

Reflexões sobre Justiça e Educação

RICHARD PAE KIM
ALESSANDRA GOTTI
EDUARDO DESCHAMPS
CESAR CALLEGARI
SALOMÃO BARROS XIMENES
ADRIANA DRAGONE SILVEIRA
ALESSIO COSTA LIMA
CARLOS EMMANUEL JOPERT RAGAZZO
ISABEL CRISTINA VELOSO DE OLIVEIRA
JOÃO PAULO FAUSTINONI E SILVA
ÉLIDA GRAZIANE PINTO
NINA BEATRIZ STOCCO RANIERI



TODOS
PELA
EDUCAÇÃO



Reflexões sobre Justiça e Educação

© 2017 Editora Moderna.

ORGANIZAÇÃO

Todos Pela Educação
Editora Moderna

Coordenação

Priscila Cruz (Todos Pela Educação)
Luciano Monteiro (Editora Moderna)
Ricardo Falzetta (Todos Pela Educação)

Artigos

Adriana Dragone Silveira
Alessandra Gotti
Alessio Costa Lima
Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo
Cesar Callegari
Eduardo Deschamps
Élida Graziane Pinto
Isabel Cristina Veloso de Oliveira
João Paulo Faustinoni e Silva
Nina Beatriz Stocco Ranieri
Richard Pae Kim
Salomão Barros Ximenes

Edição

Ricardo Falzetta

PRODUÇÃO EDITORIAL

Editora Moderna

Diretoria de Relações Institucionais

Luciano Monteiro
Karyne Arruda de Alencar Castro

Coordenação e edição

Ana Luisa Astiz

Revisão

Luciana Passos
Maria A. Medeiros

Projeto gráfico

Paula Astiz

Editoração eletrônica

Paula Astiz Design

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Reflexões sobre justiça e educação / [organização Todos pela Educação,
Editora Moderna]. — 1. ed. — São Paulo : Moderna, 2017.

Bibliografia
ISBN 978-85-16-10837-3

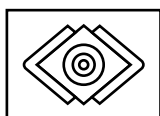
1. Direito à educação – Brasil 2. Educação básica – Brasil 3. Educação
– Aspectos sociais – Brasil 4. Justiça social – Brasil I. Todos pela Educação.
II. Editora Moderna.

17-10668

CDD-370

Índices para catálogo sistemático:
1. Reflexões sobre ensino : Educação 370

Reflexões sobre Justiça e Educação



TODOS
PELA
EDUCAÇÃO



TODOS PELA EDUCAÇÃO

Conselho de Governança

Denise Aguiar Alvarez
Presidente

Ana Amélia Inoue
Ana Maria dos Santos Diniz
Antonio Cesar Russi Callegari
Antônio Jacinto Matias
Beatriz Johannpeter
Fábio Colleti Barbosa
Fernando Luiz Abrucio
Jair Ribeiro da Silva Neto
Jefferson Ricardo Romon
José Francisco Soares
José Roberto Marinho
Lázaro Ramos
Luciano Dias Monteiro
Luís Norberto Pascoal
Mozart Neves Ramos
Paulo Sérgio Kakinoff
Ricardo Manuel dos Santos Henriques
Rodolfo Villela Marino

Mantenedores do Todos Pela Educação

DPaschoal
Fundação Bradesco
Fundação Itaú Social
Fundação Lemann
Fundação Telefônica
Gerdau
Gol Linhas Aéreas
Instituto Natura
Instituto Península
Instituto Unibanco
Instituto Votorantim
Itaú BBA
Suzano Papel e Celulose

Conselho de fundadores

Jorge Gerdau Johannpeter
Daniel Feffer
Danilo Santos de Miranda
Fernão Bracher
Jayme Sirotsky
Luiz Paulo Montenegro
Milú Villela
Viviane Senna
Wanda Engel Aduan

Equipe Executiva

Priscila Cruz
Presidente-Executiva

Maria Lucia Meirelles Reis
Diretora Administrativo-Financeira

Olavo Nogueira Filho
Diretor de Políticas Educacionais

Rodolfo Araújo
Diretor de Comunicação e Conteúdo

Gabriel Barreto Corrêa
Gerente de Políticas Educacionais

Mariana Mandelli
Coordenadora de Comunicação e Conteúdo

Adriana Manarim
Alessandra Fujinaga
Aline Gomes Silva
Ana Paula Araujo
Bárbara Benatti
Caio de Oliveira Callegari
Carolina Carvalho Fernandes
Claudiane Freitas Mendes Cyrino
Claus Hansen
Denise Crescencio
Diana Santana Gomes Lima
Fernando Rufino
Karin Kakazu
Maria Laura Gomes Lopes
Pricilla Kesley Honorato
Rogério Monaco
Thales Ambrosini
Vanessa Souto

7

Prefácio:
Fomentar o debate sobre o fenômeno
da judicialização da Educação no Brasil

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI

11

Apresentação:
Reflexões sobre Justiça e Educação

PRISCILA CRUZ
LUCIANO MONTEIRO

17

O direito social à Educação
e a jurisprudência da Suprema Corte do Brasil:
o garantismo e a negação ao ativismo judicial

RICHARD PAE KIM

43

Um retrato da judicialização
da Educação Básica no Brasil

ALESSANDRA GOTTI

61

Justiça, Educação e o papel do CNE
no equilíbrio entre os Poderes

EDUARDO DESCHAMPS

67

A judicialização da Educação Infantil
no Brasil

CESAR CALLEGARI

79

Judicialização da Educação:
riscos e recomendações

SALOMÃO BARROS XIMENES
ADRIANA DRAGONE SILVEIRA

85

Apenas a judicialização garante a oferta
ou a qualidade da Educação?

ALESSIO COSTA LIMA

93

Plano Nacional de Educação:
desafios de governança e *accountability*

CARLOS EMMANUEL JOPERT RAGAZZO
ISABEL CRISTINA VELOSO DE OLIVEIRA

103

O Ministério Público
e o direito à Educação

JOÃO PAULO FAUSTINONI E SILVA

115

O controle do gasto mínimo em Educação
e do cumprimento das metas e estratégias do PNE
pelo Ministério Público de Contas

ÉLIDA GRAZIANE PINTO

123

Panorama da judicialização do direito à Educação
no Supremo Tribunal Federal entre 2000 e 2015

NINA BEATRIZ STOCCO RANIERI

Prefácio: Fomentar o debate sobre o fenômeno da judicialização da Educação no Brasil

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI

Vice-Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF).

