construção de uma escola efetivamente democrática, que reco-

nheça e valorize as diferenças, enfrentando as desigualdades e violências e garantindo o direito a uma educação de qualidade a todos e a todas”.³

Não obstante, Municípios e Estados passaram a elaborar projetos de lei vedando a abordagem de questões de gênero e orientação sexual nas escolas.

Para os fins do presente trabalho, não pretendemos fazer um levantamento de todos os projetos existentes e seus respectivos conteúdos, posto que o intuito, como já foi dito, é analisar a competência legislativa dos Estados e Municípios para a edição de tais projetos. Assim, optamos por analisar dois casos, apenas a título exemplificativo, por já existirem interessantes manifestações judiciais a respeito deles.

Lei municipal de Volta Redonda sobre “Ideologia de Gênero”

O primeiro caso refere-se a Lei nº 5.165/15 do município de Volta Redonda (Estado do Rio de Janeiro), o qual estabeleceu ficar vedada a implantação da política de “ideologia de gênero” nos estabelecimentos de ensino do Município de Volta Redonda, determinando que a Secretaria Municipal da Educação regulamentasse a Lei no prazo máximo de 60 (sessenta) dias após a sua aprovação. Ademais, determinou a revogação de qualquer disposição em sentido contrário.

A Defensoria Pública do Rio de Janeiro entrou com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, visando o reconhecimento da inconstitucionalidade da lei em questão. Alegou, em síntese (i) a existência de vício formal, referente a iniciativa do projeto de Lei, a qual teria desrespeitado o art.112, § 1º, inciso II, alínea *d* da Constituição do Rio de Janeiro, o qual prevê que a iniciativa de lei que dispõe sobre criação, estruturação e atribuições das Secretarias de Estado e órgãos do Poder Executivo são de competência privativa do Governador do Estado (de forma que, por simetria, no âmbito municipal, a competência é do Prefeito); (ii) que a Lei Orgânica do Município de Volta Redonda estabelece em seu art. 53 que compete privativamente ao Prefeito Municipal a iniciativa das leis que versem sobre criação, estruturação e atribuições dos órgãos da administração direta e indireta do município e a Lei em questão,

3. Disponível em: <<<http://www.spm.gov.br/assuntos/conselho/nota-tecnica-no-24-conceito-genero-no-pne-mec.pdf>>> Acesso em 30 de maio de 2017.

de iniciativa do Presidente da Câmara de Vereadores, exerceu interferência sobre o Plano Municipal de Educação e impôs atribuições a Secretaria de Educação de Volta Redonda; (iii) O princípio da separação de poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal e reproduzido por simetria no art. 7º da Constituição Estadual trata-se de um dos fundamentos da ordem política brasileira e sua ofensa deve ser contida; (iv) sob o aspecto material também seria contrastante com os princípios e regras contidos no parâmetro constitucional.⁴ A representação foi julgada procedente, tendo o Tribunal de Justiça reconhecido a inconstitucionalidade material da referida lei, por violar o princípio constitucional da igualdade no aspecto estrutural (direito a não discriminação), o direito fundamental à diferença, o modelo republicano do Estado brasileiro, baseado no pluralismo político e o princípio da laicidade estatal.⁵

O vício de iniciativa formal, por sua vez, não foi reconhecido.

Vale colacionar a ementa do acórdão:

EMENTA: REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. IDEOLOGIA DE GÊNERO. MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA. LEI Nº 5.165/2015 QUE VEDA A IMPLANTAÇÃO DA POLÍTICA DE IDEOLOGIA DE GÊNERO NOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO NO MUNICÍPIO DE VOLTA REDONDA. COMPETENCIA LEGISLATIVA. VÍCIO DE INICIATIVA. INOCORRÊNCIA. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ACOLHIMENTO DA REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. Devem ser respeitadas as diversidades de valores, crenças e comportamentos existentes na sociedade, razão pela qual a proibição pura e simples de determinado conteúdo pode comprometer a missão institucional da escola de se constituir como espaço de formação da pessoa humana. 3. Por um

4. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Representação de Inconstitucionalidade com Pedido de Medida Cautelar. Disponível em: <<<http://s.conjur.com.br/dl/volta-redonda-politica-genero.pdf>>> Acesso em 20 de abril de 2017.
5. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Acórdão proferido na Representação de Inconstitucionalidade n. 0007584-60.2016.8.19.0000. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3404112/mod_resource/content/1/ACORDAO%20VOLTA%20REDONDA.pdf>> Acesso em 1 de junho de 2017.

lado, temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza, e, por outro, o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

Além da importância do caso sob a perspectiva da análise da inconstitucionalidade material, o que chamou atenção, para os fins do presente trabalho, é que a inconstitucionalidade em razão de eventual incompetência do município para legislar sobre o tema não foi suscitada pela Defensoria e nem analisada pelo Tribunal de Justiça, muito embora tenha sido abordada pela Procuradoria Geral do Estado, em seu parecer.

A Constituição Estadual, nos mesmos moldes da Constituição Federal, estabelece, em seu artigo 358, incisos I e II, que compete aos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local e complementar a legislação federal e estadual, no que couber. Segundo consta em tal parecer, esta suplementação deve se dar nos limites do interesse local, de forma que haveria inconstitucionalidade da lei em questão, por extrapolar essa esfera de interesse.

Situação diversa pode ser averiguada no próximo caso a ser estudado, em que houve a análise da inconstitucionalidade sob a perspectiva legislativa.

A Lei nº 8.458/11 de São José dos Campos

Em 2011, o Município de São José dos Campos, no Estado de São Paulo, aprovou a Lei nº 8458/11, a qual proibia a divulgação ou exibição de qualquer tipo de material que possa induzir a criança ao comportamento, opção ou orientação homoafetiva. Diante desta situação o Procurador Geral de Justiça do Estado de São Paulo ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 029637162.2011.8.26.0000), a qual foi julgada procedente pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reconhecendo-se tanto a inconstitucionalidade formal quanto material.

Para o Tribunal, o Município, ao editar tal Lei, ultrapassou sua esfera de competência legislativa. Nas palavras do Desembargador Arthur Marques da Silva Filho:

Ainda que inegavelmente seja interesse também do Município o de zelar pela boa educação de seus cidadãos, não há, no que respeita à educação

para prevenção da homofobia, para o respeito e tolerância da diversidade sexual, e para a discussão sobre a liberdade de orientação sexual, qualquer caractere de preponderância de interesse em seu favor. Inexistindo qualquer peculiaridade no Município de São José dos Campos envolvendo o tema, tem-se que ele transcende o interesse local, do que deriva a usurpação de competência legislativa.⁶

O Poder Constituinte Originário prevê, no art. 24 da Constituição Federal, a competência concorrente sobre educação apenas para União, Estados e Distrito Federal, de forma que a competência do Município deve ser verificada no art.30, incisos I e II. Conforme já trabalhado acima, tal dispositivo prevê que o Município pode legislar sobre assuntos de interesse local ou suplementar a legislação federal e estadual no que couber.

Segundo consta do acórdão, ao falar em assuntos de interesse local, a doutrina e jurisprudência vem apontando critérios para definir essa cláusula aberta, firmando-se o entendimento que de que tal interesse diz respeito às matérias que eventualmente adquiram configurações peculiares em determinado Município, pela aplicação do princípio da predominância do interesse. Ademais, o interesse local guardaria relação com o âmbito territorial. Sob esta perspectiva, a abordagem ou não de questões de gênero na Escola não se restringe ao interesse local, estando portanto fora da competência prevista no inciso I do art.30.

Com relação a competência suplementar do inciso II, determina o acórdão que ela só é possível se também estiver presente o interesse local. Assim, seria lícito o Município regulamentar eventual legislação estadual, disciplinando seus pormenores, adaptando a vida prática da Municipalidade, mas apenas se tal complementação se referisse a parcela de interesse específico do Município. A fixação de diretrizes amplas, desvinculadas de peculiaridades locais não poderia ser admitida. Logo, a atuação do Município também teria extrapolado a competência suplementar do inciso II.

6. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Acórdão proferido nos autos da ADI n. nº 029637162.2011.8.26.0000. Disponível em: <<<https://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22182774/direta-de-inconstitucionalidade-adi-2963716220118260000-sp-0296371-6220118260000-tjsp/inteiro-teor-110567220>>> Acesso em 1 de junho de 2017.

Pontua, ainda, que a lei teria invadido a competência constitucional privativa da União de legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, conforme prevê o art. 22, inciso XXIV da Constituição Federal.

Por fim, no âmbito material, afirmou-se que a norma é incompatível com a Constituição do Estado de São Paulo, que prevê, em seu artigo 237, inciso VII, a condenação de qualquer tratamento desigual por motivo de convicção filosófica, política ou religiosa, bem como quaisquer preconceitos de classe, raça ou sexo e em seu inciso II, o respeito a igualdade e liberdades fundamentais da pessoa humana.

A (in)competência dos Municípios e Estados para editar leis sobre a chamada “Ideologia de Gênero”

Feito um panorama das competências legislativas em matéria educacional, da forma federativa adotada pela Constituição de 1988, marcada pelo regime de cooperação e do contexto nacional de debates acerca de questões de gênero, mais especificamente do forte movimento que critica a inserção de tal debate no ambiente escolar, passamos ao questionamento central do presente trabalho: podem os Municípios e os Estados elaborar leis que visam proibir a abordagem de gênero e questões sobre orientação sexual nas escolas?

A respeito dos Municípios, a resposta nos parece mais fácil, vez que uma leitura atenta dos dispositivos constitucionais sobre o tema indicam, de modo aparentemente inequívoco, que não.

Ora, se a competência para legislar sobre diretrizes e bases da Educação Nacional é privativa da União (segundo a literalidade do dispositivo constitucional) e para legislar sobre educação, mediante normas gerais, é da União, Estados e Distrito Federal, parece clara a intenção do constituinte originário em não estender este poder para os Municípios.

Ainda que se entenda que a competência para tratar de diretrizes e bases é concorrente, tal como explicitado no tópico III deste trabalho, essa concorrência também se dá entre Estados e União, não abrangendo o Município, sob pena de suscitar enorme e insustentável contradição entre dispositivos constitucionais (artigo 22, inciso XXIV e artigo 24, inciso IX).

O fato de o artigo 30 da Constituição atribuir competência legislativa para os Municípios sobre questões de interesse local e competência suplementar com relação a legislação estadual e federal não só não altera essa percepção, como a corrobora.

Tratar de questões referentes a gênero e orientação sexual envolve dignidade humana, igualdade, direitos fundamentais, não discriminação, autodeterminação e liberdades individuais. Tais direitos e valores não só ultrapassam, e muito, o âmbito municipal, como superam inclusive as barreiras nacionais.

Trata-se de tema global, complexo e delicado. Tanto assim o é que está na pauta do dia tanto no cenário nacional quanto internacional. Parece, assim, bastante claro que gênero está muito longe de se tratar de uma questão local.

Sobre o que constituiria o chamado interesse local, Alexandre de Moraes (2007:731) ensina que a competência suplementar dos municípios consiste na autorização para regulamentar as normas legislativas federais e estaduais, para “ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo: interesse local”.

Uadi Lammêgo Bulos (2001:974-975), por sua vez, explica que a municipalidade pode suprimir o vazio dos legisladores federal e estadual, mas desde que observados dois requisitos: (i) o acatamento aos modelos federal (Constituição Federal) e estadual (textos constitucionais dos Estados-membros); (ii) rigorosa obediência ao princípio da predominância do interesse local. Acrescenta ainda que o poder supletivo conferido pela Carta de 1988 aos municípios “não serve de reduto para desvios de competência ou invasões inconstitucionais de atribuições. Possui um destino certo e incontestável: impedir que a inércia legislativa da União prejudique a vida do Município, paralisando serviços imprescindíveis”.

Percebe-se, assim, que os Municípios, ao elaborarem leis ou projetos de lei visando coibir a abordagem de gênero e orientação sexual nas escolas, incorrem em patente inconstitucionalidade formal, face a incompetência para legislar sobre o tema.

Quanto aos Estados, como dito, a questão é mais complexa. Uma análise apressada poderia levar a conclusão de que deteriam competência legislativa para editar este tipo de lei. Isto porque (i) o artigo 24 da Constituição Federal atribui competência concorrente entre União e Estados para legislar sobre educação; (ii) o parágrafo 2º prevê que a edição de normas gerais não exclui a competência complementar dos Estados; (iii) o parágrafo 3º determina que, na ausência de lei federal sobre normas gerais, os Estados podem exer-

cer competência legislativa plena; (iv) há forte corrente no sentido de que a competência para legislar sobre diretrizes e bases, prevista no art. 22 da Constituição Federal, seria concorrente entre Estados e União, e não privativa, como se extrai da literalidade do dispositivo.

Não obstante, entendemos que tal pensamento não se sustenta. É certo, sim, que a Constituição atribui uma atuação maior aos Estados em relação as competências legislativas constitucionais em matéria educacional do que a atribuída aos Municípios. Entretanto, essa competência possui limites e não se igualam a da União.

Da mesma forma que aspectos relacionados a identidade de gênero ultrapassam a esfera local, também não se limitam ao âmbito estadual, estando claramente relacionada a ideia de normas gerais e/ou de diretrizes e bases.

Passaremos, então, a analisar cada um dos itens supra mencionados que, como dito, em uma primeira análise poderiam levar a uma conclusão errônea sobre a competência estatal.

Primeiramente, ao atribuir competência concorrente para os Estados legislarem sobre Educação, é necessário se ter em mente que isso não significa uma competência irrestrita. Diferentemente da competência comum, a competência concorrente implica em uma relação de subordinação entre União e Estados, em que cabe a primeira estabelecer normas gerais e aos segundos suplementá-las.

Pois bem, suplementar é muito diferente de exercer competência legislativa plena. Suplementar liga-se a ideia de reforço, de complementação, visando preencher eventuais vácuos nas normas gerais editadas pela União. A suplementação fica adstrita ao atendimento das peculiaridades regionais.

O fato de a Constituição prever competência legislativa plena para os Estados caso não exista lei federal sobre normas gerais (art. 24, § 3º) também não é suficiente para justificar a edição de leis sobre gênero por parte deste ente, vez que há uma expressão bastante limitante neste dispositivo, qual seja, “para atender a suas peculiaridades”. Ou seja, a ausência de normas gerais apenas possibilita a competência legislativa plena dos Estados para o fim específico de atender suas peculiaridades. Ora, acredito que não há dúvidas de que questões relacionadas a identidade de gênero não são constituem peculiaridade de um ou outro Estado-membro.

Ademais, sob a perspectiva de que a competência para legislar sobre diretrizes e bases também seria concorrente e não privativa, conforme já desenvolvido em tópico anterior, também não seria possível sustentar que o Estado poderia, então, proibir a abordagem sobre questões de gênero na Escola, vez que cairia na mesma situação exposta acima: atividade suplementar e limitada as questões regionais.

Conclui-se, assim, que os Estados também não detém competência legislativa para elaborar leis que vedem a chamada “Ideologia de Gênero” nas escolas.

Pensamos que tal conclusão vem corroborada com outro aspecto: a possibilidade de eventual responsabilização internacional do Estado brasileiro em razão da edição deste tipo de lei. Isto porque, como dito, questões relacionadas a gênero e orientação sexual ultrapassam a esfera nacional, existindo tratados e princípios internacionais que abordam o tema, visando evitar qualquer forma de discriminação.

Podemos citar, como exemplo, os Princípios de Yogyakarta, que tratam da aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, os quais determinam de forma clara que os Estados, a fim de garantir o direito à igualdade e não discriminação, devem implementar todas as ações apropriadas, inclusive programas de educação e treinamento, “com a perspectiva de eliminar atitudes ou comportamento preconceituosos ou discriminatórios, relacionados a ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer orientação sexual, identidade de gênero ou expressão de gênero”.⁷*Estabelecem, ainda a necessidade de responsabilização (accountability) daqueles que de alguma maneira praticaram violação de direitos humanos relacionados à orientação sexual ou identidade de gênero.*⁸

A Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU estabelece que a instrução deve ser orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos

7 Princípio 2, alínea “f”, dos Princípios de Yogyakarta sobre Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação a Orientação Sexual e Identidade de Gênero.

8 Princípio 29 dos Princípios de Yogyakarta sobre Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação a Orientação Sexual e Identidade de Gênero.

e pelas liberdades fundamentais.⁹ Sob esta perspectiva, Ranieri (2013:58) afirma que a Educação não constitui um valor neutro: ele está ligado “a promoção dos direitos e das liberdades próprias do Estado Democrático, em cuja base se encontra a dignidade humana”.

A Declaração Universal dos Direitos das Crianças estabelece que a criança gozará de proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas oportunidades de facilidades a fim de facultar-lhe o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal, em condições de liberdade e dignidade. Dispõe, ainda, que a criança tem direito a uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la, em condições de iguais oportunidades, a desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social.¹⁰

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais complementa o disposto na Declaração, ao estabelecer que a Educação “deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos”.¹¹

O Comitê de Direitos Humanos, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Comitê sobre os Direitos da Criança, todos da ONU, já expressaram preocupação com a discriminação homofóbica nas escolas e pediram para que medidas fossem tomadas pelos Estados para evitar essas situações.¹²

9. ONU, Declaração Universal de Direitos Humanos. Art. 26. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 07 de junho de 2017.

10. ONU, Declaração Universal dos Direitos das Crianças. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crianca/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em 10 de junho de 2017.

11. ONU, Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Art. 13-1. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>> Acesso em 7 de junho de 2017.