O movimento Todos Pela Educação, no cumprimento de sua alta missão de contribuir com o país para a melhoria da Educação pública, contando com o importante apoio da Fundação Santillana e da Editora Moderna, vem, com este trabalho técnico e científico, fomentar o debate sobre o fenômeno da judicialização da Educação no Brasil, trazendo a lume aprofundadas pesquisas e estudos da mais alta qualidade no âmbito do Direito Educacional. O resultado desse valioso trabalho está condensado na presente obra coletiva, intitulada *Reflexões sobre Justiça e Educação*, a qual tenho a honra de prefaciar.

É inegável a importância da Educação para o ser humano, para a sociedade e para o país. Entretanto, a Educação não pode ser apenas um ideal ou uma promessa: precisa ser um direito realizado. Há que se combater as violações desse direito fundamental, que têm ocorrido em diversos níveis e têm impossibilitado que os desideratos constitucionais sejam satisfatoriamente alcançados, quais sejam, “o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205, caput, CF).

Não há como negar que tivemos avanços significativos desde a Constituição Federal de 1988 nas políticas educacionais em nosso país, tendo havido efetivo aumento dos gastos sociais em Educação e em programas de transferência de recursos (SILVEIRA, F. G., FERREIRA, J. Equidade fiscal no Brasil: Impactos Distributivos da Tributação e do Gasto Social, Ipea, Comunicado nº 92, Brasília, 2011), com progressos significativos na universalização do acesso à Educação Básica.

Entretanto, infelizmente, o cenário educacional no Brasil ainda não é nada confortável. Pelo contrário, não só o acesso de nossas crianças e jovens aos serviços educacionais continua insuficiente, principalmente em razão do déficit de vagas existente na Educação Infantil, como continua comprometida a qualidade de nossa Educação, conforme se extrai de todos os indicadores recentes do país (Saeb e Ideb).

Como bem lembrado pela boa doutrina constitucionalista, a essencialidade da Educação no regime jurídico brasileiro, relacionada à dignidade da pessoa humana, revela-se, em especial, na livre manifestação do pensamento, na liberdade de escolha e de reunião, no direito de petição, de voto, à autonomia do indivíduo na sociedade e à democracia, e deve ter como finalidade precípua o pleno desenvolvimento humano, seja por intermédio da iniciativa privada ou de ações positivas do Estado (TAVARES, André Ramos. Verbete 'Educação'. In: Dimoulis, Dimitri (coord.). *Dicionário brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 154-155).

De ambas as perspectivas, a realidade do nível de ensino de um país “condicion[a] decisivamente o regime jurídico-constitucional do estatuto positivo dos cidadãos” e constitui o pressuposto dos direitos fundamentais da sociedade (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 473). Evidentemente que, se o real nível do ensino se mantém em patamar aquém daquele garantido constitucionalmente, a correção pode-se dar – quando a realidade também a torne possível – por meio de tutelas estatais, dentre elas, a decisão judicial.

Dada uma Constituição analítica como a nossa, que contém os princípios que regem o direito social à Educação, as regras que definem o funcionamento das políticas públicas educacionais da nação e as competências e obrigações dos entes administrativos, é esperado que o controle jurisdicional dessas políticas públicas – inclusive em função do ampliado controle difuso de constitucionalidade em vigor no sistema jurídico brasileiro – viabilize e amplifique a tutela judicial de direitos fundamentais, inclusive quando comprovada a ocorrência de omissões abusivas do Estado.

Esse entendimento, inclusive, tem prevalecido na jurisprudência da Suprema Corte, como já assentei, diversas vezes, em minhas decisões monocráticas e votos, quando afirmo que “a Educação é direito fundamental do cidadão, assegurada pela Constituição da República, e deve não apenas ser preservada, mas, também, fomentada pelo Poder Público e pela sociedade, configurando a omissão estatal no cumprimento desse mister um comportamento que deve ser repellido pelo Poder Judiciário”, podendo

esse “efetuar o controle judicial dos atos administrativos quando ilegais ou abusivos.” (AI nº 658.491-AgR, Primeira Turma, de minha relatoria, j. em 20/3/12).

Da mesma maneira, já salientei, na decisão proferida no AI nº 658.491, que o art. 205 da Constituição Federal afirma a Educação como direito de todos, e o art. 208, inciso I, da Constituição Federal, em complemento, estipula como dever do Estado a efetivação da Educação mediante a garantia de “ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria”. Dessa forma, é patente que o Poder Público, incluídas todas as unidades federadas, deve garantir a observância irrestrita da Constituição, não podendo se furtar aos deveres constitucionais sob fundamentos supostamente extraídos do próprio texto constitucional.

Cabe sempre ao Poder Judiciário, pois, analisar a legalidade do ato administrativo quando o ente político descumprir os encargos político-jurídicos que sobre ele incidem, comprometendo, assim, com sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais assegurados pela Constituição Federal.

Os diagnósticos oficiais ainda apresentam alguns quadros preocupantes. Conforme se extrai dos dados oficiais mais recentes: a) 75% das crianças menores de 4 anos de idade não estão frequentando creches ou escolas (Fonte: Pnad/IBGE 2015); b) o índice de conclusão do Ensino Fundamental é de 76%, e o do Ensino Médio, de apenas 59%, ou seja, um grave cenário que indica que quatro em cada dez jovens de 19 anos de idade não concluem o Ensino Médio (Fonte: Pnad/IBGE 2015. Elaboração: Todos Pela Educação); c) o índice de evasão escolar no Ensino Médio é de 11,2%, enquanto que, no Ensino Fundamental, é de 3,6% (Fonte: Inep/MEC, divulgado em 2017 com base nos dados de 2014-2015) e; d) os indivíduos brancos ainda têm uma média de anos de estudos (10,8 anos) superior à dos negros (9,5 anos) (Fonte: Pnad/IBGE 2015. Elaboração: Todos Pela Educação).

Penso que o Sistema de Justiça tem contribuído para garantir, dentro de sua competência e sem ultrapassar os limites da separação de poderes, ainda que em um espectro reduzido, diante dos diversos limites subjetivos das partes e dos interesses individuais ou transindividuais envolvidos em cada processo judicial, que haja o pleno acesso ao sistema de ensino; atendimento igualitário – inclusive a pessoas com deficiência e a crianças e adolescentes em situações de risco –; e redução das desigualdades, mediante reconhecimento da constitucionalidade e da legalidade de ações afirmativas.

Se é correto afirmar que o grau de Educação dos indivíduos não necessariamente gera o desenvolvimento econômico de um país nem garante a riqueza dos que foram adequadamente educados, por outro lado, não há como negar que a Educação é um dos grandes redutores de desigualdade econômica e social (cf. LUSTIG, N., PESSINO, C., SCOTT, J. 2013. The impact of taxes and social spending on inequality and poverty in Argentina, Bolivia, Brazil, Mexico, Peru and Uruguay: an overview. CEQ Working Paper n. 13 e COMIN, 2015; Desenvolvimento econômico e desigualdades no Brasil: 1960-2010. In: Arretche, M. *Trajetórias das desigualdades: como o Brasil mudou nos últimos cinquenta anos*. Centro de Estudos da Metrópole – CEM. São Paulo: Editora Unesp, 2015).

A aprofundada pesquisa central desta obra, baseada, fundamentalmente, nas decisões dos principais tribunais do país, inclusive do Supremo Tribunal Federal, acrescida dos artigos de autoridades da área do Direito Educacional, resultou em uma obra densa, de consulta obrigatória pelos estudiosos do Direito, da Educação e da sociedade. O trabalho possibilitará, sem dúvida, o adequado aprofundamento das reflexões sobre o papel não só do Judiciário, mas do administrador e da sociedade, na construção de todo o nosso sistema educacional, que, por ora, ainda se apresenta anacrônico e em formação.

Cumprimento todos os atores e instituições envolvidos na pesquisa e na realização desta obra, que traz o selo do movimento Todos pela Educação, que, juntamente com seus colaboradores e parceiros, tem buscado trazer mudanças positivas para a Educação brasileira, a pedra angular de nosso desenvolvimento humano, social e econômico.

Boa leitura. Bons estudos.

Brasília, DF, outubro de 2017.

Apresentação: Reflexões sobre Justiça e Educação

PRISCILA CRUZ

Presidente executiva do Todos Pela Educação.

LUCIANO MONTEIRO

Diretor de relações institucionais da Editora Moderna.

O Todos Pela Educação (TPE) é um movimento da sociedade civil brasileira que tem como missão engajar o poder público e a sociedade no compromisso pela efetivação do direito das crianças e dos jovens a uma Educação Básica de qualidade. Em continuidade a um trabalho iniciado em 2013 que teve como produto principal o livro *Justiça pela qualidade na Educação*, em parceria com a Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude (ABMP), o TPE reafirma seu compromisso de qualificar o debate sobre o papel do sistema de Justiça na garantia do direito à Educação de qualidade e pública, em parceria com a Editora Moderna, esta nova obra, que promove reflexões sobre a judicialização da Educação no Brasil.

Em 2016, a Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação (CNE/CEB) e a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) encomendaram à advogada Alessandra Gotti, doutora e mestre em Direito Constitucional, um estudo sobre a judicialização da Educação Básica no Brasil. Os resultados desse trabalho, apresentados aqui, levaram a autora a concluir que, para reduzir a litigância em torno dos temas analisados, entre os quais despontam a busca por vagas na Educação Infantil e o corte etário para efetivação da matrícula, o caminho é o “fortalecimento dos atos normativos do CNE e o processo de articulação e diálogo interinstitucional”. A garantia do Direito Constitucional à Educação, conforme constatou Gotti, tem sido buscada por um “Poder Judiciário intensamente mobilizado pela tutela de interesses particulares, com um perfil de litigância majoritariamente individual. As demandas

com espectro coletivo ou difuso ainda se voltam ao acesso à Educação e deparam com obstáculos processuais no caminho. É tímida a atuação por uma Educação Básica pautada por parâmetros de qualidade e, em especial, que questione os eventuais retrocessos e estagnações apontados pelos exames nacionais de avaliação de sistema”.

O estudo motivou a produção dos artigos que compõem esta publicação, escritos por especialistas da área educacional, por representantes de colegiados representativos da gestão pública e por representantes do CNE, do Supremo Tribunal Federal (STF), do Ministério Público e do Ministério Público de Contas.

No texto introdutório, o eminente juiz de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo e juiz instrutor de Gabinete do Supremo Tribunal Federal, Richard Pae Kim, apresenta uma fundamentação histórica da evolução do Direito desde o período da Revolução Francesa, passando pela formulação das primeiras cartas constitucionais no início do século XX, e pondera que, nos dias atuais, “a garantia de direitos depende muito mais dos intérpretes da norma e de seus aplicadores do que a simples menção normativa de um direito fundamental em uma Carta Constitucional ou a tentativa de definição científica de um direito como sendo ‘fundamental’ para o indivíduo ou para uma coletividade”. Em sua análise, Pae Kim recorre a recentes decisões do STF para concluir que, no tocante à jurisprudência sobre o direito social à Educação, a Suprema Corte não vem adotando o “propalado ativismo judicial” e, com isso, fica evidenciado seu “papel de garantidor dos direitos fundamentais educacionais, bem como do sistema de financiamento público da Educação e, ainda, de nosso federalismo, sem ultrapassar os limites da tradicional separação de Poderes”.

Nina Beatriz Stocco Ranieri, professora associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e coordenadora, na mesma instituição, da Cátedra Unesco de Direito à Educação, também traçou um panorama da judicialização da Educação no STF, porém com foco no período de 2000 a 2015. Ranieri identifica duas fases nesse período. Na mais antiga, as demandas diziam mais respeito às questões de acesso à escola. Mais recentemente, o perfil das ações esteve mais ligado aos direitos de liberdade na Educação. Ela conclui que “a jurisprudência da Corte consolidou a tendência de determinar a execução, pelas autoridades competentes, de políticas públicas constitucionais, o que é muito positivo em termos de diminuição de desigualdades”. Porém, a autora ressalta que o ativismo do Poder Judiciário só leva a resultados concretos se os demais poderes

atuarem no mesmo sentido. Caso contrário, há o risco de fragmentação das políticas.

No âmbito dos estados e municípios, os embates judiciais têm gerado situações desafiadoras. Presidente do CNE e secretário de Educação de Santa Catarina, o professor Eduardo Deschamps apresenta em seu artigo o dilema do gestor público educacional em relação ao tema da judicialização. Por um lado, segundo Deschamps, o gestor se vê na obrigação de cumprir as inúmeras decisões judiciais (nos últimos cinco anos, em Santa Catarina, foram 699, apenas no âmbito do Ministério Público Estadual). Por outro, se depara com “a necessidade de planejamento, os limites orçamentários e a capacidade operacional do serviço público”. Deschamps acrescenta que um emaranhado legal, “muitas vezes de difícil interpretação ou aplicação, impede uma gestão eficiente dos recursos públicos”. E conclui que, para se chegar a um equilíbrio salutar ao direito expresso na Carta Magna, é necessário buscar “o diálogo entre as partes, em vez da disputa judicial”, o que configuraria um “instrumento mais adequado para a garantia dos direitos dentro dos limites que o Estado brasileiro apresenta”. Como proposição, Deschamps atribui um novo papel ao CNE, de mediador dessa interlocução.