12. Ver, por exemplo, as Observações finais do Comitê de Direitos Humanos com relação ao México (CCPR/C/MEX/CO/5), parágrafo 21; Observações finais do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais com relação à Polônia (E/C.12/POL/CO/5), par. 12 e 13; e Comitê dos Direitos da Criança: Observação Geral nº 3 (CRC/GC/2003/3), par. 8; e Nº 13 (CRC/C/GC/13), par. 60 e 72 g); e Observações finais do Comitê com relação à Nova Zelândia (CRC/C/NZL/CO/3-4), par. 25; Eslováquia (CRC/C/SVK/CO/2), par. 27 e 28; e Malásia (CRC/C/MYS/CO/1), par. 31. – Informações constantes na Nota Técnica nº 2/2017/PFDC, de 15 de março de 2017, elaborada pelo Ministério Público Federal.

Assim, eventual inobservância do direito à igualdade e desrespeito as opções de orientação sexual e identidade de gênero de indivíduos podem, como dito, ensejar a responsabilidade do Estado brasileiro na esfera internacional. Isto posto, deixar a cargo dos Estados e Municípios a legislação sobre o tema seria bastante complicado.

O raciocínio ora desenvolvido segue a mesma lógica do Incidente de Deslocamento de Competência instituído pela EC nº 45/04 em nossa Constituição Federal, segundo o qual, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faz parte, pode suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, o deslocamento de competência para a Justiça Federal. Isso porque, nos termos do art. 21, I da Constituição Federal, é a União que se responsabiliza, em nome da República Federativa do Brasil, pelas regras e preceitos fixados nos tratados internacionais.

Assim, caso haja descumprimento e desrespeito aos direitos humanos no território brasileiro, a responsabilidade, no plano internacional, recai exclusivamente sobre a União, que não poderá invocar cláusula federativa, “nem mesmo ‘lavar as mãos’ dizendo ser problema do Estado ou do Município” (LENZA, 2016:1226).

Transpondo para a questão de competência legislativa, se a edição de determinada lei pode ensejar responsabilidade do Estado brasileiro na seara internacional, nada mais plausível do que limitar a possibilidade de elaboração desta lei à União.

Diante de tudo que foi exposto até o momento, concluímos e reiteramos que cabe a União, e tão somente à ela, editar leis que versem sobre a identidade de gênero e orientação sexual na Escola. Com isso, a edição de leis deste tipo por partes desses entes (situação que, como dito, tem sido recorrente nos últimos anos), gera gastos públicos desnecessários, mobiliza e ocupa a pauta já apertada do Poder Executivo desses entes, que deveria estar trabalhando com outras questões que de fato lhe competem, bem como provoca o acionamento desnecessário do Poder Judiciário.

Referências bibliográficas

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *Educação para a democracia*. Lua Nova, 1996, n. 38 - 96.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da democracia*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1986.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10 de junho de 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAGGIANO, Monica Herman S. A educação: direito fundamental. In: RANIERI, N. B. S. *Aspectos constitucionais do direito à educação*. São Paulo: Edusp, 2009.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Do direito de aprender: base do direito à educação. In: ABMP e Todos pela Educação. *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Representação de Inconstitucionalidade com Pedido de Medida Cautelar. Disponível em: <<<http://s.conjur.com.br/dl/volta-redonda-politica-genero.pdf>>>. Acesso em 20 de abril de 2017.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Nota Técnica no 2/2017/PFDC. Disponível em: <<<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/grupos-de-trabalho/direitos-sexuais-ereprodutivos/atuacao-do-gt/nota-tecnica-2-2017-pfdc/view>>>. Acesso em: 10 de junho de 2017.

MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>> Acesso em 07 de junho de 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Art. 13-1. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>>. Acesso em 7 de junho de 2017.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Educação superior, direito e Estado na Lei de Diretrizes e Bases (Lei n. 9394/96). São Paulo: Edusp, 2000.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: ABMP e Todos pela Educação. *Justiça pela Qualidade na Educação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Acórdão proferido nos autos da ADIn. nº 029637162.2011.8.26.0000. Disponível em: <<<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22182774/direta-de-inconstitucionalidade-adi-2963716220118260000-sp-0296371-6220118260000-tjsp/inteiro-teor-110567220>>>. Acesso em 01 de junho de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Acórdão proferido na Representação de Inconstitucionalidade n. 0007584-60.2016.8.19.0000. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3404112/mod_resource/content/1/ACORDAO%20VOLTA%20REDONDA.pdf>>. Acesso em 1 de junho de 2017.

A questão da identidade de gênero e da orientação sexual: a necessidade da atuação da União, no exercício de sua competência educacional legislativa, para o tratamento coeso do assunto

Letícia Antunes Tavares

Doutoranda em Direito na Universidade de São Paulo

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Introdução

A recente notícia divulgada pela imprensa de que, durante a revisão final do Ministério da Educação (MEC), foram retiradas da Base Nacional Curricular Comum (BNCC)¹ expressões relativas a “identidade de gênero” e “orientação sexual”², reacendeu o debate surgido durante a votação do Plano Nacional de Educação (PNE)³, em 2014, quando então tais expressões foram

1. A Base Nacional Comum Curricular (BNCC) é um documento de caráter normativo que define o conjunto orgânico e progressivo de aprendizagens essenciais que todos os alunos devem desenvolver ao longo das etapas e modalidades da Educação Básica. Referência nacional para a formulação dos currículos dos sistemas e das redes escolares dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das propostas pedagógicas das instituições escolares, a BNCC integra a política nacional da Educação Básica e vai contribuir para o alinhamento de outras políticas e ações, em âmbito federal, estadual e municipal, referentes à formação de professores, à avaliação, à elaboração de conteúdos educacionais e aos critérios para a oferta de infraestrutura adequada para o pleno desenvolvimento da educação (Disponível em <<http://basenacionalcomum.mec.gov.br/images/BNCC_publicacao.pdf>>, acessado em 19 abr. 17).
2. Disponível em: <<<http://g1.globo.com/educacao/noticia/mec-tira-termo-orientacao-sexual-da-versao-final-da-base-curricular.ghml>>>, acessado em 19 abr. 17.
3. Trata-se de um plano decenal que determina diretrizes, metas e estratégias para a política educacional, nos termos do artigo 214 da Constituição Federal. Tendo em vista o regime de colaboração que permeia a atuação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios em termos de educação, a Lei nº 13.005 de 2014 determina, em seu artigo 8º, que as unidades periféricas criem seus próprios planos de educação ou adequem seus planos às diretrizes do plano nacional de educação.

removidas da versão original do projeto que deu origem à Lei nº 13.005 de 2014 (Projeto de Lei nº 8035 de 2010)⁴.

O principal argumento utilizado pelas bancadas conservadoras para a retirada de tais expressões baseou-se na suposição de que referidas menções valorizariam a “ideologia de gênero”, que desvirtuaria o modelo tradicional de família.

Mas as questões referentes a gênero e orientação sexual poderiam, de fato, ser consideradas “ideologia”?

E, já numa análise superficial do assunto, a resposta pronta seria negativa.

Ora, a palavra “ideologia” refere-se, comumente, a um conjunto de ideias, e, no âmbito de seu uso corrente e não crítico, a expressão “ideologia” contém uma característica peculiar: “quando se fala em ideologia, pretende-se em geral estar qualificando o sistema de ideias como distorcido, falso e ilusório” (MACHADO, 1983: 11).

Por sua vez, gênero e orientação sexual não podem ser considerados meramente um conjunto de ideias, uma ideologia. Trata-se sim de direitos da personalidade, inerentes a toda pessoa humana, inclusive, protegidos constitucionalmente.

Com efeito, a palavra “gênero” pode ser definida, do ponto de vista antropológico, como “a forma como se manifesta social e culturalmente a identidade sexual dos indivíduos” (FERREIRA, 2010: 376).

E, conforme orientação do Ministério da Educação, “identidade de gênero” “diz respeito à percepção subjetiva de ser masculino ou feminino, conforme os atributos, os comportamentos e os papéis convencionalmente estabelecidos para homens e mulheres” (BRASIL, s.d.).

Já o termo “orientação sexual” diz respeito à expressão da sexualidade da pessoa humana, ou seja, “refere-se ao sexo das pessoas que elegemos como objetos de desejo e afeto” (BRASIL, s.d.).

Como salientado, tanto gênero, quanto orientação sexual são atributos específicos da personalidade humana, inerentes à sua dignidade. Nesse sentido o Enunciado nº 274 do Conselho da Justiça Federal dita que: “os

4. Disponível em: <<<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/RADIOAGENCIA/499713-DEBATE-SOBRE-ORIENTACAO-SEXUAL-E-IDENTIDADE-DE-GENERO-NA-ESCOLA-GERA-DIVERGENCIAS.html>>>, acessado em 28 abr. 17.

direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição Federal (princípio da dignidade da pessoa humana)...” (AGUIAR JUNIOR, 2012: 48).

Vale destacar que um dos vetores fundantes das relações em nosso País, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, é justamente o princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal), que guarda perfeita relação com a disposição contida no artigo 3º, incisos I e IV, da Lei Fundamental, já que dentre os objetivos da República Federativa do Brasil estão o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

E o artigo 3º da Constituição Federal sim representa as opções ideológicas do constituinte e vincula o intérprete, sendo, portanto, de realização obrigatória. Assim,

constitui o art. 3º da Constituição de 1988 um verdadeiro programa de ação e de legislação, devendo todas as atividades do Estado brasileiro (inclusive as políticas públicas, medidas legislativas e decisões judiciais) se conformar formal e materialmente ao programa inscrito no texto constitucional (STRECK e MORAIS, 2013: 147).

Do exposto extrai-se que nem gênero, nem orientação sexual, podem ser considerados ideologia, tratando-se de direitos fundamentais, inerentes à personalidade humana, amparados constitucionalmente, em especial numa sociedade plural, que não só protege, mas também estimula a diversidade de relações, estando os poderes públicos obrigados, assim, à promoção de uma sociedade livre, justa, solidária, igualitária, livre de qualquer espécie de discriminação e também de qualquer imposição de crença religiosa⁵,

5. E, relativamente, à questão religiosa, que parece ter sido o mote das bancadas conservadoras para a retirada das expressões “identidade de gênero” e “orientação sexual” da Base Nacional Curricular Comum e do Plano Nacional de Educação, vale citar a lição do Professor José Reinaldo de Lima Lopes, para quem “a convicção religiosa alheia não pode, portanto, privar de direitos um grupo social que não se recusa a cumprir os deveres gerais de cidadania. Além de serem livres para crer, os cidadãos brasileiros são livres para não serem privados de direitos por grupos religiosos terem feito leis fundadas em suas convicções religiosas” (LOPES, 2005: 79).

política ou filosófica que cerceie direitos de outrem (artigo 5º, inciso VIII, da Constituição Federal).

Vê-se, pois, que “ideologia de gênero” não somente se trata de expressão imprópria, como também sua defesa acaba por violar frontalmente os mandamentos constitucionais ora expostos, o que não se poderia admitir.

Vale destacar que a escola deve ser o local em que se desperte a consciência crítica, sempre em atenção à realidade social e à valorização da diversidade. Ademais, o direito à igualdade e a vedação ao tratamento discriminatório comportam ampla proteção, em especial no ambiente escolar, em que se prima pela formação integral do indivíduo.

As exigências do mundo contemporâneo indicam a importância das discussões sobre a dignidade da pessoa humana, a igualdade de direitos, a recusa categórica de formas de discriminação, a importância da solidariedade e do respeito, cabendo à escola propiciar aos alunos as capacidades de vivenciar as diferentes formas de inserção sociopolítica e cultural (BRASIL, 1997).

Destarte, o legislador não só tem obrigação de tratar do assunto, como também de promovê-lo. E, no caso da educação, a obrigação do legislador nacional⁶ deve sempre ser associada ao objetivo de criação de coesão nacional a respeito do tema, evitando-se o tratamento desigual da matéria e garantindo-se a ampla proteção do direito à igualdade. Por outro lado, eventual omissão do legislador nacional, deve ser considerada inconstitucional.

Insta salientar que, após a aprovação do PNE, coube aos Estados e Municípios criar seus próprios planos de educação, observadas as diretrizes traçadas pela Lei nº 13.005 de 2014. E a retirada das expressões relacionadas a gênero e orientação sexual do citado plano nacional somente teve o condão de alongar o debate sobre o tema. Isso porque, nos termos de reportagens divulgadas sobre o assunto, isso gerou também muita discussão nas unidades periféricas, sendo que parte dos Estados vetou em seus projetos quaisquer menções relativas a gênero e orientação sexual⁷.

6. A União possui dupla função, uma normativa e outra legislativa, realizadas em planos distintos: o nacional e o federal. As normas federais estão limitadas à ordem central, tão-somente, diferentemente das normas nacionais que são gerais e transcendem o âmbito federal, como é o caso, e.g., da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (RANIERI, 2000:102).

7. As reportagens utilizadas para extração da conclusão exposta estão disponíveis nos seguintes endereços eletrônicos: <<<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2015/06/1647528->

Tivesse a União tratado expressamente do tema, tais discussões poderiam, em tese, ter sido evitadas, estabelecendo-se a necessária coesão nacional e, também, estimulando-se a consecução do princípio da igualdade e da vedação à discriminação nas escolas.

E, para melhor compreensão sobre o assunto, de rigor a análise da função legislativa da União em termos de educação.

A competência legislativa⁸ da União em matéria de educação na Constituição Federal

Conforme leciona Bertrand Russell (2009:14), a educação do cidadão deve ser considerada prioritariamente, tendo em vista as necessidades contemporâneas, em especial do ponto de vista político.

E esta necessidade foi compreendida pelo constituinte de 1988, que tratou de favorecer o direito à educação, abordando o tema de forma ampla, incluindo elementos decorrentes das declarações internacionais contemporâneas, com o objetivo de “buscar concretização fática à prerrogativa de educação que, a par de inerente ao ser humano, configura exigência no tocante ao próprio desenvolvimento da humanidade” (CAGGIANO, 2009:31).

Com efeito, a Constituição de 1988 condicionou o desenvolvimento às exigências da cidadania, criando um “pacto federativo baseado na cooperação e na integração, visando fortalecer a autonomia dos entes federados e

por=pressao-planos-de-educacao-de-8-estados-excluem-ideologia-de-genero.shtml>>; <<<http://www.jornaldocampus.usp.br/index.php/2015/07/preconceito-por-orientacao-sexual-e-genero-nas-escolas/>>>; <<<http://educacao.uol.com.br/noticias/2015/08/11/o-que-e-a-ideologia-de-genero-que-foi-banida-dos-planos-de-educacao-afinal.htm>>>; <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/genero-e-diversidade-sexual-nas-escolas-uma-questao-de-direitos-humanos-6727.html>>. Acesso: 29 abr. 17.

8. De acordo com a sua natureza, as competências podem ser classificadas em competência material ou não legislativa ou de execução; e competência legislativa. A competência legislativa, poder jurídico para elaboração de leis, pode ser privativa (delegável), concorrente (competindo à União a edição de normas gerais; aos Estados e Distrito Federal, normas específicas, sendo possível o exercício da competência suplementar, que pode ser supletiva ou ainda complementar) e residual (remanescente ou reservada). Já a competência não legislativa (material ou de execução) regulamenta a esfera de atuação político-administrativa, ou seja, as funções governamentais, podendo ser exclusiva (indelegável), comum (cumulativa ou paralela) aos entes federativos, e residual.

promover a aproximação do governo e dos cidadãos, nos planos regional e local” (RANIERI, 2000:89).

E assim, para garantir o pleno exercício do direito à educação, bem como a universalização desta, a Lei Fundamental individualiza as competências de cada esfera federativa no campo do ensino, enfatizando a necessidade de coordenação de ações e uniformização de interesses.

De acordo com Carlos Roberto Jamil Cury (2013:113), um País Federativo supõe o compartilhamento do poder e autonomia relativa das circunscrições federadas em competências próprias de suas iniciativas, sem prejuízo de um certo grau de unidade central, observada a diversidade regional e local. E, na forma federativa adotada pela Constituição de 1988, somente a realização do sistema federativo por cooperação recíproca poderá superar os problemas que atingem a educação escolar no Brasil. Por essa razão, o federalismo impõe atribuições diversas aos entes federados, sob a forma de competências legislativas privativas, concorrentes e materiais comuns, tornando a satisfação do direito à educação uma realidade complexa, de difícil gestão.

De se destacar ainda que, a repartição de competências é norteadada pelo princípio da predominância do interesse. Assim, competem à União as questões de predominante interesse geral, nacional; aos Estados-membros os assuntos de predominante interesse regional; e aos Municípios as matérias de interesse local (SILVA, 2002:476).

Neste quadro, em termos de competência legislativa, cumpre mencionar que a União possui dupla função, uma normativa e outra legislativa, realizadas em planos distintos: o nacional e o federal (RANIERI, 2013:100).

Assim, as funções legislativas são exercidas exclusivamente pelo Congresso Nacional e as funções normativas, por seu turno, podem ser exercidas pelo Presidente da República, por meio de decretos; pelo Ministro da Educação, por meio de, *e.g.*, portarias; e, pelo Conselho Nacional de Educação, por meio de pareceres, resoluções etc.

Ainda, as normas federais estão limitadas à ordem central, tão-somente, diferentemente das normas nacionais que são gerais e transcendem o âmbito federal, como é o caso, *e.g.*, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (RANIERI, 2000:102).

A definição de normas gerais pela União é de grande relevância, mas também de enorme dificuldade prática, que é agravada em razão da dupla

função do Congresso Nacional: ora Legislativo Nacional, quando edita normas gerais, de alcance nacional, ora Federal, quando emite leis federais ordinárias (BUCCI, 2013:123).

No plano nacional, tanto as funções legislativas, quanto as normativas destinam-se à coordenação política de Educação e à articulação dos diversos níveis e sistemas; no plano federal, objetivam a organização do sistema de ensino federal (RANIERI, 2013a:100).