Conselheiro do CNE, o sociólogo e ex-secretário de Educação Básica do Ministério da Educação (MEC), Cesar Callegari, analisa em seu artigo a questão específica da judicialização na Educação Infantil, com especial atenção às ações propostas em relação à garantia da matrícula em creche. Seguindo também pela via do equilíbrio entre a garantia dos direitos e as condições que se impõem à administração pública, Callegari propõe “o diálogo prévio: um entendimento formal entre os Poderes compreendendo direitos, objetivos, metas, limites, recursos, responsabilidades, prazos e sistemas de acompanhamento e controle social”. Em sua análise, Callegari critica os casos de municípios que, para atender às demandas judiciais, “acabam optando por expandir sua rede de creches por meio de convênios com entidades não governamentais. Trata-se, em geral, de um caminho mais rápido e frequentemente mais barato de ampliar o atendimento. Porém, nem sempre com os mais adequados padrões de qualidade e condições de formação e de trabalho dos seus profissionais”.

Como alternativa exemplar, Callegari relata o caso do Tribunal de Justiça de São Paulo, que determinou, no final de 2013, “que o município de São Paulo criasse, entre os anos de 2014 e 2016, com base em meta inserida no Programa de Metas do Poder Executivo, no mínimo 150 mil novas va-

gas em creches e em pré-escolas para crianças de 0 a 5 anos de idade”. Tal programa vem sendo acompanhado por um comitê de monitoramento de composição plural, com ampla participação da sociedade e dos operadores do Direito. A decisão acertada, segundo o conselheiro, concentra-se “na dimensão das macropolíticas e não no varejo de atendimentos singulares, conquanto numerosos e sempre relevantes”. Por isso, teria inspirado um grande número de outros municípios a propor caminho semelhante em seus planos municipais de Educação, recém-sancionados conforme determinação do Plano Nacional de Educação (PNE).

É o PNE, por sua vez, que o professor de Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do ABC (UFABC), Salomão Ximenes, em parceria com Adriana Silveira, professora de Política Educacional na Universidade Federal do Paraná (UFPR), define como um “guia seguro de atuação” para que o trabalho do sistema de Justiça se circunscreva ao que consideram o lado bom da judicialização. Ou seja, uma atuação que venha a “promover maior democratização e qualificação da Educação pública, desde a ampliação do acesso até a implementação real do Custo Aluno-Qualidade (CAQ) e o respeito às garantias legais e constitucionais de financiamento”. O contraponto ruim, segundo os autores, é a judicialização que busca a imposição de mecanismos burocráticos prejudiciais aos processos pedagógicos. Ximenes e Silveira defendem ainda uma atuação do sistema de Justiça que fortaleça a participação e o controle social na Educação, “exigindo dos Poderes públicos o respeito aos instrumentos democráticos e procedimentais já instituídos nesse sentido, como os grêmios e organizações estudantis, os conselhos escolares e os conselhos de Educação, bem como os fóruns e as conferências de Educação instituídos na Lei do PNE”.

Na realidade da esfera municipal, os desafios de financiamento da Educação decorrentes das desigualdades regionais de arrecadação e da falta de regulamentação de um efetivo regime de colaboração entre os entes federados, segundo Alessio Costa Lima, presidente da União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (Undime), potencializam os efeitos negativos da judicialização crescente no país. Ao não cumprir no prazo estabelecido o artigo 13 do PNE, que pede a instituição do Sistema Nacional de Educação, “o Brasil perdeu a oportunidade de organizar o regime de colaboração na área da Educação que poderia unificar normas, definir a relação entre os entes federados, pactuar responsabilidades e organizar o funcionamento dos sistemas de ensino”, afirma Lima, que também é dirigente municipal de Alto Santo (CE). No caso das ações relacionadas ao

acesso à Educação Infantil, ele critica o fato de o Ministério Público não considerar esse contexto e “resumir o não atendimento das demandas à vontade ou à incapacidade política da gestão”.

Também em artigo escrito a quatro mãos, o professor Carlos Ragazzo e a pesquisadora Isabel de Oliveira, ambos da Fundação Getulio Vargas (FGV-Direito Rio) vão ainda mais fundo na defesa do PNE como potencial instrumento de fortalecimento do controle social da Educação. Como alternativa às ações judiciais, os autores apontam um caminho que integre instrumentos de gestão, transparência, avaliação intragovernamental e controle social. “Como o arcabouço jurídico brasileiro ainda não é suficientemente desenvolvido para dar força ao PNE, e um modelo que dependa de judicialização constante não necessariamente conseguirá reverter o status das metas, é preciso desenvolver melhorias sobretudo em relação à governança na coordenação e no acompanhamento das mesmas. É preciso, também, ampliar o diálogo institucional e com a sociedade civil, para favorecer o aprimoramento dos mecanismos de fiscalização e a mobilização da população”, defendem.

O financiamento da Educação e o cumprimento das metas do PNE também são temas centrais do artigo de autoria da procuradora do Ministério Público de Contas de São Paulo, Élide Graziane Pinto. Já na abertura de seu texto, ela defende que “pensar a judicialização da Educação em um contexto de crise fiscal como a que temos vivido é enfrentar o fato de que, uma vez ausente, insuficiente ou mal gerido o custeio da manutenção e do desenvolvimento do ensino público, será o próprio direito fundamental à Educação que perecerá”. A promotora alerta com veemência que “cabe controle de conformidade constitucional quanto a qualquer retrocesso decorrente da incidência do ‘Novo Regime Fiscal’ de que trata a Emenda 95/2016”, que estabelece teto de gastos da União por um período de 20 anos. Ela vai além, ao defender a “responsabilização da União pela sua omissão na regulamentação do padrão mínimo de qualidade do ensino a que se referem os artigos 74 da LDB e 206 VII da Carta de 1988, bem como determinam as Estratégias 20.6, 20.7, 20.8 e 20.10 do PNE”.

O promotor de Justiça João Paulo Faustini e Silva, integrante do Grupo de Atuação Especial de Educação do Ministério Público do Estado de São Paulo, enfatiza que, com a Constituição de 1988, o “quadro normativo, constitucional, com a valorização dos direitos sociais, fortalecimento dos instrumentos processuais de tutela coletiva e legitimação do Ministério Público com o dever de atuar para a concretização daqueles, impulsionou,

em um primeiro momento, a chamada judicialização de temas relacionados ao Direito Educacional.” Mas constata mais adiante que “a experiência tem revelado, todavia, certo esgotamento dos modelos tradicionais de judicialização das políticas públicas educacionais, situação que exige análise crítica para o necessário aperfeiçoamento institucional do Ministério Público”. Em sua conclusão, Faustinoni propõe a criação de Promotorias de Justiça Regionais e Especializadas em Direito à Educação como possibilidades de aprimoramento e de inibição de iniciativas desarticuladas e, por vezes, contraditórias.



O direito social à Educação e a jurisprudência da Suprema Corte do Brasil: o garantismo e a negação ao ativismo judicial

RICHARD PAE KIM

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Juiz Instrutor de Gabinete no Supremo Tribunal Federal. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-doutorado em Políticas Públicas e Sistemas Educacionais pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). É professor do curso de mestrado da Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep-SP).

Introdução

Neste ano, comemorou-se o centenário da promulgação da Constituição liberal mexicana (*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, de 5 de fevereiro de 1917), que elevou a proteção dos direitos sociais a um novo patamar. Inaugurado com a Carta mexicana, o processo moderno de constitucionalização dos países pode ser considerado relativamente novo, se o compararmos com a história das nações a contar do *Anno Domini* ou, ainda, se a referência for a definição das nações fundadas no nacionalismo e em uma monarquia constitucional, ocorrida após a queda da Bastilha, em 14 de julho de 1789.

A institucionalização dos direitos fundamentais pela via das Cartas Constitucionais possibilitou, sob o aspecto formal, uma efetiva normatização interna desses direitos, em especial, com a Constituição da República de Weimar (1919-1933). A *Weimarer Verfassung*, além de ter dado uma fisionomia democrática e liberal ao então império alemão, acabou por garantir direitos individuais e de defesa do trabalhador, como já havia feito a Carta mexicana.

Os direitos fundamentais têm origem histórica na instrumentalização de institutos de proteção ao indivíduo frente à atuação do Estado. Ao longo do tempo, houve mudanças nas relações entre Estado e sociedade, e

o Estado contemporâneo passa a ser o principal ator garantidor de direitos fundamentais, em especial para arbitrar e resolver hipóteses em que um indivíduo viola direitos de outro indivíduo.

Queiram ou não, o Poder Judiciário, como órgão estatal, passou a ser o garantidor de todos os direitos, fundamentais ou não, e, em muitas hipóteses, tornou-se a instância máxima para a definição de litígios. Certo é que, sob o aspecto qualitativo, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais sofreram uma valorização, e recentemente muitos começam a dar atenção ao viés quantitativo dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, antigos debates reemergem, em particular quanto ao critério a ser utilizado para determinar se um direito é, efetivamente, fundamental. O filósofo italiano Norberto Bobbio (1909-2004) chegou a apontar quatro dificuldades em se adotar critérios substantivos para a definição de direitos fundamentais¹: a) a expressão “direitos do homem” possui conteúdos difíceis de definir, porquanto desprovida de conteúdos objetivos e, quando estabelecida, traz uma diversidade de possibilidades interpretativas, dependendo das posições ideológicas dos intérpretes e dos valores que permeiam as inúmeras situações; b) a constante mutação histórica e axiológica dos direitos fundamentais, de acordo com as necessidades e os interesses na sociedade dentro de um contexto temporal e situacional; c) é difícil obter um fundamento absoluto para os direitos fundamentais, diante não só da heterogeneidade existente, mas também porque os próprios direitos fundamentais podem ser conflitantes entre si; d) a percepção de que existem alguns direitos fundamentais que configuram liberdades. Muitas vezes, tais liberdades exigem do próprio Estado uma obrigação negativa, em antinomia a outros, que compreendem o exercício de Poderes estatais e necessitam de uma atitude positiva para a busca de sua efetividade. Portanto, torna-se muito difícil inferir pela existência de um fundamento político-jurídico absoluto e idêntico para todas as espécies, não havendo como construir um liame entre direitos antagônicos, pois, segundo Bobbio, “quanto mais aumentam os Poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos”².

1. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 20.

2. Op. cit. p. 21.

Diante dessas dificuldades, não por outra razão, contrariando inclusive o jurista e filósofo alemão Carl Schmitt (1888-1985), que chegou a defender uma tese substancial e material de direito fundamental, o jurista Robert Alexy, compatriota de Schmitt, acabou por construir, dentro de uma concepção do Direito alemão, a “teoria dos direitos fundamentais”, e sucumbiu aos argumentos dos juristas que sustentam só ser possível adotar uma tese formal, entendendo que cada nação há de adotar, em sua Carta, as escolhas políticas na definição de seus direitos fundamentais, bem como as hipóteses de eventuais restrições.

Penso que assim fez bem o ilustre jurista alemão. A garantia de direitos depende muito mais dos intérpretes da norma e de seus aplicadores do que a simples menção normativa de um direito fundamental em uma Carta Constitucional ou a tentativa de definição científica de um direito como sendo “fundamental” para o indivíduo ou para uma coletividade. A conclusão nos parece óbvia quando verificamos que mesmo os países que sucumbiram a um regime ditatorial possuem respectivas constituições com garantias explícitas desses direitos qualificados. Por outro lado, países inclusive com tradição jurídica consuetudinária – pura ou temperada – acabam por garantir, efetivamente, esses direitos.

Até que ponto, diante da adoção de uma teoria formal na determinação de direitos fundamentais, ocorrerá um maior ou menor grau do nível de “garantismo” em um determinado sistema jurídico? Qual o resultado prático desse raciocínio, em se tratando de um direito fundamental social? No nosso estudo, faremos uma breve análise da jurisprudência da Suprema Corte brasileira sobre o direito social à Educação para buscar responder se vem ocorrendo o propalado ativismo judicial nos julgamentos por esse Tribunal nessa matéria. Esses são alguns dos desafios postos para este singelo trabalho.

Os direitos fundamentais e suas dimensões: a relação entre o público e o privado

Como é de todos sabido, o lema da Revolução Francesa veio profetizar o que poderia ser uma sequência evolucionária da institucionalização dos direitos fundamentais, de que decorre sua divisão em três gerações, hoje reconhecidas como “dimensões”, quais sejam, os direitos de liberdade, de igualdade e de fraternidade. Essa evolução caminha *pari passu* com a pró-

pria evolução das Constituições, como bem sustentaram Norberto Bobbio, o jurista tcheco-francês Karel Vasak (1929-2015) e o jurista mineiro Cançado Trindade³.