Análise do artigo 22, inciso XXIV e artigo 24, inciso IX, ambos da Constituição Federal

Sob o aspecto legislativo, o artigo 22, inciso XXIV, da Constituição Federal estabelece a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional. Ainda, o artigo 24, inciso IX, do diploma constitucional dispõe que, no que concerne às normas gerais, a competência da União é concorrente com a competência dos Estados e Distrito Federal. Neste caso, não existindo norma geral da União, os Estados poderiam exercer a competência legislativa plena.

Com efeito, ao contrário do plano material, em que a competência da União é restrita, no plano legislativo, a competência da União é expressamente elencada. Por seu turno, a competência dos Estados e dos Municípios é remanescente e, assim, restrita (RANIERI, 2000:100).

De acordo com a Professora Nina Ranieri (2000:102), tanto a lei de diretrizes e bases (artigo 22, inciso XXIV, da Constituição Federal), quanto as normas gerais (artigo 24, inciso IX, da Constituição Federal) são leis nacionais, que não se circunscrevem ao âmbito de uma pessoa política⁹, mas que se distinguem em razão dos mecanismos de distribuição de competências legislativas.

Assim, a competência privativa da União, prevista no citado artigo 22, decorre da repartição horizontal de competências, criando uma área de atuação diferenciada e delimitada para a União, em relação aos Estados e Municípios. Embora seja permitida a delegação aos Estados, por meio de lei complementar, promovendo-se certa concorrência de competências, é certo

9. De acordo com a Professora Nina Ranieri (2000:102), “a norma nacional é geral, global, total. Não se circunscreve ao âmbito de qualquer pessoa política, mas o transcende”.

que tal fato não altera a competência da União, que dispõe da faculdade de revogar a lei complementar autorizativa da delegação (RANIERI, 2000:102/103).

Por sua vez, a competência disposta no referido artigo 24, ou seja, para editar normas gerais, decorre da distribuição vertical de competências, pois se trata de matéria que pode ser objeto de legislação concorrente entre diversas pessoas políticas. Trata-se da dupla legislação sobre determinada matéria, sem qualquer hierarquia, com vistas à coordenação do interesse nacional: uma genérica, que cabe à União; e outra suplementar, que cabe aos Estados, cumprindo destacar que, na ausência de normas gerais, os Estados exercem capacidade legislativa plena (competência supletiva), sendo que a superveniência de lei federal implicará na suspensão da eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (RANIERI, 2000:103).

O Ministro Carlos Velloso, no julgamento da ADI nº 3098/SP, sintetiza a questão da seguinte forma:

O art. 24 da CF compreende competência estadual concorrente não-cumulativa ou suplementar (§ 2º) e competência estadual concorrente cumulativa (§ 3º). No primeiro caso, existente a lei federal de normas gerais, poderão os Estados e o DF, no uso da competência suplementar (§ 2º), preencher os vazios da lei federal de normas gerais, a fim de afeiçoá-la às peculiaridades locais (CF, art. 24, § 2º); no segundo caso, poderão os Estados e o DF, inexistente a lei federal de normas gerais, exercer competência legislativa plena “para atender a suas peculiaridades” (CF, art. 24, § 3º), observando-se o disposto no § 4º do citado art. 24, CF. (ADI 3098, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2005, DJ 10-03-2006 PP-00006 EMENT VOL-02224-01 PP-00098 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 57-71).

Conforme leciona a Professora Nina Ranieri (2000:104), “o artigo 24 não cuidaria, pois, de competência concorrente, mas de competência partilhada, uma vez que a concorrência é meramente substitutiva”.

“Normas gerais” x “diretrizes e bases”

Insta salientar que, no que se refere especificamente à educação, as Constituições anteriores à de 1988, a partir de 1934¹⁰, nada mencionam sobre “normas gerais”, denotando certa preferência para a expressão “diretrizes da educação nacional” (Constituição de 1934 e Carta de 1937) e “diretrizes e bases da educação nacional” (Constituições de 1946 e 1967, bem como Emenda Constituição nº 1/1969).

Segundo a Professora Nina Ranieri (2000:108), na área da educação o vocábulo “diretriz” diz respeito às metas de promoção do indivíduo como pessoa, cidadão e trabalhador, as quais devem ser executadas por meios de concretização, órgãos, autoridades (condições de exequibilidade), que constituem a “base” mencionada na Constituição.

Por sua vez, a norma para ser geral deve ter elementos subjetivos e materiais generalizantes, ou seja, deve ser aplicada a uma universalidade de destinatários e referir-se a toda e qualquer ocorrência da espécie.

Com efeito, a norma deve ser geral tanto em relação aos destinatários, quanto em relação ao conteúdo, que deve ser analisado num contexto finalístico, o qual, no caso da federação brasileira, aponta para a cooperação, exigindo colaboração entre os entes federativos, com a necessidade de uniformização de certos interesses (FERRAZ JUNIOR, s.d.).

Assim, quanto ao conteúdo, as normas gerais se destinariam ao estabelecimento de princípios e fundamentos, de forma generalizante, diferentemente das normas supletivas, que especializam ou aprofundam questões (RANIERI, 2000:107).

Toda matéria que extravase o interesse circunscrito de uma unidade (estadual, em face da União; municipal, em face do Estado) ou porque é comum (todos têm o mesmo interesse) ou porque envolve tipologias,

10. Prefere-se neste estudo a análise das Constituições anteriores a 1988, mas a partir de 1934, porquanto já amoldadas a esquemas de repartição de competências mais próximos do atual. Vale destacar que foi a partir de 1934 que as Constituições brasileiras passaram a tratar de competências concorrentes (ALMEIDA, 2013a:40). Nesse sentido, tanto a Constituição do Império (1824), quanto a Constituição da República (1891) pouco têm a contribuir para a presente pesquisa. Ainda, a questão relativa à competência em termos de educação perpassou as discussões que antecederam a Constituição Republicana até finalmente ser esclarecida em 1934 (CURY, HORTA e FÁVERO, 1996:8).

conceituações que, se particularizadas num âmbito autônomo, engendrariam conflitos ou dificuldades de intercâmbio nacional, constitui matéria de norma geral (FERRAZ JUNIOR, s.d.:249/250).

Já a matéria de diretrizes e bases é de definição mais precisa, já que não é definida em função da generalidade da norma, mas sim por conta do seu conteúdo que, “necessariamente, deve remeter às ideias de fundamento, organização e condições de exequibilidade” (RANIERI, 2000:107).

Portanto, “quando se fala em diretrizes e bases, fala-se em estrutura, em arcabouço da educação nacional” (RANIERI, 2000:109).

Segundo o Professor Carlos Roberto Jamil Cury (2014), a Lei Maior traz a ideia de “diretrizes gerais” que pode ser traduzida como “fixação”, significando determinação, limitação e estabelecimento, e se restringindo aos “conteúdos mínimos”. O mínimo é que deve ser fixado, limitando-se a União a essa tarefa imperativa, que deve expressar a igualdade e o comum, sem desprezar a devida diversidade regional e local.

“A lei de diretrizes e bases não pode invadir a esfera própria dos Estados e dos Municípios, nem versar sobre matéria alheia aos encargos atribuídos à União, sob pena de incompetência absoluta” (RANIERI, 2013a:103).

A crítica doutrinária ao tratamento constitucional do tema

Também, de rigor mencionar a discussão a respeito da impropriedade técnica da inclusão de competências legislativas concorrentes, como é o caso da LDB, dentre as competências privativas da União.

Para a Professora Nina Ranieri (2000:111), se a regra nas competências privativas é o exercício pleno, concentrado na respectiva esfera de poder, que assim normatiza a matéria em todos os seus aspectos, gerais e específicos, a competência para edição de diretrizes e bases pela União é competência concorrente e não privativa.

O Professor José Afonso da Silva (2002:501) aponta a redundância da Constituição ao dispor que compete à União estabelecer normas gerais de educação, bem como dispor sobre as diretrizes e bases da educação nacional. E, para o autor, não há nisso incoerência, pois legislar sobre diretrizes e bases e sobre normas gerais de educação somam a mesma coisa.

No mesmo sentido, a Professora Fernanda Dias Menezes de Almeida (2013b:745) critica a impropriedade da Constituição, ao incluir em um

dispositivo dedicado à competência privativa da União (artigo 22), matéria que passa a ser de competência legislativa concorrente, em especial quando o artigo 24, inciso IX, da Lei Fundamental, confirma ser de natureza concorrente da legislação sobre educação.

Desta configuração resulta, na prática, a não incidência do § único do art. 22, da Constituição Federal, para os Estados, em matéria educacional. Isso pela simples razão de não deter a União competência legislativa plena, mas, tão-somente, a competência concorrente, limitada (RANIERI, 2013a:102).

Sobre o assunto já decidiu o C. Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.669, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, que na fundamentação de seu voto salientou justamente a discussão ora abordada, ressaltando que a competência para legislar sobre educação é concorrente, e que o citado artigo 22, inciso XXIV, da Constituição Federal vem a corroborar tal fato e “nada mais faz do que enfatizar a competência do legislador nacional”.

Vale transcrever a ementa do julgado:

1. Competência concorrente entre a União, que define as normas gerais e os entes estaduais e Distrito Federal, que fixam as especificidades, os modos e meios de cumprir o quanto estabelecido no art. 24, inc. IX, da Constituição da República, ou seja, para legislar sobre educação. 2. O art. 22, inc. XXIV, da Constituição da República enfatiza a competência privativa do legislador nacional para definir as diretrizes e bases da educação nacional, deixando as singularidades no âmbito de competência dos Estados e do Distrito Federal. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (ADI 3669, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00022 EMENT VOL-02282-04 PP-00624 RTJ VOL-00201-03 PP-00937 LEXSTF v. 29, n. 343, 2007, p. 87-94 RT v. 96, n. 865, 2007, p. 115-118).

Assim, bastaria a previsão contida no citado artigo 24, inciso IX, da Constituição Federal para tratar da questão.

Interessante mencionar que as Constituições anteriores não faziam esta distinção tratada nos artigos 22 e 24 da atual Lei Maior, limitando-se, no

caso das Constituições de 1934, 1937 e 1946¹¹, a tratar da competência “privativa” da ordem central e, no caso da Constituição de 1967 e da Emenda de 1969, a tratar da competência legislativa da União, sem qualquer menção ao fato de ser privativa.

Ainda, tanto a Constituição de 1934 (artigo 5º, parágrafo primeiro), quanto a de 1946 (artigo 6º), muito embora expressamente mencionassem ser “privativa” a competência legislativa da União, ressaltavam a possibilidade de legislação suplementar ou complementar dos Estados em tema de educação, independentemente de quaisquer condicionantes.

Nesse mesmo sentido, a Constituição de 1967 (artigo 8º, parágrafo 2º) e a Emenda de 1969 (artigo 8º, parágrafo único) previam a possibilidade de suplementação pelos Estados da legislação federal sobre educação, denotando a atribuição de competência concorrente entre União e Estados, em matéria de educação.

Referidas disposições, mesmo sem qualquer menção à competência legislativa plena, parecem se aproximar daquela contida no artigo 24 da Constituição de 1988, no que toca à possibilidade de suplementação da lei federal, muito embora façam, no geral, alusão à expressão hoje contida no artigo 22 da Lei Maior, qual seja, “diretrizes e bases da educação”.

A Carta de 1937, por sua vez, quando tratou da competência privativa da União para legislar sobre diretrizes de educação nacional, ressaltou, em seu artigo 17, que poderia haver delegação aos Estados de competência suplementar, mas somente por meio de lei.

Tal disposição é a que mais se aproxima daquela contida no artigo 22, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

Já as Constituições de 1934, 1946, 1967 e a Emenda de 1969, como visto, parecem aglutinar num só dispositivo algumas das intenções expostas pela Constituição atual tanto no artigo 22, quanto no 24, pois além de trazerem ora a expressão “diretrizes de educação nacional”, ora “diretrizes e bases de educação nacional”, tal como no atual artigo 22, inciso XXIV, congregam hipóteses de competência legislativa concorrente, semelhantemente ao citado artigo 24, inciso IX, da Constituição de 1988.

11. *Cf.* nota 10.

Em verdade, a análise destas leis fundamentais corrobora o fato de que, realmente, a Constituição de 1988 foi redundante ao tratar do tema, sendo certo que a norma contida no artigo 24, inciso IX, por si só, seria suficiente para regular a competência legislativa em matéria de educação¹².

Educação x ensino

Cumpre citar também que o artigo 24, inciso IX, da Constituição Federal faz menção tanto à educação, quanto ao ensino, nos seguintes termos:

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: IX - *educação*, cultura, *ensino*, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação” (destaque não original).

Analisando-se as Constituições anteriores não foi possível encontrar menção a esta distinção ora trazida pela Lei Fundamental de 1988. Ressalvadas a Constituição do Império, que fazia menção expressa à palavra “instrução primária” (artigo 179, inciso XXXII); a Constituição da República que trazia referência à expressão “letras, artes e ciências” (artigo 35, parágrafo 2º); e a Constituição de 1934 que tratava da competência legislativa referindo-se a “diretrizes da educação nacional” e da competência material citando “instrução pública”, as demais Constituições sempre preferiram a expressão “diretrizes de educação nacional” (Constituição de 1937) ou “diretrizes e bases da educação nacional” (Constituições de 1946, 1967 e Emenda Constitucional n. 1/1969) ou, ainda, quanto a competência material da União, “planos nacionais de educação” (Constituição de 1967 e Emenda Constitucional nº 1/1969).

Não se nota, portanto, no que toca às competências, salvo nas Constituições de 1934 e de 1988, qualquer menção distintiva entre educação e ensino

12. Está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional nº 47/2012, que altera a redação dos §§ 2º e 3º do art. 24, para definir que as normas gerais sobre as matérias de competência concorrente, a serem editadas pela União, restringem-se a princípios, diretrizes e institutos jurídicos e que aos Estados e ao Distrito Federal compete suplementar as normas gerais no que for de predominante interesse regional, renumerando os atuais §§ 3º e 4º, que passam a ser 4º e 5º. Retira do texto constitucional a referência a diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV) como competência privativa da União. Tal alteração vem ao encontro da citada crítica doutrinária sobre o tema, demonstrando que a competência legislativa na hipótese é mesmo concorrente.

(instrução¹³), valendo ressaltar que a expressão “educação” começou a ser utilizada a partir da Constituição de 1934.

Com efeito, a dicotomia existente entre educação e instrução (aqui entendida como sinônimo de ensino) tem sua origem na educação grega, quando eram exercidas por docentes específicos. Na *polis*, a educação era ministrada no próprio lar e cabia a um pedagogo, com vistas à formação do caráter e da integridade moral das crianças e adolescentes. A instrução, por seu turno, cabia ao professor, que ocupava papel secundário, ensinando às crianças e adolescentes conhecimentos básicos de matemática e escrita etc. (MUNIZ, 2002: 8-9).

Assim, a instrução se limitaria à transmissão para o aluno de conhecimentos necessários para a prática de determinadas atividades, visando à sua formação intelectual.

Já a educação teria o propósito de depositar no homem toda a obra humana, de fazer de cada homem uma síntese do mundo vivente em seu próprio tempo (NASSIF e SANTOS, 2010:16). O objetivo da educação é justamente a formação integral do ser humano.

E, atualmente, compreende-se que não pode haver uma boa educação sem instrução. Não se pode educar, sem ensinar; uma educação desacompanhada de aprendizagem é vazia. A educação é muito mais ampla. Sua finalidade é tornar os homens mais íntegros, a fim de que possam usar da técnica que receberam com sabedoria, aplicando-a disciplinadamente (MUNIZ, 2002:9).

Com vistas a ressaltar a importância do tema e evitar eventual confusão terminológica, ao que parece, novamente, o legislador optou pelo excesso. Isso porque, como visto, a educação engloba o ensino, aqui entendido como instrução, abrangendo os aspectos materiais, imateriais e as atividades culturais, esportivas, lazer, envolvendo a família, o Estado e a sociedade. A educação é o processo que visa capacitar o indivíduo a agir conscientemente diante de situações novas de vida, com aproveitamento de experiências anteriores.

13. Segundo o dicionário Aurélio a palavra “ensino” significa a transmissão de conhecimentos indispensáveis à educação e é sinônimo de instrução.

De acordo com Nina Ranieri (2013:73), a palavra educação, na Constituição Federal, ao ser empregada isoladamente, “parece indicar a ação de educar em sua mais ampla acepção, seja ela familiar, seja escolar, privada ou pública, formal ou informal, nas mais diversas áreas; nesse sentido, o substantivo é empregado, inclusive, como sinônimo de ensino”.

Este configura, portanto, o cenário constitucional da competência legislativa da União, em termos de educação. Em linhas gerais, a União tem o dever de editar normas gerais de educação, aqui entendida de forma ampla, buscando a coesão nacional, por meio do estabelecimento de diretrizes mínimas que norteiem o exercício da competência legislativa dos entes periféricos.

As questões da identidade de gênero e da diversidade sexual e o interesse geral

Estabelecidas estas premissas e compreendida a forma que a Constituição de 1988 tratou da competência legislativa da União em matéria de educação, é possível concluir que são funções precípua do ente central as de, por meio de normas, criar diretrizes mínimas, garantindo o tratamento coeso do assunto pelas unidades periféricas, coordenar a política de educação e articular os diversos sistemas educacionais.

De acordo com Cury (2014), os currículos nacionais mínimos têm muito a ver com a questão federativa, pois neles estão presentes a ideia e a prática de conteúdos gerais válidos para toda uma nação. Assim, compete à União a fixação do mínimo, limitando-se, no exercício desta tarefa imperativa, a expressar a igualdade e o comum, sem desrespeitar a devida diversidade regional e local.