Os direitos de primeira dimensão correspondem aos direitos de liberdade, que de início eram apenas do indivíduo, do ser humano, e que, com o tempo, acabaram por alcançar uma proteção ampliada, em que seu titular passou a ser também uma coletividade e, em determinados casos, a sociedade, como um ente legitimado, contemporaneamente tratados como sendo direitos difusos de todos.

Os direitos de liberdade não se referem apenas aos direitos civis e políticos, mas aos individuais e de toda a sociedade, servindo como elementos jurídicos de resistência, de oposição contra a vontade estatal e também contra aqueles que possuem Poderes econômicos, políticos e sociais.

Uma observação nos parece de extrema importância. A visão de que exista um Estado ditador, violador de direitos, a merecer perpétuo distanciamento pelas pessoas de “bem”, não pode mais ser considerada fator perene, universal e tratada como uma verdade absoluta. Há que se considerar que as escolhas não são fáceis, por parte do legislador, e em especial por parte do Executivo, pois além dos fatores jurídicos, fáticos, e políticos, terão que fazer opções dentro de uma discricionariedade dada pela lei. Há um conteúdo intrínseco na Constituição de determinado país sobre cada direito fundamental. Desde que sejam respeitados os limites ou restrições impostas pela norma maior, é permitido aos gestores públicos e aos legisladores manejar os interesses do país.

A aplicação da norma pode ou não ser cartesiana, pois há um elemento essencial: as normas são aplicadas às relações humanas e o componente humanístico deverá ser considerado, na determinação das obrigações, bem como na identificação e garantia de direitos fundamentais. Isso não significa que o cuidado perante as arbitrariedades do Estado deva ser posto de lado, ou que a sociedade possa baixar a guarda, para usarmos uma expressão do mundo do esporte, *lower the guard*.

3. As autorias desses enfoques foram bem explicitadas pelo jurista Antônio Augusto Cançado Trindade em sua fala no “Seminário direitos humanos das mulheres: a proteção internacional”. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/canca-dotrindade/cancado_bob.htm (acesso em: 3/3/2017).

Esses “direitos-liberdades”, como salientado pelo jurista francês Jean Rivero⁴ (1910-2001), trazem no seu conteúdo essencial o aspecto negativo, dirigidos a uma abstenção estatal quanto ao exercício das liberdades individuais, coletivas e sociais. É claro que isso não implica obstrução ao exercício do poder de polícia da administração pública ou a possibilidade de uma normatização legislativa, ou mesmo a regulação administrativa, mormente quando há o respeito aos direitos fundamentais na busca de uma ordem comum, um bem-estar da coletividade.

Os italianos Bobbio e Luigi Ferrajoli já acentuavam que tais direitos reservam ao indivíduo uma esfera de liberdade “em relação ao” Estado e, no caso dos direitos políticos, concedem uma liberdade “no” Estado, pois permitem uma participação generalizada e real dos membros da sociedade no exercício do poder. Aqui são incluídos, como direitos fundamentais de primeira dimensão, os direitos à vida; à liberdade – inclusive de manifestação, de locomoção e de associação; à intimidade; ao impedimento de que alguém seja preso sem o devido processo legal e sem lei que previamente defina o crime e a sanção; o direito de igualdade de tratamento *lato sensu* (isonomia), em especial, pela própria lei; bem como o direito ao exercício do poder político.

Os direitos de segunda dimensão, que nos interessam para o objeto de nosso estudo, são os sociais, culturais e econômicos, decorrentes do princípio da igualdade material pela qual se busca alcançar a igualdade *stricto sensu*. São direitos que exigem determinadas prestações concretas por parte do Estado, impondo obrigações de fazer às suas instituições e órgãos. Hoje, o conteúdo jurídico e os graus de efetividade e/ou de aplicabilidade das normas que visam garanti-los têm sido objeto de intensa produção científica.

No Brasil, por exemplo, o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, que estabeleceu a autoaplicabilidade das normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais, vem sendo interpretado de forma a alcançar também os direitos sociais que, de modo geral, mas não taxativamente, estão elencados no artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal, e que também são, a toda evidência, fundamentais.

Conforme raciocínio de Norberto Bobbio, os direitos de liberdade são os que devem ser garantidos “através” ou “por meio” do Estado. É fato

4. RIVERO, Jean e MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas I*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

que os direitos fundamentais de segunda dimensão acabaram por passar por um “ciclo de baixa normatividade”, como já salientado por autores como o jurista paraibano Paulo Bonavides, ou tiveram eficácia duvidosa, eis que, diante de sua própria natureza de prestações materiais, nem sempre foram considerados resgatáveis pela sua baixa concretude, pela carência de recursos ou, ainda, pela limitação essencial de vontade política.

Sob o manto da fraternidade, passou a doutrina a considerar a existência de direitos fundamentais de terceira dimensão, muitos consistentes nos chamados direitos difusos e coletivos, transindividuais, os quais têm como objeto a proteção do ser humano, e não apenas de determinado indivíduo ou do Estado em favor da coletividade. Na lição do magistrado gaúcho Ingo Wolfgang Sarlet, lembrando o próprio Kant, há que se respeitar “o caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando inclusive a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos”⁵.

Aliás, a atribuição da denominação dos “direitos de solidariedade” ou de “fraternidade” aos direitos de terceira geração é a consequência da sua implicação universal, como é o caso do direito a um meio ambiente sustentável e equilibrado, na medida em que se deve sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral. São cinco suas principais espécies, conforme extraímos da doutrina tradicional, quais sejam: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e à comunicação. Penso que esse rol deve ser estendido, na medida em que os processos de universalização e de globalização forem se desenvolvendo, fundados em normas insculpidas em tratados e acordos internacionais.

Aqui vai uma crítica sobre a qual penso que devermos refletir com profundidade. Quando se parte do raciocínio de que incumbe ao Estado garantir todos esses direitos, em todas as suas dimensões, penso que cada vez mais nos afastamos, ainda que inconscientemente, do que é privado, do que é do indivíduo, das escolhas livres, para nos submetermos a um controle permanente do Poder Público, para uma dependência maior de todos em relação ao Estado. O império da Lei (constitucional ou infracons-

5. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55.

titucional) e a ampliação do seu controle nos levam a autorizar a intervenção cada vez maior do Estado, seja por meio do governo (Executivo), seja por intermédio do Judiciário. A pergunta crucial, portanto, é a seguinte: qual o limite dessa legitimidade que entregamos ao Estado e até que ponto a dependência do privado ao que é público impedirá o livre agir, as escolhas dos indivíduos e da sociedade?

É evidente que há problemas de gestão das verbas públicas, mas também não há como negar que há limitação de recursos (o “cobertor é curto”) e que cada vez mais tem sido difícil, inclusive aos bons gestores públicos municipais e estaduais, cumprir com todas as demandas impostas ao Poder Público, ainda que só na área da Educação. Seria viável hoje um “corte” social em termos de beneficiários dos serviços públicos de Educação? Entendo que a tese da proibição do retrocesso e as exigências da sociedade para o pleno acesso e melhoria da qualidade da Educação acabam por inviabilizar a mudança do atual sistema.

Penso, no entanto, que alguma saída há de ser pensada, pois, se é certo que ainda não conseguimos resolver o efetivo acesso de nossos cidadãos a todos os níveis educacionais, existe uma situação ainda mais perniciosa: se aqueles que estão matriculados não recebem um serviço público de qualidade, é evidente que gastaremos dinheiro à toa, na medida em que não serão cumpridos no país os objetivos da instituição do direito social à Educação, como veremos adiante.

O resultado será a armadilha de um círculo vicioso: o Poder Público deixa de prestar o serviço público de Educação de maneira adequada porque não tem dinheiro; os cidadãos e os legitimados da sociedade promovem ações individuais e transindividuais exigindo vagas e a prestação adequada desses serviços; o Judiciário condena o Poder Público a cumprir com as suas obrigações fixando multas cominatórias para o caso de descumprimentos. Assim, o Estado gasta ainda mais para manter o Sistema de Justiça para obter essas tutelas com pouca eficácia e, pior, acaba por desviar recursos públicos para cumprir decisões judiciais em prejuízo evidente ao cumprimento de outras demandas sociais.

Está mais do que na hora de romper esse ciclo e buscar mecanismos efetivos para destinar mais recursos para a área educacional, tornar mais eficiente a gestão, inclusive com a punição daqueles que se desviam da Lei, e criar um mecanismo de controle administrativo que evite a judicialização das demandas nessa relação entre o cidadão e o Poder Público.

Direitos sociais, sua eficácia e o controle pelo Poder Judiciário

Incluídos pela primeira vez na Constituição de 1934, os direitos sociais eram previstos em um título denominado “Da Ordem Econômica e Social”. Rompendo com a titulação anterior, a Constituição vigente acabou por adotar um catálogo mais amplo de direitos sociais, instituindo um capítulo próprio, “Dos Direitos Sociais”, de forma a valorizá-los.

Direitos sociais têm sido caracterizados como prestações positivas a serem proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, previstos em normas constitucionais e delimitados em seus conteúdos pelas leis infra-constitucionais, que têm como escopo melhorar as condições de vida dos hipossuficientes, dos mais fracos, e realizar a igualdade material. É evidente que, para que essa diferenciação seja legítima, deve existir o pressuposto da ausência de acesso dos cidadãos aos serviços, em virtude de condições econômicas, sociais ou até mesmo físicas.

Deve-se anotar que os direitos sociais, em vez de exigirem uma abstenção estatal, determinam uma intervenção pública efetiva para que os direitos ali assegurados sejam realizados. Assim, a intervenção é concebida não como um limite, mas como um fim do próprio Estado.

A busca pela igualdade social dos hipossuficientes é o fim precípua dos direitos de segunda dimensão. Quando os serviços públicos sociais aumentam as desigualdades, seja porque o acesso lhes é negado, seja porque a qualidade desses serviços se mostra sobremaneira deficiente, penso que é também dever do Estado garantir que essa desigualdade, ampliada por essas situações de déficit social, seja corrigida – pela lei ou por decisões judiciais.

Nem se diga que, por algumas dessas normas constitucionais terem cunho programático, sejam elas desprovidas de eficácia enquanto não regulamentadas. Há tempos, a doutrina e a jurisprudência evoluíram no entendimento interpretativo de que as normas programáticas são dotadas não só de eficácia negativa, na medida em que revogam as disposições contrárias ou incompatíveis com os seus comandos e impedem que sejam produzidas normas ulteriores que contrariem os programas por elas estabelecidos, mas também de eficácia positiva. Isso porque definem as competências daqueles que devem elaborar e executar as políticas públicas sociais. Têm também uma eficácia mínima a exigir a atuação estatal em um ou outro sentido e a garantir a dignidade do ser humano em cada uma

dessas políticas. Um exemplo é o direito de acesso aos serviços públicos de Ensino Fundamental e de Saúde pública, (a forma como isso se dará deve ser definida pelas respectivas políticas públicas), em respeito às normas constitucionais que garantem o direito a um atendimento universal e gratuito. Não aceitar essas conclusões implicaria compreender uma Constituição de “faz de conta”, de um vazio jurídico, de inoperância.

Essa interpretação pode não determinar o reconhecimento subjetivo de assegurar um determinado serviço público ou, uma vez existente o acesso, de assegurar o serviço desta ou daquela forma como pretendido pela parte interessada. Entretanto, a norma programática pode, ao menos, obrigar o Poder Público a adotar procedimentos que exijam um resultado de natureza transindividual.

Atente-se que, neste contexto, normas que traçam fins e tarefas ao Estado também podem apresentar uma dimensão subjetiva, lembrando sempre o fato de que boa parte dos direitos fundamentais sociais foi objeto de consagração de normas infraconstitucionais pelo legislador, o que garante, na maioria das situações, o reconhecimento da existência de direitos subjetivos fundamentais, até mesmo de posições definitivas.

Com o devido respeito àqueles que pensam de forma contrária, não há como entender as políticas públicas apenas como normas. Em verdade, há uma relação essencial de dependência e de alguma independência entre os atos e as fases que as compõem. Aliás, as políticas públicas podem ser entendidas como sendo um processo legislativo e administrativo composto de diversas fases. É evidente que, pelo princípio da legalidade administrativa, as fases das políticas públicas devem ter fundamentos de validade na lei.

No controle desse processo, inclusive na execução das políticas públicas estabelecidas pelo Poder Executivo, com fundamento na lei (definição da política, de forma genérica, pelo legislador), muitos têm se utilizado da terminologia *controle judicial das políticas públicas*. Com o devido respeito, a substituição do administrador ou legislador pelo juiz não se mostra constitucional ou politicamente correta, seja porque é necessário que se respeite a separação de Poderes instituída pela Constituição Federal, seja porque não se encontra o Poder Judiciário preparado do ponto de vista técnico para modificar políticas públicas instituídas pelo Estado.