Cumpre destacar que a questão envolvendo gênero e orientação sexual mostra-se de interesse geral, tanto em relação ao conteúdo, quanto em relação aos sujeitos destinatários, suplantando os limites dos entes federados, o que acaba por impor a atuação do legislador nacional.

No mais, o tratamento coeso do tema é mandatário, a fim de se evitar as confusões, tal como a havida quando da aprovação dos planos de educação pelos Estados e Municípios, em especial porque não se concebe a existência de elementos particularizantes que permitam o exercício da competência

legislativa pelas unidades periféricas, quando o assunto envolve direito da personalidade, norma de caráter geral em sua essência¹⁴.

Ademais, quando o assunto é “gênero e orientação sexual” é difícil vislumbrar, no cenário atual, alguma espécie de interesse regional ou local que legitime a atuação do legislador estadual e municipal, sem que exista restrição de direitos.

Nesse sentido vale citar, a título de exemplo, a Lei nº 8.458/11 do Município de São José dos Campos, que proibia a divulgação ou exibição de qualquer tipo de material que pudesse induzir a criança ao comportamento, opção ou orientação homoafetiva. Tal diploma legal foi declarado inconstitucional pelo C. Tribunal de Justiça de São Paulo, sob o argumento de que a lei violou a repartição constitucional de competências legislativas, pois o Poder Legislativo Municipal não pode fixar diretrizes amplas, desvinculadas de peculiaridades locais. Para o Colendo Órgão Especial, o tema não contém qualquer peculiaridade no âmbito municipal.

Segundo o Eminentíssimo Relator, ainda que seja interesse do Município a boa educação de seus cidadãos, “não há, no que respeita à educação para a prevenção da homofobia, para o respeito e tolerância da diversidade sexual, e para discussão sobre liberdade de orientação sexual, qualquer caractere de preponderância de interesse em seu favor” (ADI nº 0296371-62.2011.8.26.0000, Rel. Des. Artur Marques da Silva Filho, j. em 1º de agosto de 2012).

Tal exemplo corrobora a necessidade de tratamento do tema pela União, que detém competência para edição de normas gerais imbuídas de interesse nacional.

14. Em termos de educação, a competência legislativa dos Estados e Municípios é bastante restrita, pois remanescente (RANIERI, 2000:101). Em linhas gerais, o poder do Estado seria restrito à edição de normas complementares em educação (artigo 24, inciso IX, e parágrafos, da Constituição Federal), observada a competência residual disposta no artigo 25, parágrafo 1º, da Constituição Federal e desde que atendidas as peculiaridades regionais. Ainda, os Municípios somente teriam interesse de legislar sobre assuntos de interesse local, editando normas relacionadas ao sistema de ensino municipal (art. 30, inciso I, da Constituição Federal), sendo que, para a Professora Nina Ranieri, não poderia haver suplementação pelo Município da legislação federal e da estadual (art. 30, inciso II), pois o art. 24 não faz menção a este ente federativo (RANIERI, 2000: 100-101). Assim, a competência suplementar dos Municípios estaria limitada implicitamente pela cláusula genérica do interesse local (ALMEIDA, 2013a: 141).

Mais recentemente, o C. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro declarou a inconstitucionalidade da Lei nº 5.165/15, do Município de Volta Redonda, que vedava a implantação da política de “ideologia de gênero” nos estabelecimentos de ensino locais. Vale transcrever a ementa do julgado:

1. A completa vedação à divulgação e ao estudo da “ideologia de gênero” exerce verdadeira censura e ofensa à liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento e o saber, o que se mostra inadmissível no âmbito plural e isonômico do Estado Democrático de Direito. 2. Na formulação da política educacional devem ser respeitadas as diversidades de valores, crenças e comportamentos existentes na sociedade, razão pela qual a proibição pura e simples de determinado conteúdo pode comprometer a missão institucional da escola de se constituir como espaço de formação da pessoa humana. 3. Por um lado, temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza, e, por outro, o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades (Representação de Inconstitucionalidade n. 0007584-60.2016.8.19.0000, Rel. Des. Maldonado de Carvalho, j. em 17/04/17).

Tais exemplos demonstram a nocividade da omissão do legislador nacional, que, deixando de cumprir dever constitucional, acaba por dar margem ao tratamento diverso e, por vezes, discriminatório do tema.

É claro que a omissão do legislador nacional não impediria que Estados e Municípios atuassem com vistas à proteção de tais direitos, pois fundamentais e, assim, amparados constitucionalmente. Ainda, a omissão intencional do assunto nos currículos escolares oficiais, nos termos do artigo 206, inciso II, da Constituição Federal (que garante a liberdade de cátedra), sequer poderia impedir os professores de abordarem o tema, porquanto a nossa própria Lei Maior o promove quando garante a todos a igualdade, estimulando a eliminação de qualquer espécie de preconceito.

Todavia, como já salientado, o tratamento explícito do tema “gênero e orientação sexual” pela União, no exercício de sua competência legislativa, além de garantir a coerência necessária – evitando as divergências expostas, expressando a igualdade e o comum, teria o condão de promover a diversidade e a tolerância nas escolas, impondo a abordagem equânime do assunto.

Não é demais lembrar que a escola, como um local privilegiado para a formação integral do indivíduo, é ambiente fecundo para a discussão fundamentada no respeito pelo outro e na diversidade.

Ao fazer com que os educandos tenham contato com posicionamentos que discordam de sua visão, ou mesmo antagônicos àquilo que defendem, isto os leva a descobrir que existem outros posicionamentos a respeito do assunto e que, portanto, não existe uma só resposta, podendo se convencer de sua posição equivocada (SILVA, 2009:163).

Cumprido salientar que a Declaração de Princípios sobre a Tolerância aprovada pela Unesco (A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura), em 1995, dispõe em seu artigo 4º e suas alíneas que “a educação é o meio mais eficaz de prevenir intolerância” e que “a educação para tolerância deve ser considerada como imperativo prioritário; por isso é necessário promover métodos sistemáticos e racionais de ensino...”.

Referido documento concebe a tolerância como “o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão, de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos” (artigo 1º), obrigando os Estados a promovê-la (artigo 2º), sendo certo que a elaboração de “métodos sistemáticos e racionais de ensino” perpassa naturalmente pela elaboração de diretrizes mínimas sobre o assunto, a cargo da União.

Conclusão

Com efeito, a União tem o dever de exercer sua função de criar diretrizes mínimas sobre “gênero e orientação sexual”, legislando sobre matéria que é de evidente interesse nacional, pois suplanta os limites de um ente federado, promovendo a diversidade e a tolerância, com a obrigação de inclusão do tema nos currículos educacionais das entidades periféricas.

No mais, “gênero e orientação sexual”, como visto, são atributos da personalidade protegidos pelo arcabouço jurídico-constitucional brasileiro, que possuem, em si, elementos generalizantes, tanto quanto aos sujeitos, tanto quanto ao conteúdo, pois transcendem os limites de qualquer unidade federativa, tratando-se de evidente interesse nacional, que remete à competência da União, portanto.

Destarte, é mandatória a abordagem do tema pelo legislador nacional, que além de competência para elaboração das normas gerais, estimulando a necessária coesão nacional, com o estabelecimento de diretrizes mínimas, tem o dever de promover o pluralismo e a tolerância nas escolas, evitando também o tratamento discriminatório do assunto nas entidades periféricas, tal como ocorrido nos exemplos citados neste texto.

Referências bibliográficas

AGUIAR JUNIOR, R. R. de. *Jornadas de direito civil: enunciados I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2012.

ALMEIDA, F. D. M. de. *Competências na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. In: CANOTILHO, J. J. G. et at. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BRASIL. Secretaria de Educação Fundamental. *Parâmetros curriculares nacionais: introdução aos parâmetros curriculares nacionais*. Brasília: MEC/SEF, 1997.

BRASIL. Ministério da Educação. *Orientação sexual e a identidade de gênero na escola*. s.d. Disponível em: <<<http://www.acaoeducativa.org.br>>>. Acessado em 2 mai. 2017.

BUCCI, M. P. D.; VILARINO, M. A., A ordenação federativa da Educação brasileira e seu impacto sobre a formação e o controle das políticas públicas educacionais. In: KIM, Richard Pae e FERREIRA, Luiz Antonio Miguel (org.), *Justiça pela qualidade na educação*, São Paulo, Saraiva, 2013.

CAGGIANO, M. H. S. A educação. Direito Fundamental. In: RANIERI, N. B. S. *Aspectos constitucionais do direito à educação*, São Paulo: Edusp, 2009.

CURY, C. R. J. *Cidadania republicana e educação*. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2001.

_____, C. R. J. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e a base nacional comum. In: BRZEZINSKI, I. (org.), *LDB/1996 contemporânea: contradições, tensões, compromissos*, São Paulo: Cortez, 2014 (livro eletrônico).

_____, C. R. J.; HORTA, J. S. B.; FÁVERO, O. A relação Educação-sociedade-estado pela mediação jurídico constitucional. In: FÁVERO, O. (org.), *A educação nas constituintes brasileiras: 1823-1988*. São Paulo: Autores Associados, 1996.

_____. Do direito de aprender: base do direito à educação. In: KIM, Richard Pae e FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Justiça pela qualidade na educação*, São Paulo, Saraiva, 2013.

DIAS, M. B. D. *A família homoafetiva e seus direitos*. Disponível em: <<<http://www.mariaberenice.com.br>>>. Acesso em: 28 mai. 2017.

FERRAZ JUNIOR, T. S. *Normas gerais e competência concorrente: uma exegese do artigo 24 da Constituição Federal*. Disponível em: <<<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67296/69906>>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

FERREIRA, A. B. de H. *Mini dicionário da língua portuguesa*, Curitiba: Positivo, 2010.

JUBILUT, L. L; BAHIA, A. G. M. F.; MAGALHÃES, J. L. Q de (coord.). *Direito à diferença*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, J. R. de L. *O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas*. In: Revista Internacional de Direitos Humanos, Ano 2, n. 2, 2005, p. 64-95.

MACHADO, Lia Zanotta. *Estado, Escola e Ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

MORAES, A. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

MUNIZ, R. M. F., *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NASSIF, R. e SANTOS, E. *José Martí*, Recife: Massangana, 2010. Disponível em: <<<http://www.dominiopublico.gov.br/>>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

PELUSO, A. C. *As constituições do Brasil*. Barueri: Manole, 2011.

RANIERI, N. B. S. *Educação superior, direito e Estado: na Lei de Diretrizes e Bases (Lei n. 9.394/96)*. São Paulo: Edusp, 2000.

_____. Federalismo cooperativo e garantia de padrão de qualidade do ensino: o caso dos estabelecimentos de educação infantil jurisdictionados ao sistema escolar do Estado de São Paulo. São Paulo, *Revista da Faculdade de Direito*, v. 98, p. 359-378, 2003.

_____. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: KIM, Richard Pae e FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Os Estados e o direito à educação na Constituição de 1988: Comentários acerca da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: RANIERI, N. B. S. *Aspectos constitucionais do direito à educação*, São Paulo: Edusp, 2009.

RUSSELL, B. *Education and the social order*. Nova York: Routledge Classics, ebook, 2009.

SILVA, C. A. *Educação, tolerância e direitos humanos: a importância do ensino de valores na escola*. Porto Alegre: Editora Universitária Metodista, 2009.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUSA, E. F. *Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país*. São Paulo: Saraiva, 2010.

STRECK, L. L e MORAIS, J. L. B. de In: CANOTILHO, J. J. G. et at. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

TEIXEIRA, A. *Educação é um direito*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2009.

UNESCO. *Declaração de Princípios sobre a Tolerância*. Paris, 16 de novembro de 1995. Disponível em: <<<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001315/131524porb.pdf>>>. Acesso em: 30 abr. 17.

A competência suplementar do município e da Lei Complementar nº 009/2014 que instituiu o “Programa Escola sem Partido” no âmbito do sistema municipal de ensino de Santa Cruz de Monte Castelo – Paraná

Meire Cristina de Souza

*Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo
Advogada*

Introdução

O “Programa Escola sem Partido” é tema de discussão nacional por meio de dois projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, PL nº 876/2015 e PLS nº 193/2016 respectivamente. A primeira intenção de ambos os projetos é a inclusão nas diretrizes e bases da educação nacional do programa Escola sem Partido. Não é objeto desse trabalho o mérito do Programa Escola sem Partido, e dessa forma, não adentraremos nas questões polêmicas em discussão acerca do programa.

É objeto dessa pesquisa a competência municipal material e legislativa, estabelecida constitucionalmente, por meio da qual o Município deve exercer a sua autonomia, considerando que a Constituição Federal de 1988 elevou os Municípios à categoria de ente federativo.

Existe limite para a autonomia municipal? Qual o limite da capacidade legislativa do Município?

Todas as Constituições brasileiras, desde a República, distinguiram as competências enumeradas da União, deixando para os Estados as remanescentes, e, a partir de 1934, passaram a disciplinar também as competências concorrentes. Aos Municípios era assegurada a autonomia em tudo que respeitasse ao seu peculiar interesse, especialmente à eletividade

do seu governo, à decretação de seus tributos, à aplicação de suas rendas e à organização dos serviços de sua competência (MENEZES, 2013:41).

A Constituição Brasileira de 1988, estruturou, com efeito, um sistema complexo em que convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se espaço ainda, para a participação das ordens parciais na esfera de competências próprias da ordem central, mediante delegação. Cada ente federativo foi contemplado com competências próprias.

As competências da União foram estabelecidas nos artigos 21 e 22, a dos Estados também, privativamente, artigo 25, e aos Municípios, certas competências municipais privativas, no artigo 30, cujo inciso I confere ao Município competência para legislar sobre assuntos de interesse local e suplementação da lei federal e estadual, no que couber, conforme o inciso II do mesmo artigo; os demais incisos tratam de competências de ordem administrativas.

No cerne da questão da competência municipal, artigo 30, incisos I e II¹⁵, essa pesquisa procura analisar a Lei Complementar nº 009/2014 do Município de Santa Cruz de Monte Castelo, que instituiu o “Programa Escola sem Partido” no âmbito do sistema municipal de ensino daquele Município.

Além do estudo das competências legislativas concernentes aos Municípios, a análise adentra sem aprofundamento, no tema do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais, buscando a previsão Constitucional e o entendimento jurisprudencial acerca do tema, a fim de concluir se a Lei Complementar 009/2014 do Município de Santa Cruz de Monte Castelo pode ou não ser objeto de ação de inconstitucionalidade, considerando que seu conteúdo disciplina diretrizes para a educação local.

15. Brasil, Constituição Federal de 1988:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; (...)

As Competências Municipais na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 posicionou o Município na categoria de ente federativo logo em seu artigo 1º ao afirmar que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Incluiu ainda, o constituinte de 1988, o Município no artigo 18 que cuida da organização político-administrativa do Estado brasileiro e conferiu-lhe no artigo 29, a capacidade de auto-organização tornando completa sua autonomia.

Contudo, a Constituição de 1988 não se limitou a especificar a área das competências municipais, circunscrevendo-as à categoria genérica dos assuntos concernentes ao peculiar interesse do Município, mantendo uma extensão de competências privativas não enumeradas ao dispor que os Municípios legislarão sobre assuntos de interesse local (art. 30, I), discriminando ainda, competências municipais exclusivas em alguns dos incisos do artigo 30 e também em outros dispositivos constitucionais. Assim, das competências reservadas aos Municípios, temos que parte delas foi enumerada e outra parte corresponde a competências implícitas, para cuja identificação o vetor será sempre o interesse local (MENEZES, 2013:98).

Para a doutrina, a problemática das competências municipais gira necessariamente em torno da conceituação do que significa esse “interesse local” assentado na Constituição de 1988 em substituição ao “peculiar interesse” disposto nas constituições anteriores.¹⁶

16. A Constituição Imperial (De 24 De Fevereiro De 1891) assim dispõe: Título III - Do Município-Art 68 - Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>; A Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (De 16 De Julho De 1934): Art 13 - Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; e especialmente: (...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>; Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil (De 10 De Novembro De 1937): Art 26 - Os Municípios serão organizados de forma a ser-lhes assegurada autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e, especialmente:(...) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>; Constituição Dos Estados Unidos Do Brasil (De 18 De Setembro De 1946): Art 28 - A autonomia dos Municípios será assegurada: (...) II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente, (...). Disponível em: <<http://www>>

Hely Lopes Meirelles (1996:121) explica o conteúdo de “interesse local” da seguinte forma:

“o interesse local se caracteriza pela predominância e não pela exclusividade do interesse para o município, em relação ao do Estado e da União. Isso porque não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau, e não de substância.”

No mesmo sentido, Sampaio Dória (1928:419) afirma que “o entrelaçamento dos interesses dos Municípios com os interesses dos Estados, e com os interesses da Nação, decorre da natureza mesma das coisas”, sendo que o que os diferencia consiste na predominância e não na exclusividade.

Entretanto, conforme leciona Ferreira Filho (1990:218), não cabe a mesma interpretação do “peculiar interesse” ao que se refere a Constituição de 1988 quanto ao “interesse local”, visto que o texto constitucional se refere a “interesse local” e não mais a “peculiar interesse”, sendo forçoso concluir, segundo o autor, que a Constituição restringiu a autonomia municipal e retirou de sua competência as questões que, não obstante seu interesse, o são também do interesse de outros entes.

De rigor a observação de Celso Bastos (1989:277), ao afirmar que cairá na competência municipal tudo aquilo que for de seu interesse local, alertando, contudo, que o interesse local não se trata de um interesse exclusivo, visto que qualquer matéria que afete uma dada comuna pode repercutir nos interesses da comunidade nacional, afirmando ser inconcebível um interesse exclusivamente municipal, considerando ser o Município parte de uma coletividade maior inserido no Estado federado. Dessa forma, os interesses locais dos Municípios consistem naqueles que entendem prontamente com as suas necessidades imediatas, e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com as necessidades gerais.

planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm;

Na Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1967: Art 16 - A autonomia municipal será assegurada: (...) II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse, especialmente quanto: (...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>; mantido no art. 15 da Emenda Constitucional N° 1 de 1969.

Fez opção o legislador constituinte em englobar num mesmo artigo as competências legislativas e materiais, privativas e concorrentes, abandonando a técnica mais racional de separar essas modalidades em artigos diferentes. Sendo assim que nos incisos I e II do artigo 30 cuida-se respectivamente da competência legislativa privativa que o Município exercerá em relação aos assuntos de seu interesse, e da competência legislativa concorrente, cabendo-lhe, suplementar a legislação federal e estadual, no que couber (MENEZES, 2013:100).

A Constituição Federal prevê ainda que o Município atuará de forma prioritária no ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, § 2º e artigo 30, VI), o que não se traduz em atuação exclusiva e muito menos que o Município deva atuar sozinho nessas modalidades de educação, posto que sendo a educação direito de todos e dever do Estado e da família, a tarefa de superação de deficiências na educação pública nacional, caberá a todos os entes que compõem a Federação, de forma articulada e em regime de colaboração.

Nesse entendimento, resta saber se tem o Município competência para legislar sobre educação além do que determina a Constituição Federal, considerando que sua atuação deve se dar em regime de colaboração e de organização do sistema de ensino concernente à sua atuação prioritária no ensino fundamental (art. 211, § 2º, art. 30, VI), não fazendo menção a Constituição de competência para o Município legislar sobre matéria específica de educação, conforme será analisado mais à frente.

A Competência Suplementar do Município

Os incisos I e II do artigo 30 da Constituição têm sido motivo de constantes debates doutrinários e jurisprudenciais. O cerne da discussão permeia a questão de que a Constituição no artigo 24 ao instituir a competência legislativa concorrente, não incluiu o Município, e dessa forma surge a seguinte questão: como manter a possibilidade de suplementação da legislação federal e estadual, no que couber, em favor dos Municípios? Se ao Município, em matéria de educação, pertence apenas a competência material de prover prioritariamente a educação infantil e o ensino fundamental (art. 30, VI; 211, § 2º), o desafio é sustentar a constitucionalidade de legislação

municipal relativa à educação, considerando que o texto do *caput* do artigo 24 da Constituição Federal de 1988 define a competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, para legislar, entre outros temas, sobre educação, cultura, ensino e desporto (art. 24, IX), não mencionando os Municípios entre os entes competentes.

Todavia, isso não significa que os Municípios estejam totalmente excluídos da partilha, sendo-lhes dado suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, conforme dispõe o artigo 30, II, da Constituição, sendo necessário, atentar, contudo, para o que cabe nessa suplementação.

Para Fernanda Dias Menezes de Almeida (2013:140), o inciso II, consiste em modalidade de competência legislativa concorrente primária, porque prevista diretamente na Constituição, mas diferente da competência concorrente primária que envolve a União e os Estados, porque a Constituição não define os casos e as regras de atuação da competência suplementar do Município, que surge delimitada implicitamente pela cláusula genérica do interesse local.

No pensar de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1990:219), a melhor interpretação do artigo 30, inciso II, é que ele autoriza o Município a regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, a fim de ajustar sua execução a peculiaridades locais. Destarte, sua competência não seria propriamente legislativa, mas administrativa, ou seja, a competência de regulamentar leis.

Entretanto, a professora Fernanda Menezes (2013:141), discorda do pensamento de Ferreira Filho nesse sentido, afirmando parecer ser sim de atividade legislativa e não apenas de atividade administrativa regulamentar, o citado dispositivo, considerando que os Municípios legislarão suplementarmente, estabelecendo normas específicas, e sendo o caso, também normas gerais, sempre que isto for necessário ao exercício de competências materiais, comuns ou privativas. Contudo, concorda a autora com Ferreira Filho rejeitando a exegese do artigo 30, II, segundo a qual o Município poderia legislar sobre qualquer matéria, complementando ou suprimindo a legislação federal ou estadual, posto que o próprio inciso II do referido artigo, esclarece que a legislação municipal suplementar, ocorrerá, no que couber, sendo necessário, pois, analisar quando cabe essa legislação,

afirmando por fim que, só cabe essa suplementação em relação a temas que digam respeito ao interesse local.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1995:251), no que se refere às regras sobre a legislação concorrente, não apenas Estados e Distrito Federal, mas também os Municípios, mesmo estes, que dela não participam, têm ainda a competência suplementar (artigo 30, II), que os autoriza a estabelecer normas gerais não-concorrentes, mas decorrentes das normas gerais federais; daí esta competência só pode ser exercida em havendo normas gerais da União ou dos Estados, posto que não visa preencher lacunas, devendo existir compatibilidade entre elas (gerais da União e dos Estados/DF) sob pena de se tornarem inválidas.

Da redação presente no inciso II do artigo 30, “no que couber”, percebe-se que ao Município não parece estar autorizado constitucionalmente o estabelecimento de normas gerais sobre as quais não especificou o legislador constitucional competência para esse fim, de modo que a lei municipal que verse sobre matéria concorrente apenas entre Estados e União pode ser objeto de inconstitucionalidade. Contudo, é relevante observar que a competência legislativa do município não é mais ou menos importante que a dos outros entes da federação, pois cada um destes tem sua esfera de atuação legislativa, inexistindo uma hierarquia entre as normas federais, estaduais e municipais.

A Repartição de Competências em Matéria de Educação na Constituição Federal de 1988

O quadro de competências fixado na Constituição, de início, aponta que a repartição de competências legislativas constitucionais referentes à educação, sinaliza para uma descentralização vertical de competências. Por outro lado, em se tratando dos encargos, visualiza-se caracteres do federalismo cooperativo, designando a integração e cooperação entre os entes que compõem o Estado Federal Brasileiro, no oferecimento da educação básica (RANIERI, 2000:96).

Em matéria educacional, a Constituição Federal de 1988, bem como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n ° 9.394/96), tratando das competências, exprimem diversas situações relevantes, próprias do pacto federativo e suas peculiaridades. A primeira questão que se põe à mostra

trata das competências legislativas, o que de pronto, assinala a supremacia da União em relação aos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Neste aspecto, na área da educação, a Constituição Federal de 1988 prevê competência material privativa e comum, bem como competência legislativa privativa, concorrente e suplementar.

A Constituição atribuiu à União, no artigo 22, XXIV, competência privativa para legislar sobre “diretrizes e bases da educação”. Inobstante o parágrafo único do artigo 22, tornar possível a delegação, via lei complementar, aos Estados, para legislar sobre questões específicas das matérias ali relacionadas, pode-se afirmar que a União, para melhor atender aos interesses gerais, detém o poder de regular a educação dispondo sobre seu método e organização.

Tanto é assim que a União pode, a qualquer tempo, revogar lei complementar autorizativa da delegação, restabelecendo assim, sua condição inicial para legislar sobre a matéria, de forma plena, restringindo o espaço para atuação estadual (MENEZES, 2013:103).

Do ponto de vista material, com ênfase aos encargos, a educação como atividade típica do Estado que o é, nos termos do artigo 211 da Constituição Federal, foi atribuída à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em regime de colaboração.

Destarte, a União é a responsável pela coordenação da política nacional de educação, atuando supletivamente para garantir a equalização das oportunidades educacionais e um padrão mínimo de qualidade de ensino, mediante assistência técnica e financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, em todos os níveis de ensino. Os Estados e Distrito Federal atuam, primeiramente, nos ensinos fundamental e médio, e, os Municípios, atuam, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil.

O artigo 24, inciso IX, da Constituição dispõe que, no que concerne às normas gerais, a competência da União é concorrente com a competência dos Estados e Distrito Federal. Neste caso, não existindo norma geral da União, os Estados poderiam exercer a competência legislativa plena. Tal competência disposta no referido artigo, para editar normas gerais, decorre da distribuição vertical de competências, pois se trata de matéria que pode ser objeto de legislação concorrente entre os vários entes políticos (FERRAZ JUNIOR, 1995:247).

Trata-se da dupla legislação sobre determinada matéria: uma genérica, que cabe à União; e outra suplementar, que cabe aos Estados, cumprindo destacar que, na ausência de normas gerais, os Estados exercem capacidade legislativa plena (competência supletiva), sendo que a superveniência de lei federal implicará na suspensão da eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

No que tange competência suplementar dos Municípios, Ranieri (2000:101) nos mostra que a competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I) expressar-se-á nas normas complementares para os seus sistemas de ensino, conforme disposto no artigo 11, inciso III da LDB, ou seja, competência material de atuação, esclarecendo que em matéria educacional propriamente dita, não cabe suplementação da legislação federal e estadual (art. 30, II), uma vez que o caput do artigo 24 da Constituição Federal não menciona os Municípios.

Nesse entendimento, a Lei nº 009/2014 de Santa Cruz de Monte Castelo-PR, tendo como objeto de análise nesse estudo, a competência para sua edição, mostra-se passível de inconstitucionalidade ante a incompetência absoluta do Município para legislar em matéria de educação. Vejamos a seguir aspectos da lei em questão.

A Lei Complementar Nº 009/2014 e a instituição do “Programa Escola sem Partido” no âmbito do sistema municipal de ensino do Município de Santa Cruz de Monte Castelo – PR

O Diário Oficial do Município de Santa Cruz de Monte Castelo, em sua edição de quarta-feira, 24 de dezembro de 2014, Edição Nº 0771, publicou, dentre outros atos do poder executivo e legislativo local, a Lei Complementar Nº 009/2014 que instituiu, no âmbito do sistema municipal de ensino, o “Programa Escola sem Partido”.¹⁷

Antes de adentrar ao conteúdo da lei, cumpre esclarecer que não será objeto desse estudo o mérito de seu conteúdo, ou seja, não nos cumpre

17. Diário Oficial Município De Santa Cruz De Monte Castelo, disponível em: <<http://www.publicacoesmunicipais.com.br/eatos/#visualizador;p=17798;src=s>>, acesso em 06/06/2017.

aqui, julgar se o programa instituído é bom ou ruim, certo ou errado. O escopo da pesquisa é saber se considerando a repartição de competências estabelecidas na Constituição, a Lei Complementar nº 009/2014 pode ou não ser considerada inconstitucional.

A Lei Complementar nº 009/2014 de Santa Cruz de Monte Castelo se compõe de seis artigos e dois anexos. No art. 1º, assim está disposto:

“Art. 1º. Fica criado, no âmbito do sistema municipal de ensino, o “Programa Escola sem Partido”, atendidos os seguintes princípios: I - neutralidade política, ideológica e religiosa do Estado; II - pluralismo de ideias no ambiente acadêmico; III - liberdade de aprender, como projeção específica, no campo da educação, da liberdade de consciência; IV - liberdade de crença; V - reconhecimento da vulnerabilidade do educando como parte mais fraca na relação de aprendizado; VI - educação e informação do estudante quanto aos direitos compreendidos em sua liberdade de consciência e de crença; VII - direito dos pais a que seus filhos menores recebam a educação moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.”

O artigo 2º da lei, veda a prática de doutrinação política e ideológica em sala de aula, bem como a veiculação, em disciplina obrigatória, de conceitos que possam estar em conflito com as convicções religiosas ou morais dos estudantes ou de seus pais ou responsáveis. Três parágrafos compõem o artigo 2º, dispostos da seguinte forma:

“§ 1º. Tratando-se de disciplina facultativa em que sejam veiculados os conteúdos referidos na parte final do *caput* deste artigo, a frequência dos estudantes dependerá de prévia e expressa autorização dos seus pais ou responsáveis.

§ 2º. As escolas confessionais, cujas práticas educativas sejam orientadas por concepções, princípios e valores morais, religiosos ou ideológicos, deverão obter dos pais ou responsáveis pelos estudantes, no ato da matrícula, autorização expressa para a veiculação de conteúdos identificados com os referidos princípios, valores e concepções.

§ 3º. Para os fins do disposto nos parágrafos 1º e 2º deste artigo, as escolas deverão apresentar e entregar aos pais ou responsáveis pelos estudantes material informativo que possibilite o conhecimento dos temas ministrados e dos enfoques adotados.”

O artigo 3º por sua vez, dispõe que, no exercício de suas funções, o professor: não abusará da inexperiência, falta de conhecimento ou da imaturidade dos alunos, com o fim de cooptá-los para esta ou aquela corrente político-partidária; não favorecerá ou prejudicará os alunos em razão de suas convicções políticas, ideológicas, morais ou religiosas, ou mesmo na falta delas; não fará propaganda político-partidária em sala de aula e nem incitará seus alunos a participar de manifestações, atos públicos e passeatas. Disciplina ainda que ao tratar de questões políticas, socioculturais e econômicas, o professor apresentará aos alunos de forma justa e com a mesma seriedade, as principais versões, teorias, opiniões e perspectivas concorrentes a respeito, e que, salvo nas escolas confessionais, deverá o professor abster-se de introduzir, em disciplina ou atividade obrigatória, conteúdos que possam estar em conflito com as convicções morais, religiosas ou ideológicas dos estudantes ou de seus pais ou responsáveis.

No artigo 4º, as escolas deverão educar e informar os alunos matriculados no ensino fundamental e no ensino médio sobre os direitos que decorrem da liberdade de consciência e de crença asseguradas pela Constituição Federal, especialmente sobre o que dispõe o artigo 3º da lei. Dois parágrafos complementam o artigo 4º dispondo sobre a fixação nas salas de aulas, nas salas dos professores e em locais onde possam ser lidos por alunos e professores, de cartazes com os dizeres e as dimensões previstas nos anexos da lei. Nas instituições de educação infantil, diz o segundo parágrafo, os cartazes serão afixados somente nas salas dos professores.

Traz o quinto artigo da lei disposição de que a Secretaria Municipal de Educação deverá promover a realização de cursos de ética do magistério para professores da rede pública, abertos à comunidade escolar, a fim de informar e conscientizar os educadores, os estudantes e seus pais ou responsáveis, sobre os limites éticos e jurídicos da atividade docente, especialmente no que se refere aos princípios dispostos no artigo 1º da lei.

Por fim o artigo 6º, expressa que a lei entrará em vigor na data de sua publicação, qual seja 24 de dezembro de 2014.

Os dois anexos da lei se resumem em quadros com dizeres sobre os deveres do professor, um para escolas públicas e particulares em sentido estrito e o outro para as escolas confessionais, ambos devendo ter setenta centímetros de altura e cinquenta centímetros de largura:

“ANEXO I - ESCOLAS PÚBLICAS E PARTICULARES EM SENTIDO ESTRITO DEVERES DO PROFESSOR I - O Professor não abusará da inexperiência, da falta de conhecimento ou da imaturidade dos alunos, com o objetivo de cooptá-los para esta ou aquela corrente político-partidária. II - O Professor não favorecerá nem prejudicará os alunos em razão de suas convicções políticas, ideológicas, morais ou religiosas, ou da falta delas. III - O Professor não fará propaganda político-partidária em sala de aula nem incitará seus alunos a participar de manifestações, atos públicos e passeatas. IV - Ao tratar de questões políticas, sócio-culturais e econômicas, o professor apresentará aos alunos, de forma justa – isto é, com a mesma profundidade e seriedade –, as principais versões, teorias, opiniões e perspectivas concorrentes a respeito. V - O Professor deverá abster-se de introduzir, em disciplina obrigatória, conteúdos que possam estar em conflito com as convicções morais, religiosas ou ideológicas dos estudantes ou de seus pais ou responsáveis.

ANEXO II - ESCOLAS CONFESSIONAIS DEVERES DO PROFESSOR I - O Professor não abusará da inexperiência, da falta de conhecimento ou da imaturidade dos alunos, com o objetivo de cooptá- los para esta ou aquela corrente político-partidária. II - O Professor não favorecerá nem prejudicará os alunos em razão de suas convicções políticas, ideológicas, morais ou religiosas, ou da falta delas. III - O Professor não fará propaganda político-partidária em sala de aula nem incitará seus alunos a participar de manifestações, atos públicos e passeatas. IV - Ao tratar de questões políticas, sócio-culturais e econômicas, o professor apresentará aos alunos, de forma justa – isto é, com a mesma profundidade e seriedade -, as principais versões, teorias, opiniões e perspectivas concorrentes a respeito. ”

O conteúdo da LC 009/2014 teve início no Projeto de Lei Complementar nº 002/2014 de autoria do Vereador Armando de Meira Garcia com tramitação iniciada em 24/11/2014 e encerrada em 01/12/2014, projeto aprovado sendo levado à sanção do executivo, publicado em 24/12/2014 em vigor até a presente data. No projeto de lei, interessante a leitura da justificativa apresentada, tema que não será abordado ante a extensão do texto e que não demanda maior análise no sentido da competência aqui estudada.¹⁸

18. PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 002/2014, Câmara Municipal de Santa Cruz de Monte Castelo Estado do Paraná, disponível em: <<http://www.cmscmc.pr.gov.br/index1.php?pag=T0RNPu9UZz1PVFk9T0RnPU9EWT1Oamc9T1dRPU9HRT1PVGm-9T0dVPU9HTT1PVEU9T0dVPU4yWT1ZVEU9WVRBPVIURT1ZVEk9WVRZPU-9XVT1ZVGs9WVdNPVIUaz1PV0U9WVdNPQ==&set=2>>, acesso em 06/06/2017.

Inobstante a valoração de seu conteúdo, a Lei Complementar nº 009/2014 adentra ao tema de diretrizes e bases para a educação local, tema de norma geral cuja competência a Constituição Federal claramente declinou à atuação legislativa da União, ultrapassando assim, a competência municipal cujas ações devem permear o federalismo cooperativo dentro das competências materiais a este ente conferidas, quando o assunto for educação.

Sobre o mesmo tema, tramita no Supremo Tribunal Federal a ADI 5537 – Ação Direta De Inconstitucionalidade¹⁹ requerida pela Confederação Nacional Dos Trabalhadores Em Estabelecimentos De Ensino – CONTEE, contra a Lei nº 7800, de 5 de maio de 2016, do Estado de Alagoas, que instituiu, no âmbito do sistema estadual de ensino o Programa “Escola Livre”, cujos princípios norteadores se consubstanciam nos mesmos princípios do ‘Programa Escola sem Partido’ da LC nº 009/2014.

A ADI 5537 tramita sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, que em 21 de março de 2017, deferiu a liminar pleiteada, para determinar a suspensão da integralidade da Lei nº 7.800/2016 do Estado de Alagoas. Dentre os fundamentos para a concessão da liminar, destacamos:

“I. A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO PARA DISPOR SOBRE EDUCAÇÃO (CF, ART. 22, XXIV, E ART. 24, IX) 14. No que se refere ao poder de legislar sobre educação, a Constituição Federal estabelece: (i) a competência privativa da União para dispor sobre diretrizes e bases da educação nacional (CF/1988, art. 22, XXIV), bem como (ii) a competência concorrente da União e dos Estados para tratar dos demais temas relacionados à educação que não se incluam no conceito de diretrizes e bases (CF/1988, art. 24). (...); (...). Assim, em matéria de diretrizes e bases da educação nacional, há competência normativa privativa da União; ao passo que, nos demais temas pertinentes à educação, haverá competência concorrente entre a União e os Estados. No último caso, de competência concorrente, caberá à União dispor sobre as normas gerais aplicáveis à educação, ao passo que caberá aos Estados tão-somente complementar tais normas. ” (STF - MC ADI: 5537 AL - ALAGOAS 4001148-30.2016.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 21/03/2017, Data de Publicação: DJe-056 23/03/2017).

19. STF - MC ADI: 5537 AL - ALAGOAS 4001148-30.2016.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 21/3/2017, Data de Publicação: DJe-056 23/3/2017.

A decisão do Ministro Luís Roberto Barroso tem como fundamento vários dispositivos e princípios constitucionais que ele considerou violados, todavia, destacamos os artigos referente à competência a fim de demonstrar em comparação com a LC nº 009/2014 de Santa Cruz do Monte Castelo, que se a lei do Estado de Alagoas que possui competência concorrente delimitada constitucionalmente extrapolou os limites da competência estadual, o que dizer da lei municipal que dispôs sobre diretrizes e bases para a educação de âmbito local? Contudo, diferentemente da lei do Estado de Alagoas, a lei de Santa Cruz não pode ser objeto de ADI perante o STF, e o questionamento de seu conteúdo material e formal deve se dar no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, conforme analisaremos mais adiante.

Por fim, para o federalismo cooperativo, concluímos esse item com o entendimento de Ranieri (2000:95), no sentido de que, a coordenação das ações é tão essencial quanto a uniformização de certos interesses e, dessa forma, toda matéria que extravase o peculiar interesse de uma unidade periférica por ser comum a todas, ou porque, se particularizada num âmbito autônomo, engendra conflitos ou dificuldades no intercâmbio nacional, constitui matéria de norma geral, principiológica, e conseqüentemente, de competência da União.

O Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais

Antes de adentrar ao tema específico de controle de constitucionalidade das leis municipais, necessário se faz uma breve introdução sobre o tema controle de constitucionalidade, sem, contudo, qualquer intenção de seu aprofundamento. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000:02) classifica o controle de constitucionalidade como garantia *sine qua non* da imperatividade da Constituição. Onde ele inexistente ou é ineficaz, explica o autor, a Constituição perde no fundo, o caráter de norma jurídica, para se tornar um conjunto de meras recomendações cuja eficácia fica à mercê do governante, mormente do Poder Legislativo. Contudo, quando não só é previsto na Constituição, mas tem meios de impor-se efetivamente, esta é a lei suprema, a que todos os Poderes têm de curvar-se.

Diversos são os métodos de controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Em primeiro lugar, destacamos que o controle pode ser por ação, quando se busca retirar uma norma inconstitucional do ordenamento jurídico, ou por omissão, quando se pretende a edição de norma jurídica destinada à materialização de um comando constitucional. Existem duas formas de controle, o concreto (ou incidental), que é exercido no julgamento de um caso concreto, sendo a questão constitucional causa de pedir da demanda, e o controle abstrato (ou principal), no qual se verifica a adequação da norma jurídica impugnada com o texto da Constituição (por ação) ou a não edição de regra reclamada pela norma Constitucional (por omissão), independentemente de qualquer caso concreto. Neste último caso, controle abstrato, a análise da constitucionalidade da norma é o objeto principal da ação.

Outra classificação tão importante quanto, se relaciona aos órgãos que exercem o controle. Expressa-se como concentrado o controle, quando a competência para o processo e julgamento da causa for de apenas um órgão, e difuso, quando esta competência for conferida a inúmeros órgãos, como ocorre nas hipóteses de controle concreto.

A Constituição Federal de 1988, disciplinou o controle concentrado constitucional no artigo 102, I, “a”, estabelecendo competência para o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, para processar e julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Não fez menção a Constituição às leis municipais quanto à possibilidade de aferição de sua constitucionalidade perante o STF. Contudo, no artigo 125, § 2º, o legislador constituinte, disciplinou expressamente para que o constituinte estadual adote o controle abstrato de normas destinado à aferição da constitucionalidade de leis estaduais ou municipais em face da Constituição estadual.

No entanto, é pacífico o entendimento jurisprudencial de que não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo municipal que afronte a Constituição Federal perante o STF, devendo a inconstitucionalidade de lei municipal ser proposta perante o Tribunal de

Justiça estadual, mesmo que os dispositivos atacados sejam uma repetição na Constituição Estadual do texto da Constituição Federal.²⁰

De todo modo, quanto à incompatibilidade de lei municipal em face da Constituição Federal, Gilmar Ferreira Mendes (2013:1353), nos lembra que, com a entrada em vigor da Lei nº 9.882/99, que disciplina a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o tema ganha novos contornos, consoante ao disposto no parágrafo único do art. 1º da citada lei, a arguição de descumprimento poderá ser utilizada para, de forma definitiva e com eficácia geral, resolver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito municipal em face da Constituição Federal pelo STF.

Contudo, a Lei nº 9.882/99, traz ainda no parágrafo primeiro de seu artigo 4º que a petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental ou faltar algum dos requisitos prescritos a Lei ou for inepta, expressando que não será admitida a arguição quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade. Neste caso, a lei ou ato normativo municipal que esteja incompatível com norma da Constituição estadual e da Constituição Federal, deverá, a rigor, ser objeto de ação de inconstitucionalidade perante o tribunal de justiça estadual.

A Constituição Federal prevê em seu artigo 125, § 2º, que os Estados organizarão sua Justiça, cabendo-lhes, assim, a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais contrários à Constituição Estadual. Nesse sentido, cabe ao Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade, exercendo, portanto, o controle concentrado de constitucionalidade de leis

20. “AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. CONTROLE CONCENTRADO DE LEI MUNICIPAL REALIZADO POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PARÂMETRO CONSTITUCIONAL ESTADUAL QUE REPRODUZ NORMA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA POR ESTA CORTE NA ADI 347/SP. Não configura usurpação da competência desta Corte a fiscalização abstrata de constitucionalidade de lei municipal realizada por Tribunal de Justiça, com base na Constituição do Estado, ainda que o parâmetro de controle estadual consista em reprodução de norma da Constituição da República de observância obrigatória. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.” (Rcl 2.130 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, j. 25.06.2014).

municipais frente a Constituição Estadual. Nessa perspectiva, os Estados-membros poderão instituir a Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica contra atos normativos municipais em face da Constituição Estadual.

O controle de constitucionalidade da lei municipal perante a Constituição Estadual também pode ser difuso. Nesse caso, o órgão judiciário estadual pode declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei municipal, estadual ou federal em face da Constituição da República, além da inconstitucionalidade da lei municipal ou estadual perante a Constituição estadual. Entretanto, cabe ressaltar que o juiz singular não declara a inconstitucionalidade da lei; apenas deixa de aplicá-la ao caso concreto em razão de considerá-la inconstitucional, porquanto somente na forma do art. 97 da Constituição Federal²¹ é que pode ocorrer a declaração de inconstitucionalidade.

Ainda quanto ao controle difuso da lei municipal, será cabível recurso extraordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal sempre que a decisão em única ou última instância contrariar dispositivo da Constituição da República, julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face daquela Carta constitucional ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal, consoante o disposto no art. 102, III, *a*, *c* e *d* da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/04).

O acesso ao Supremo Tribunal Federal, mediante recurso extraordinário interposto em face de acórdão de tribunal de justiça prolatado em processo de controle concentrado, é excepcional, e pressupõe que, na prolação do acórdão, tenha-se deixado de observar preceito constitucional de observância obrigatória pelo Estado-membro. Isso porque a competência do tribunal de justiça para o controle abstrato de leis estaduais e municipais em face de constituição estadual nasce diretamente da Constituição Federal (art. 125, § 2º), o que ressalta o papel do tribunal de justiça como defensor e intérprete máximo da respectiva carta estadual, tal como o STF é o guardião último da Constituição Federal.

21. Brasil. Constituição Federal de 1988: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

A Constituição do Estado do Paraná

A Constituição do Estado do Paraná²², disciplina a competência privativa do Tribunal de Justiça para, através de seus órgãos, processar e julgar originariamente as ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais contestados em face daquela Constituição e a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional (art. 101, VII, *f*).

O controle de constitucionalidade está assim disciplinado:

SEÇÃO VII DO CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

Art. 111. São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, em face desta Constituição:

- I - o Governador do Estado e a Mesa da Assembleia Legislativa;
- II - o Procurador-Geral de Justiça e o Procurador-Geral do Estado;
- III - o Prefeito e a Mesa da Câmara do respectivo Município, quando se tratar de lei ou ato normativo local;
- IV - o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil;
- V - os partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa;
- VI - as federações sindicais e as entidades de classe de âmbito estadual;
- VII - o Deputado Estadual.

Art. 112. Somente pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou dos membros do órgão especial, poderá o Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Parágrafo único. O Procurador-Geral de Justiça será sempre ouvido nas ações de inconstitucionalidade.

Art. 113. Declarada a inconstitucionalidade, a decisão será comunicada à Assembleia Legislativa ou à Câmara Municipal para suspensão da execução da lei ou ato impugnado.

§ 1º Reconhecida a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma desta Constituição, a decisão será comunicada ao

22 Governo do Estado do Paraná, Casa Civil – Sistema Estadual de Legislação: Constituição do Estado do Paraná. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=iniciarProcesso&tipoAto=10&orgaoUnidade=1100&retiraLista=true&site=1>>; acesso em 14/6/2017.

poder competente para adoção das providências necessárias à prática do ato ou início do processo legislativo, e, em se tratando de órgão administrativo, para emití-lo em trinta dias, sob pena de responsabilidade.

§ 2º Na ação direta de inconstitucionalidade incumbirá à Procuradoria Geral do Estado atuar na curadoria de presunção de legitimidade do ato impugnado

Podemos verificar que os legitimados para propor a ação de inconstitucionalidade no âmbito do Estado do Paraná consistem na repetição a nível estadual dos legitimados na ação de inconstitucionalidade prevista na Constituição Federal.

Em pesquisa no sítio do Tribunal de Justiça do Paraná nada se encontrou acerca de qualquer arguição de inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 009/2014 do Município de Santa Cruz de Monte Castelo. No site da prefeitura a lei consta como ativa. Considerado o conteúdo da LC nº 009/2014, ela deveria objeto de ação de inconstitucionalidade pelo controle concentrado face a propositura por um dos legitimados, quais sejam o governador do Estado ou a Mesa da Assembleia Legislativa, o Procurador Geral de Justiça ou , o Procurador Geral do Estado, o prefeito de Santa Cruz de Monte Castelo ou a mesa da Câmara Municipal, o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, os partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa, as federações sindicais e as entidades de classe de âmbito estadual ou qualquer Deputado Estadual.

Não caberia Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ao STF, posto que a Constituição estadual repete os artigos da Constituição Federal, e como já visto alhures, o entendimento do STF é de que a competência nesse caso é do Tribunal de Justiça estadual, até porque a lei que disciplina a ADPF também dispõe sobre a necessidade de se esgotar as vias disponíveis para questionamento do descumprimento.

A LC nº 009/2014 poderia também ser objeto de arguição de inconstitucionalidade pela via do controle difuso caso questionada em processo particular decorrente de suas disposições, não podendo em hipótese alguma ser objeto direto de questionamento pelo cidadão que por ela não fosse diretamente prejudicado. De toda forma, aceita a arguição de inconstitucionalidade pela via difusa, a decisão declaratória ou denegatória

da inconstitucionalidade, proferida por maioria absoluta do Órgão Especial, constituirá questão prejudicial com cumprimento obrigatório pelo órgão fracionário no caso concreto, bem como orientará todos os órgãos julgadores, de primeira e segunda instância, a observar seus fundamentos, como jurisprudência dominante nos casos análogos (RITJPR, art. 272-A).²³

A Lei Orgânica de Santa Cruz de Monte Castelo

A título de complementação, buscamos na Lei Orgânica do Município de Santa Cruz de Monte Castelo²⁴, como está disciplinada a competência do Município. Essa competência está prevista no artigo 6º que assim dispõe:

Art. 6º) Compete ao Município: I- Legislar sobre assuntos de interesse social; II- Suplementar a legislação federal e a estadual no que respeitar interesse local; III- Instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes, nos prazos fixados em lei; (...)

Repete-se na Lei Municipal as disposições quanto à matéria legislativa dispostas na Constituição estadual e na Constituição Federal. No artigo 12 referente às atribuições da Câmara, os dois primeiros incisos repetem novamente o disposto no artigo 6º e nas Constituições Federal e estadual.

Considerações finais

Após as breves considerações levantadas acerca da competência do Município em matéria legislativa, considerando a edição e validade da Lei Complementar nº 009/2014 do Município de Santa Cruz de Monte Castelo no Paraná, chega-se à conclusão que ao Município não é vedado legislar em assuntos de seu interesse local, todavia, mesmo em seu interesse local, a capacidade legislativa está limitada pela repartição de competências moldada na Constituição Federal de 1988.

Assim, de todo o refletido, resta claro que o conteúdo da Lei Complementar nº 009/2014 usurpa a competência da União para legislar sobre diretrizes e

23. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – Regimento Interno, disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/regimento-interno/>>; acesso em 17/6/2017.

24. Câmara Municipal de Santa Cruz de Monte Castelo – PR, Lei Orgânica: disponível em: <<http://www.cmscmc.pr.gov.br/>>; acesso em 16/6/2017.

bases da educação, considerando que nem mesmo aos Estados a Constituição delegou tal competência e sequer a dispôs com a possibilidade de concorrência entre União e Estados.

Não nos interessa aqui, se a Lei Complementar nº 009/2014 é boa ou ruim, se seu conteúdo se consubstancia em censura ou não. O que se verifica é que independente da intenção da lei, a competência para sua edição não pertence ao Município, e muito menos aos Estados, o que a reveste de vício de formalidade, tornando-a, dessa forma, inconstitucional.²⁵

Outra questão estudada e de complexa solução se dá quanto à arguição de inconstitucionalidade da LC nº 009/2014, vez que a Constituição Federal não previu o controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais. Contudo, prescreveu a Lei Maior de 1988, que caberia aos Estados instituir por meio de seus Tribunais de Justiça o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos municipais, tanto pela via difusa quanto pelo meio concentrado, que nesse caso deve ser processado nos tribunais de justiça estaduais.

A LC nº 009/2014 pode ser objeto de ação de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, se algum dos legitimados na Constituição estadual se propuserem a ação direta de inconstitucionalidade. Pode também ser objeto de arguição de inconstitucionalidade a referida lei, pela via difusa nos termos da Constituição Federal, da Constituição Estadual e ainda do Regimento Interno do Tribunal de Justiça daquele Estado.

Não vislumbramos, *a priori*, a possibilidade de proposição de ADPF perante o STF, considerando que a Lei nº 9.882/99 que regulamenta a Ação de descumprimento de preceito fundamental, dispõe expressamente que não será admitida a arguição quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade. Neste caso, a lei municipal LC nº 009/2014, considerando ser incompatível com a norma da Constituição estadual e da Constituição

25. Nos ensinamentos de Clèmerson Merlin Clève (2000:39), a inconstitucionalidade orgânica decorre do vício de incompetência do órgão que promana o ato normativo e consiste, dessa forma, numa das hipóteses de inconstitucionalidade formal. Diz-se que uma lei é formalmente inconstitucional, quando elaborada por órgão incompetente (inconstitucionalidade orgânica) ou quando segue procedimento diverso daquele fixado na Constituição (inconstitucionalidade formal propriamente dita), podendo a inconstitucionalidade formal resultar de vício de elaboração ou de incompetência.

Federal, uma vez que a Constituição estadual repete a norma da Constituição Federal, deverá, a rigor, ser objeto de ação de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

A Lei Complementar nº 009/2014 está em vigor até a presente data no Município de Santa Cruz de Monte Castelo, até que algum dos legitimados possa ou queira propor a ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Paraná, ou até que possa ser objeto de arguição de inconstitucionalidade pela via difusa.

Uma alternativa para que a lei inconstitucional não permaneça no sistema jurídico, seria levar ao conhecimento dos legitimados na Constituição estadual para proposição da ação direta de inconstitucionalidade, sobre a incompatibilidade da lei em questão, considerando que possam não ter conhecimento pleno da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 009/2014 do Município de Santa Cruz de Monte Castelo, para que possam agir conforme lhes autoriza a Lei Maior estadual.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>>.

_____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>>.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>>.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil* (de 18 de setembro de 1946): Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>.

_____, *Constituição da República Federativa Do Brasil de 1967*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>>; mantido no art. 15 da Emenda Constitucional Nº 1 de 1969.

CÂMARA MUNICIPAL de Santa Cruz de monte Castelo – PR, *Lei Orgânica*: disponível em: <<<http://www.cmscmc.pr.gov.br/>>>. Acesso em 16/06/2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DIÁRIO OFICIAL Município De Santa Cruz De Monte Castelo, disponível em: <<<http://www.publicacoesmunicipais.com.br/eatos/#visualizador;p=17798;src=s>>>. Acesso em 06/06/2017.

DÓRIA, Antônio Sampaio. Autonomia dos municípios. São Paulo, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 24, 1928.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.982 de 3 de dezembro de 1999)*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 220, p. 1-18, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47523/45220>>>. Acesso em: 13 Jun. 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Normas gerais e competência concorrente*. Uma exegese do art. 24 da Constituição Federal. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 90, p. 245-251, jan. 1995. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67296/69906>>. Acesso em: 16 jun. 2017.

GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ, Casa Civil – Sistema Estadual de Legislação: Constituição do Estado do Paraná. Disponível em: <<<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=iniciarProcesso&tipoAto=10&orgaoUnidade=1100&retiraLista=true&site=1>>>. Acesso em 14/06/2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentários à Constituição do Brasil*. J. J. Gomes Canotilho ... (et al.). São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1353.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996.

PROJETO DE LEI COMPLEMENTAR Nº 002/2014, Câmara Municipal de Santa Cruz de Monte Castelo Estado do Paraná, disponível em: <<<http://www.cmscmc.pr.gov.br/index1.php?pag=T0RNPU9UZz1PVFk9T0RnPU9EWT1Oamc9T1dRPU9HRT1PVGM9T0dVPU9HTT1PVEU9T0dVPU4yWT1ZVEU9WVRBPVIURT1ZVEk9WVRZPU9XVT1ZVGs9WVdNPVIUaz1PV0U9WVdNPQ==&set=2>>>. Acesso em 06/06/2017.

RANIERI, Nina Beatriz. *Educação superior, direito e Estado na Lei de Diretrizes e Bases (Lei 9.394/96)*. São Paulo: Edusp, Fapesp, 2000.

STF - MC ADI: 5537 AL - ALAGOAS 4001148-30.2016.1.00.0000, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 21/03/2017, Data de Publicação: DJe-056 23/03/2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ – *Regimento Interno*, disponível em: <<<https://www.tjpr.jus.br/regimento-interno/>>>. Acesso em 17/06/2017.

Competência legislativa concorrente em matéria educacional: a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.060 – Santa Catarina

Graziela Prates Viol

Mestranda em Direito do Estado na Universidade de São Paulo

Introdução

É possível verificar, no campo da educação, que a maior parte da competência legislativa é da União, enquanto que a competência de execução é dos Estados e municípios. Todavia, embora essa divisão se pautem no princípio federativo, vislumbra-se uma federação sem poder em sua totalidade, já que há a concentração legislativa na União em detrimento dos Estados e municípios. O presente artigo trata desse desprestígio da competência legislativa dos Estados e municípios, em especial, a partir de recente julgado do Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.060 – Santa Catarina, a qual vem destacar a necessidade de fortalecer normativas regionais e locais em matéria de educação.

Competências em matéria de educação

Um dos aspectos principais que pode ser observado ao se estudar o direito à educação é o relacionado ao pacto federativo na medida em que se instala uma forma de cooperação na esfera educacional (RANIERI, 2009).

A ideia de colaboração se faz tão presente nesse âmbito que a Constituição Federal preceitua, em seu artigo 211, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios organizarão seus sistemas de ensino em regime de colaboração.

Observa-se, portanto, uma estrutura de distribuição de competências visando à reconstrução do sistema federativo conforme critérios de equilíbrio pautados na experiência histórica (SILVA, 2016). Todavia, diga-se de pas-

sagem, como afirma José Afonso da Silva (2016), constitui tarefa difícil a repartição de matérias que serão entregues aos entes.

É o princípio da predominância do interesse que norteia a repartição de competência do Estado brasileiro, isto é, à União cabem matérias de predominante interesse geral e nacional; aos Estados, matérias de predominante interesse regional e aos municípios, assuntos de interesse local (SILVA, 2016).

A Constituição atribuiu à União, aos Estados e aos municípios encargos e competências, bem como previu os percentuais de receita a esses entes em diversos dispositivos¹.

Conforme o artigo 211, §§ 1º a 3º, tem-se: (i) competência dos municípios para atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil; (ii) competências dos Estados e Distrito Federal para atuação prioritária no ensino fundamental e médio e (iii) atuação da União supletivamente na garantia da equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade de ensino, mediante assistência técnica e financeira aos Estados, Distrito Federal e municípios, em todos os níveis de ensino.

No tocante à legislação infraconstitucional, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, trata da competência coordenadora da União em matéria de política nacional de educação em seu artigo 8º, isto é, sob a coordenação da União, todos os entes políticos atuarão na educação infantil, e no ensino fundamental, médio e superior,

1. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXIV - diretrizes e bases da educação nacional.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação.

Art. 30. Compete aos Municípios:

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental.

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

respeitando a seguinte regra: municípios, de forma prioritária, no ensino fundamental e na educação infantil; Estados e Distrito Federal no ensino fundamental e médio.

Dada a não atribuição à União de atuação prioritária, há sua ação supletiva e redistributiva em todos os níveis (artigo 8º da LDB).

São acrescentadas à LDB as normas gerais editadas pela União e a suplementação realizada pelos estados e Distrito Federal (artigo 24, inciso IX da Constituição Federal).

Em relação ao plano dos encargos, existe uma certa simetria nas atribuições dos entes federados, detendo a União poderes para a coordenação nacional de atividades (RANIERI, 2000). Nos artigos 205 e 208, estabelecem-se as competências comuns a todas as pessoas de direito público interno. Os parágrafos do artigo 211 discriminam as competências materiais por esfera de governo. A LDB discrimina de forma mais específica as competências materiais da União, dos Estados e dos municípios, por nível de ensino nos artigos 9 a 11.

De acordo com o artigo 10 da Lei nº 9.394/1996, os Estados estão incumbidos de organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino; definir, com os municípios, formas de colaboração na oferta do ensino fundamental, as quais devem assegurar a distribuição proporcional das responsabilidades, de acordo com a população a ser atendida e os recursos financeiros disponíveis em cada uma dessas esferas do Poder Público; elaborar e executar políticas e planos educacionais, em consonância com as diretrizes e planos nacionais de educação, integrando e coordenando as suas ações e as dos seus Municípios; autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino; baixar normas complementares para o seu sistema de ensino e assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio a todos que o demandarem.

Aos municípios, o artigo 11 da referida Lei atribui: organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino, integrando-os às políticas e planos educacionais da União e dos Estados; exercer ação redistributiva em relação às suas escolas; baixar normas complementares

para o seu sistema de ensino; autorizar, credenciar e supervisionar os estabelecimentos do seu sistema de ensino; oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino e assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal.

Em relação às competências legislativas, a União tem competência privativa para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (artigo 22, inciso XXIV) e para estabelecer o plano nacional de educação (artigo 214) (RANIERI, 2009). Enquanto que os Estados e Distrito Federal têm competência concorrente para legislar sobre educação por meio de normas gerais (artigo 24, inciso IX), todavia, a competência dos Estados e municípios é muito restrita, visto que se limita a baixar normas complementares para os respectivos sistemas de ensino.

De maneira mais detalhada, é possível mencionar as seguintes competências:

“A Constituição Federal compõe, complementarmente, um complexo sistema de distribuição de competências legislativas, encargos e rendas às unidades federadas para fazer frente ao dever do Estado com a Educação, no qual sobressaem a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da Educação nacional (art. 22, XXIV), a competência concorrente da União, dos Estados e Distrito Federal para legislar sobre Educação mediante normas gerais (CF, art. 24, IX), a organização federativa dos sistemas de ensino em regime de colaboração (art. 211), a indicação de percentuais mínimos de aplicação da receita de impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino (art. 212), ressalvada, neste caso, a proibição de vinculação de impostos a órgãos, fundos ou despesas (art. 167, IV) e, ainda, a proibição de instituir impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços das instituições de Educação sem fins lucrativos (art. 150, VI, c). Exige-se o estabelecimento de Plano Nacional de Educação (atual Lei n. 10.172/2001) visando à erradicação do analfabetismo, à universalização do atendimento escolar, à melhoria da qualidade de ensino, à formação para o trabalho, à promoção humanística, científica e tecnológica do País (art. 214)” (RANIERI, 2013:68-69).

Dessa forma, visualiza-se uma descentralização vertical na repartição constitucional de competência e encargos no âmbito da educação: (i) no plano dos encargos, existe uma cooperação entre os órgãos federados para a oferta da educação fundamental; (ii) na esfera das competências legislativas, a União se sobrepõe aos demais entes e (iii) no nível superior, a atuação da União prevalece nos encargos e competências (RANIERI, 2000).

Como exposto, a autora consigna que a competência legislativa dos Estados e municípios é muito restrita, já que é remanescente, apresentando a União competência concorrente à dos estados e Distrito Federal para legislar sobre educação mediante normas gerais (artigo 24, inciso IX). Por outro lado, embora não detenham ampla competência legislativa, Estados e municípios apresentam uma série de encargos específicos discriminados nos parágrafos do artigo 211 da Constituição Federal e nos artigos 10 e 11 da LDB.

Por fim, destaca-se que a compreensão das normas de competência legislativa não se encontra em critérios de hierarquia, mas na fundamentação teórica derivada do regime federativo e do direito constitucional brasileiro (RANIERI, 2000).

Assim, a questão federativa exerce um grande peso nessa delimitação de competências legislativas.

Competências legislativas e federalismo

Abrucio (2013) assinala que, das formas de organização do território do Estado, o modelo federativo é o que apresenta maior complexidade na descentralização e no relacionamento intergovernamental, com efeitos sobre a distribuição de poderes de políticas públicas. Por meio do pacto federativo, é estabelecida uma soberania compartilhada, a qual deve garantir, concomitantemente, a autonomia e a interdependência dos governos.

Destaca o autor que o Governo Federal manteve, ao menos, três poderes fundamentais na Constituição de 1988: (i) concentração da maior parte das competências legislativas no âmbito da União; (ii) maior capacidade gerencial decorrente de uma burocracia mais profissionalizada e (iii) capacidade política, financeira e administrativa da União como corretora de desigualdades.

Desde a redemocratização, os Estados recuperaram seu poder político e conquistaram maiores recursos financeiros (ABRUCIO, 2013). Todavia, é

pequena a atuação dos governos estaduais no sentido de promoverem maior cooperação e articulação com os municípios.

Por outro lado, o autor afirma que se vislumbra um federalismo cooperativo no Brasil na medida em que houve a criação dos sistemas de políticas públicas, como, por exemplo, o Sistema Único de Saúde (SUS); os Comitês de Bacia em relação aos recursos hídricos; o Consórcio do Grande ABC.

Em relação à área da educação, a associação ao princípio federativo, é mais visível, como considera o autor:

É importante ressaltar que a nova ordem constitucional acolheu a visão do federalismo cooperativo, prevendo instrumentos de atuação conjunta entre os entes. Isso aparece num plano mais geral no artigo 23, e num plano mais específico em artigos referentes às políticas, como a ideia de Regime de Colaboração que aparece na Educação – mais especificamente, no artigo 211.

O entendimento do caso da Educação e sua articulação com a questão federativa passa, em boa medida, pelo entendimento da atuação dos mecanismos mais compartimentalizadores e dos instrumentos mais cooperativos e de coordenação, e da tensão entre eles, desde a Constituição de 1988 até os dias de hoje (ABRUCIO, 2013:211)

O autor também destaca que há traços do federalismo na proposta de criação de um regime de colaboração na medida em que existem sistemas escolares autônomos nos Estados e municípios e são criados mecanismos para a coordenação entre eles, especialmente, por meio da União. Todavia, a duplicidade de redes existente, marcada por uma atenção maior da União ao Ensino Superior, construiu um modelo em que as ações mais importantes foram destinadas ao Ensino Superior, enquanto que a Educação Básica, prioritariamente de atenção dos estados e municípios, avançou menos.

Por outro lado, o tratamento constitucional dedicado à educação, sob a perspectiva federativa, segundo Abrucio (2010), pode ser considerado equilibrado. Deu-se um destaque importante aos municípios na divisão de competências descentralizadas na execução de serviços. Foram adotados instrumentos para evitar uma descentralização centrífuga, isto é, a noção de competência comum (um nível de governo atua prioritariamente sobre um

ciclo) e a atribuição à União de produzir diretrizes e normas nacionais, bem como a sua função redistributiva e supletiva. Para completar a lógica do artigo 211, há a noção do regime de colaboração, visando à articulação dos entes federativos em suas ações educacionais a fim de evitar ações descoordenadas.

Todavia, nessa lógica de federalismo e política educacional, o federalismo educacional brasileiro ainda precisa avançar nos seus objetivos principais: qualidade da educação, equidade entre os indivíduos e níveis de governo, cooperação federativa e coordenação de esforços na lógica do regime de colaboração (ABRUCIO, 2013).

Zago (2016) também aponta que a Constituição Federal de 1988 parece querer guiar a cooperação federativa para reduzir as grandes desigualdades sociais e regionais do país, sérios problemas do Estado brasileiro. Existem, assim, políticas públicas descentralizadas, mas norteadas cooperativamente, em especial, nos casos de educação e saúde, as quais são detalhadamente disciplinadas pela Constituição. Em relação à educação, não apenas há a repartição de competência legislativa e execução, mas uma determinação constitucional acerca do exercício em caráter de colaboração.

Entretanto, para a autora, o Estado federal brasileiro é complexo, com variáveis que ultrapassam a esfera jurídica e, no âmbito da prestação do serviço público da educação, ainda há um cenário de desigualdade no país.

Nesse sentido, Bucci e Vilarino (2013) criticam o modelo artificial de federação adotado, o qual tem sido um fator a mais a dificultar que a educação se desenvolva em todo o país, dadas as condições dos municípios e Estados, com realidades díspares, e o aspecto socioeconômico brasileiro. De acordo com as autoras, há ainda municípios e Estados dependentes de políticas públicas da União.

Contudo, as autoras ainda ressaltam que é atribuída à União a competência para legislar sobre normas gerais com alcance nacional e aos demais entes, competência legislativa em questões específicas conforme as peculiaridades. Apesar dessa repartição de competência, Estados e municípios ainda são tímidos na elaboração de normas próprias. O regime de cooperação, por conseguinte, é incipiente, mas não se pode esquecer que alguns entes da Federação ainda são dependentes em relação a outros.

Segundo Bucci e Vilarino (2013):

A constituição de um “sistema de Educação nacional”, portanto, que considere as peculiaridades regionais e locais, fazendo do Brasil efetivamente um Estado Federal equilibrado e cooperativo, passa talvez menos pela redefinição das atribuições e mais pelos modos para que cada ente da federação exerça seu papel próprio (BUCCI; VILARINO, 2013:133).

Essas dificuldades apontadas pelos autores supramencionados podem ser relacionadas ao desprestígio da competência legislativa atribuída aos Estados e municípios. Por outro lado, as responsabilidades dos Estados e municípios têm crescido amplamente (LEWANDOWSKI, 2017), torna-se necessário, portanto, que haja um compasso nessa marcha entre encargos e iniciativas normativas.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.060 – Santa Catarina julgada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal em 2015 vem destacar a competência legislativa local e regional, como será tratado a seguir. Nota-se a importância do julgado ao enfatizar as competências legislativas locais com base no princípio federativo, mitigando, portanto, a ideia de que paira um “federalismo sem poder” em relação aos Estados e municípios no tocante à educação.

É inegável a existência de disparidades entre a União, Estados e municípios, o que dificulta um federalismo equilibrado. Contudo, precedentes como a ADI nº 4.060 – SC podem significar uma correção ao excesso de atribuições legislativas atribuídas à União.

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.060 – Santa Catarina

A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEM ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.060 em face das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso VII do artigo 82 da Lei Complementar n. 170, de 7 de agosto de 1998, do Estado de Santa Catarina por suposta ofensa ao artigo 25 da Lei nº 9.394/96 e ao artigo 24, § 3º da Constituição Federal² (BRASIL, 2015).

2. Art. 82 da Lei Complementar nº 170 de 7 de agosto de 1998: O Plano Estadual de Educação, articulado com os planos nacionais e municipais, será elaborado com a participação da sociedade catarinense, ouvidos os órgãos colegiados de gestão democrática do ensino, incluído o Fórum Estadual de Educação, devendo, nos termos da lei que o aprovar, contemplar:

A demandante sustentou que essa lei do Estado de Santa Catarina seria ilegal e inconstitucional, pois: (i) o número máximo de alunos em sala de aula estabelecido pela lei não teria fundamento de validade no “sistema de ensino do Estado de Santa Catarina” nas condições materiais das instituições de ensino e (ii) haveria ofensa à competência da União para legislar sobre normas gerais, conforme o artigo 24, inciso IX e § 3º da Constituição Federal.

A controvérsia dessa ADI reside, portanto, na possibilidade de a lei estadual dispor sobre o número máximo de alunos em sala de aula na educação infantil, fundamental e média em razão de sua competência legislativa concorrente com a União para tratar de educação (artigo 24, inciso IX da Constituição Federal).

O Relator deste julgado, Ministro Luiz Fux, entendeu que a competência da União e dos Estados é concorrente em matéria de educação, conforme o artigo 24, inciso IX da Constituição Federal. Assim, o benefício da dúvida deve ser pró-autonomia dos Estados e municípios, sendo prestigiada a iniciativa local em matéria de competências legislativas concorrentes.

O Ministro assinala que tanto sob a perspectiva formal, quanto sob o prisma material, a lei catarinense é constitucional.

[...]

VII - número de alunos por sala de aula que possibilite adequada comunicação e aproveitamento, obedecendo a critérios pedagógicos e níveis de ensino, da seguinte forma:

- a) na educação infantil, até quatro anos, máximo de 15 crianças, com atenção especial a menor número, nos dois primeiros anos de vida e, até os seis anos, máximo de 25 crianças;
- b) no ensino fundamental, máximo de 30 crianças até a quarta série ou ciclos iniciais e de 35 alunos nas demais séries ou ciclos;
- c) no ensino médio, 40 alunos.

Art. 25 da Lei nº 9.394/1996: Será objetivo permanente das autoridades responsáveis alcançar relação adequada entre o número de alunos e o professor, a carga horária e as condições materiais do estabelecimento.

Parágrafo único. Cabe ao respectivo sistema de ensino, à vista das condições disponíveis e das características regionais e locais, estabelecer parâmetro para atendimento do disposto neste artigo.

Art. 24 da Constituição Federal: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

Na perspectiva formal, a sistemática normativa estadual é compatível com a disciplina federal sobre o tema, presente na Lei nº 9.394/1996, especialmente, no artigo 25, o qual deixa espaço para atuação estadual e distrital na fixação da proporção professor/aluno dos sistemas de ensino, possibilitando que haja o detalhamento pela lei estadual, como os previstos pelas alíneas “a”, “b” e “c” do inciso VII do artigo 82 da Lei Complementar nº 170/98 do Estado de Santa Catarina.

Sob o aspecto material, a lei catarinense (Lei Complementar nº 170/98) trata casos diferentes, criando uma proporção aluno/professor, a qual aumenta conforme os alunos se tornam mais maduros. Assim, não se ultrapassa, portanto, matéria de competência da União ao disciplinar a quantidade de alunos presentes em sala de aula.

Por fim, o Tribunal, por unanimidade, julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Após brevemente a exposição do julgado e de seu desfecho, serão esmiuçados, no próximo item, os principais pontos abordados pelo Ministro Relator, bem como pelos demais ministros, em especial, pela Ministra Cármen Lúcia, a qual dá ênfase à necessidade de que seja consolidada uma jurisprudência que trate a questão da federação e competência legislativa.

Federalismo e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.060 – Santa Catarina

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade em comento, o Ministro Relator Luiz Fux destaca a necessidade de que o Supremo Tribunal Federal reveja sua postura em litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, passando a prestigiar as iniciativas regionais e locais, a não ser que haja ofensa à Constituição (BRASIL, 2015).

Segundo ele, essa diretriz se ajusta à noção de federalismo pautado em sistema, cuja finalidade é promover o pluralismo político, o qual constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso V da Constituição Federal). Portanto, a regra geral é que cada ente federativo tenha liberdade para suas escolhas institucionais e normativas.

Conforme apontado por Luiz Fux na ADI em comento, dentre os elementos mínimos que caracterizam uma federação, está a autonomia política dos

entes federativos, que se desdobra em prerrogativas do autogoverno, auto-organização e autoadministração.

O Ministro Relator alerta que a federação brasileira ainda é altamente centralizada, principalmente, em virtude de dois fatores: (i) natureza jurídico-positiva, uma vez que a distribuição de competências entre os entes da federação (artigos 21 a 24 da Constituição Federal) se concentra privativamente na União e (ii) natureza jurisprudencial, pois a atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) no controle de constitucionalidade é inspirada, principalmente, no “princípio da simetria” e em uma leitura acentuada das competências normativas da União. Destarte, a compreensão de normas gerais não deve ser inflacionada do ponto de vista da União, visto que isso afastaria a autoridade normativa dos entes regionais e locais.

No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes assinala que, devido à exaustão por parte da União e da legislação federal, há uma invasão à competência estadual. Desse modo, é importante que o STF construa precedentes como esses e outros “[...] para assentar aquela ideia de que a adoção desse modelo de competência concorrente obriga a definição de normas gerais” (BRASIL, 2015:23).

Outrossim, Gilmar Mendes afirma: “[...] acho extremamente importante esse precedente não só pela matéria de fundo, mas pela tese que daqui resulta e pela necessidade realmente de que façamos uma leitura crítica – tal como propôs o ministro Fux – desta relação federativa ambígua” (BRASIL, 2015:25).

No mesmo sentido, a Ministra Presidente Cármen Lúcia registrou: “acho que tudo isso vem no fluxo do que afirma o Ministro Luiz Fux. Quer dizer, essa questão da federação quanto à competência legislativa ainda não tem um veio único e consolidado, até na nossa jurisprudência que precisa mesmo ser reforçada” (BRASIL, 2015:24).

Por fim, a Ministra Cármen Lúcia considera as competências dos Estados nas constituintes, as quais inicialmente eram altas. Todavia, por exemplo, na Constituinte de 1946, discutia-se a falta de autonomia dos Estados. A Ministra cita a Lei de Licitações, como exemplo, cuja competência é entregue aos Estados:

“Os Estados têm as suas leis de licitações que, muitas vezes, apenas repetem sem exercer, inclusive, a autonomia, tal a prática contumaz de

se ter questionamentos quando se inova de alguma forma, como se tem neste caso de Santa Catarina.

Considero essa reflexão, que é feita a partir dos princípios e dos fundamentos do voto do Ministro-Relator, da maior importância e da maior significação. Voltemos a isso para evitar que essa tendência histórica acabe por frustrar as entidades federadas no exercício de suas competências (BRASIL, 2015:31-32).

Como apontado pela Ministra Cármen Lúcia, no mesmo sentido, Cury, Horta e Fávero (1996) afirmam que, na Constituinte de 1891, os dispositivos constitucionais incumbiram aos governos estaduais e locais a esfera do ensino primário, dando continuidade a uma espécie de federalismo educacional. Na Constituinte de 1934, contudo, segundo os autores, o Governo Federal poderia interferir na educação como um todo, competindo-lhe traçar as diretrizes da educação nacional, sendo exceção o princípio da autonomia e da descentralização.

Assim, os Ministros do STF salientaram nessa Ação Direta de Inconstitucionalidade a necessidade de fortalecer as iniciativas normativas regionais e locais, as quais apresentam traços históricos, tendo em vista que é possível notar uma espécie de “federalismo sem poder” em relação aos estados e municípios.

O Ministro Relator apontou precedentes do STF no sentido de que é legítima a atuação dos Estados na competência suplementar em matéria de educação, os quais podem ser mencionados:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 9164/95. ESCOLA PÚBLICA ESTADUAL. ENSINO DE EDUCAÇÃO ARTÍSTICA. FORMAÇÃO ESPECÍFICA PARA O EXERCÍCIO DO MAGISTÉRIO. LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. INICIATIVA PARLAMENTAR. VÍCIO FORMAL. INOCORRÊNCIA. 1. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Iniciativa. Constituição Federal, artigo 22, XXIV. Competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional. 2. Legislação estadual. Magistério. Educação artística. Formação específica. Exigência não contida na Lei Federal 9394/96. Questão afeta à legalidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente em parte (BRASIL, 2004).

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DO PARANÁ 9.346/1990. MATRÍCULA ESCOLAR ANTECIPADA. ART. 24, IX E PARÁGRAFO 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA CONCORRENTE PARA LEGISLAR SOBRE EDUCAÇÃO. A lei paranaense 9.346/1990, que faculta a matrícula escolar antecipada de crianças que venham a completar seis anos de idade até o final do ano letivo de matrícula, desde que preenchidos determinados requisitos, cuida de situação excepcional em relação ao que era estabelecido na lei federal sobre o tema à época de sua edição (lei 5.692/1971 revogada pela lei 9.394/1996, esta alterada pela lei 11.274/2006). Atuação do Estado do Paraná no exercício da competência concorrente para legislar sobre educação. Ação direta julgada improcedente (BRASIL, 2007).

Assim, observa-se uma tendência do STF em reforçar a competência suplementar dos Estados no âmbito da educação. Todavia, como afirmado pela Ministra Cármen Lúcia, ainda não é um veio consolidado, uma vez que é necessária a solidificação de uma jurisprudência que trate a questão da federação e competência legislativa.

Nesse aspecto que é possível ressaltar a importância da ADI 4.060 – SC, a qual, como até afirmado pelos Ministros Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, constitui um importante precedente no prestígio da competência normativa dos Estados em relação à educação, tendo como fundamento o federalismo.

Para corroborar com essas declarações, em pesquisa no sítio eletrônico do STF³, é possível encontrar dois julgados, temporalmente posteriores à ADI nº 4.060, os quais a utilizam como precedente em matéria de educação e competência legislativa, respectivamente, em 2016 e 2017:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI NACIONAL N. 9.424/1996. PLANO DE CARREIRA E REMUNERAÇÃO DO MAGISTÉRIO. MATÉRIA RESERVADA À COMPETÊNCIA DOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE PRAZO. CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA PARCIALMENTE À UNANIMIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Nos termos do art. 24, inc. IX,

3. A pesquisa no sítio eletrônico foi realizada em agosto de 2017.

da Constituição da República, não compete à União definir prazo para Estados, Distrito Federal e Municípios organizarem os respectivos planos de carreira e remuneração do magistério. Precedentes. 2. Ação julgada parcialmente procedente (BRASIL, 2016).

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL. CONCESSÃO DE BOLSAS DE ESTUDO A PROFESSORES. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE (ART. 24, IX, DA CRFB/88). COMPREENSÃO AXIOLÓGICA E PLURALISTA DO FEDERALISMO BRASILEIRO (ART. 1º, V, DA CRFB/88). NECESSIDADE DE PRESTIGIAR INICIATIVAS NORMATIVAS REGIONAIS E LOCAIS SEMPRE QUE NÃO HOVER EXPRESSA E CATEGÓRICA INTERDIÇÃO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO REGULAR DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. INSTITUIÇÃO UNILATERAL DE BENEFÍCIO FISCAL RELATIVO AO ICMS. EXIGÊNCIA CONSTITUCIONAL DE PRÉVIO CONVÊNIO INTERESTADUAL (ART. 155, § 2º, XII, 'g', da CRFB/88). DESCUMPRIMENTO. RISCO DE DESEQUILÍBRIO DO PACTO FEDERATIVO. GUERRA FISCAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO, COM EFEITOS EX NUNC. 1. O princípio federativo reclama o abandono de qualquer leitura inflacionada e centralizadora das competências normativas da União, bem como sugere novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal. 2. A *prospectiveoverruling*, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, possibilita ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura *prima facie* em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, viabilizando o prestígio das iniciativas regionais e locais, ressalvadas as hipóteses de ofensa expressa e inequívoca de norma da Constituição de 1988. 3. A competência legislativa de Estado-membro para dispor sobre educação e ensino (art. 24, IX, da CRFB/88) autoriza a fixação, por lei local, da possibilidade de concessão de bolsas de estudo a professores, em aprimoramento do sistema regional de ensino. 4. O pacto federativo reclama, para a preservação do equilíbrio horizontal na tributação, a prévia deliberação dos Estados-membros para a concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, na forma prevista no art. 155, § 2º, XII, 'g', da Constituição e como disciplinado pela Lei Complementar nº 24/75, recepcionada pela atual ordem constitucional.

5. *In casu*, padece de inconstitucionalidade o art. 3º da Lei nº 11.743/02, do Estado do Rio Grande do Sul, porquanto concessiva de benefício fiscal de ICMS sem antecedente deliberação dos Estados e do Distrito Federal, caracterizando hipótese típica de exoneração conducente à guerra fiscal em desarmonia com a Constituição Federal de 1988. 6. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado parcialmente procedente, conferindo à decisão efeitos *ex nunc*, a partir da publicação da ata deste julgamento (art. 27 da Lei nº 9.868/99) (BRASIL, 2017).

Na ADI 1.627, trata-se de delimitação constitucional de competências da União, Estados, Distrito Federal e municípios para legislar sobre plano de carreira e remuneração de magistério (BRASIL, 2016). A Ministra Relatora Cármen Lúcia ressalta o fortalecimento de novos campos normativos aos Estados, municípios e Distrito Federal em matéria de educação, inclusive mencionando a ADI 4.060 – SC. Contudo, a elaboração de planos de carreira e remuneração abrange não somente a competência concorrente à educação e ao ensino, mas também a organização do serviço público, regime jurídico e remuneração do pessoal. Conclui, portanto, a Relatora que exorbita da competência reservada à União, por meio do artigo 24, inciso IX da Constituição, a definição de prazos para Estados, Distrito Federal e municípios organizarem seus planos de carreira e remuneração do magistério.

Na ADI 2.663 – RS, o Ministro Relator Luiz Fux propõe o prestígio à iniciativa local em matéria de competências legislativas concorrentes em relação aos dispositivos de lei estadual que trata da concessão de bolsas para o estímulo à formação de professores em nível superior (BRASIL, 2017).

Observa-se, portanto, que precedentes como a ADI nº 4.060 – SC, bem como as citadas ADI nº 1.627 – UF e ADI nº 2.663 – RS, favorecem a correção da ideia de “federalismo sem poder” concernente às atribuições legislativas dos Estados, municípios e Distrito Federal no âmbito da educação. Nota-se, assim, que o julgador tem tendido a uma posição pró-autonomia dos entes locais no Supremo Tribunal Federal.

É inegável a dificuldade de efetivação do princípio federativo, principalmente, em razão das disparidades socioeconômicas no território brasileiro. No entanto, a partir do julgado em comento e das exposições trazidas nesse trabalho, é possível diagnosticar alguns traços persistentes na relação federalismo-competência-educação, que serão abordados nas conclusões.

Conclusão

Sinteticamente, alguns pontos são diagnosticados na matéria aqui tratada.

Ao se debruçar sobre o regime federativo, além da dificuldade existente na repartição de competência e na complexidade do federalismo, verifica-se uma variável a mais no caso brasileiro: as desigualdades entre os entes federados no país.

Ressalta-se, por outro lado, a ventilação desses temas no Supremo Tribunal Federal, como no caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.060 – Santa Catarina, em que se prestigia a iniciativa local em matéria de competências legislativas concorrentes.

O presente trabalho diagnostica esses problemas relacionados, alertando para a necessidade de mudanças a fim de que uma espécie de “federalismo sem poder” seja evitada.

Ressalta-se, nesse sentido, o precedente do STF aqui discutido, o qual, além de tratar de competência legislativa dos Estados e municípios, traz à baila a importância de empoderar a atuação desses entes a partir do próprio federalismo.

Por fim, é possível afirmar que esse julgado corrige, no caso concreto, desigualdades provenientes da concentração legislativa em torno da União na esfera da educação.

Referências bibliográficas

ABRUCIO, Fernando Luiz. A dinâmica federativa da educação brasileira: diagnóstico e propostas de aperfeiçoamento. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela de; SANTANA, Wagner (Orgs.). *Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade*. Brasília: UNESCO, 2010. p. 39-70.

_____. Federalismo e Educação no Brasil: trajetória recente e principais desafios. In: ABMP, Todos pela educação (Org.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 205-220.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.682 – Paraná*. Relator: Ministro Maurício Corrêa, Relator para acórdão: Ministro Joaquim Barbosa, Brasília, DF, julgado em: 08/03/2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&-docID=451982>>. Acesso em: 04.08/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.399* – São Paulo. Relator: Ministro Maurício Corrêa, Brasília, DF, julgado em: 03/03/2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385491>>. Acesso em: 04.08/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.627* – União Federal. Relator: Ministra Cármen Lúcia, Brasília, DF, julgado em: 18/08/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12021864>>. Acesso em: 04.08/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.663* – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, julgado em: 08/03/2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12965010>>. Acesso em: 04.08/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.060* – Santa Catarina. Relator: Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, julgado em: 25/02/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4060&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari; VILARINO, Marisa Alves. A ordenação federativa da Educação brasileira e seu impacto sobre a formação e o controle das políticas públicas educacionais. In: ABMP, Todos pela educação (Org.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 117-150.

CURY, Carlos Roberto Jamil; HORTA, José Silvério Baía; FÁVERO, Osmar. A relação educação-sociedade-estado pela mediação jurídico-constitucional. In: FÁVERO, Osmar (Org.). *A Educação nas constituintes brasileiras 1823-1988*. Campinas, SP: Autores Associados, 1996. p. 5-30.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Por um novo pacto federativo. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 23 abr. 2017. *Opinião*. Disponível em: <<http://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,por-um-novo-pacto-federativo,70001748161>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Educação Superior, Direito e Estado: Na Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/96)*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2000.

_____. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: ABMP, Todos pela educação (Org.). *Justiça pela qualidade na educação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. 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: Universidade de São Paulo, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed., ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. *Federalismo no Brasil e na Alemanha: estudo comparativo da repartição de competências legislativas e de execução*. 2016. 550 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Direito à educação e direitos na educação

em perspectiva interdisciplinar



Organização
das Nações Unidas
para a Educação,
a Ciência e a Cultura



USP

Cátedra UNESCO de
Direito à Educação – USP
Estabelecida em 2008

ISBN 978-85-53062-00-3



9 788553 062003 >