Entretanto, o Poder Judiciário, como um dos demais Poderes, tem o dever de fiscalizar as atividades do Executivo e do Legislativo (sistema de *check and balances*) e de exercer o controle jurídico de legalidade dos atos e

procedimentos. É evidente que o Poder Judiciário não pode realizar, por vontade própria, essa fiscalização, pois deve ser provocado por uma demanda judicial, promovida por quem tenha legitimidade para propô-la.

Voltamos a insistir que o Poder Judiciário não pode, no julgamento dessas demandas, substituir-se ao legislador ou ao administrador, mas pode e deve realizar controle de legalidade dos atos, jamais podendo analisar o mérito da decisão administrativa discricionária (ou seja, quando o administrador está autorizado pela lei a fazer escolhas dentre as inúmeras opções possíveis). Como veremos adiante, essa questão se mostra mais complexa quando a tese é de ilegalidade da escolha, ou seja, de ilegalidade do ato discricionário porque a administração veio a ultrapassar os limites estritos da discricionariedade ou mesmo os limites principiológicos dela, a exemplo da violação aos princípios da razoabilidade e moralidade administrativa.

Como se sabe, o nosso país, por ser um Estado constitucional, fundado essencialmente na validade dos atos pela lei, também no tocante à gestão da Educação pública, deve respeito ao princípio da legalidade administrativa, prevista no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, o que implica duas situações: a) a administração só deve fazer aquilo que a lei determina e então teremos os atos vinculados; e b) a administração pode fazer aquilo que a lei autoriza, caso em que teremos os atos discricionários.

Consequentemente, podemos concluir que, ao Poder Judiciário, quando provocado, incumbe exercer controle jurídico do processo de elaboração das políticas públicas, mais especificamente no que toca o presente estudo, exercer controle de determinadas etapas na elaboração das políticas educacionais, analisando se há violação ou não ao princípio da legalidade administrativa. É o caso, por exemplo, em que o Poder Executivo deixa de inserir no orçamento uma política fixada em deliberações feitas pelo Conselho de Educação ou pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente – que são vinculantes, sem dúvida alguma –, ou quando não são observados requisitos específicos fixados para a publicação de uma resolução ou de um decreto que pretenda implantar uma nova política.

Há que se salientar novamente que não compete ao Poder Judiciário determinar ou não a implantação de um programa educacional ou verificar a adequação ou não de uma política escolhida de forma democrática pela lei (aprovada por representantes do povo) ou mesmo pelos Conselhos (em que exista a participação da sociedade).

Entretanto, incumbe ao magistrado, quando instado a julgar, decidir quanto à legalidade dos processos – legislativo ou regulatório – adotados para a escolha da política. Nesse caso, podemos dizer que se trata de um controle formal do processo de formulação e de definição de uma política pública.

A execução de qualquer política pública depende de três elementos: a) a existência de uma lei que a institua; b) a existência de órgão com capacidade para executá-la; e c) previsão orçamentária e/ou de recursos.

Aliás, não existe política pública fundada em benemerência ou com a participação apenas de voluntários. Pode haver alguns projetos nesse sentido, mas eles jamais se constituirão em políticas públicas estatais.

No caso das políticas educacionais, em especial, que visam dar efetividade ao direito fundamental à Educação assegurado na Constituição Federal, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e em legislações específicas, não são poucas as situações em que tem ocorrido controle, em geral, por meio de ações civis públicas propostas para garantir os repasses de recursos obrigatórios previstos na Constituição Federal.

Como exemplo, temos o caso da utilização indevida da Desvinculação das Receitas da União (DRU), que tem sido considerado um nefasto instrumento de desvio de destinação específica dos recursos públicos. Embora o percentual mínimo para o ensino esteja previsto no artigo 212 da Constituição Federal, o Poder Executivo da União possui a faculdade de retirar do montante devido pela própria União (no caso, de 18% dos impostos e da contribuição social do Salário-Educação), até 30%, que ficam livres para serem aplicados em outras áreas. Assim, se simplificarmos essa questão, de cada R\$ 100,00 que teriam de ser aplicados em Educação, R\$ 30,00 podem ser investidos em outros setores, ao livre-arbítrio do Poder Executivo federal, o que tem causado uma redução significativa do orçamento anual da União para a área da Educação.

Muitos autores têm sustentado que, a exemplo de alguns dispositivos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), haveria a possibilidade de um controle jurídico, por meio de uma ação declaratória (direta) incidental de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional, ou de uma interpretação conforme a Constituição com a consequente determinação de liberação dos recursos retidos pelo Poder Executivo. Infelizmente, a DRU foi prorrogada até 2023, em virtude da Emenda Constitucional no 31/2016.

Questiona-se se, no presente caso, teríamos uma hipótese de lei constitucional que seja inconstitucional.

Vejamos alguns dos julgados de nossa Suprema Corte sobre temas ligados a esse direito social e analisemos se, efetivamente, estamos diante de decisões que possam ser incluídas na categoria de resultados de um ativismo judicial.

Direito à Educação, garantismo e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Não pretendo, neste trabalho, como salientado, realizar análise de todos os julgados proferidos pela Suprema Corte sobre o tema da Educação⁶. Trataremos, neste capítulo, dos principais julgamentos e posicionamentos adotados pela Corte para verificar se o Tribunal vem garantindo os direitos fundamentais sociais dos cidadãos e o adequado funcionamento do sistema educacional.

O direito à Educação, positivado pela nossa Carta, retirou do limbo as obrigações para a formação do cidadão e guindou-o ao nível de direito fundamental. A Constituição qualificou tal direito como universal e gratuito dando-lhe especial relevo ao dispor que não é apenas um direito de todos, mas um dever do Estado e da família, a ser promovido e incentivado com a colaboração da sociedade. As políticas públicas educacionais e a execução de seus serviços devem alcançar o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Portanto, todas as ações estatais positivas devem buscar atingir essas finalidades, a fim de cumprir o seu dever constitucional em relação à Educação, e garantir, no mínimo, os serviços consignados no artigo 208 da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em recentes julgados, sufragou o entendimento de que as políticas públicas para a área da Educação expres-

6. Ao leitor indico o trabalho de Lucas Aidar dos Anjos sobre o “Direito à Educação no STF: conceito, limites e possibilidades” apresentado à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público –(SBDP), que apresenta amplo levantamento do panorama sobre o tema até 2011. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/185_Lucas%20Aidar.pdf> (acesso em: 3/7/2017).

sas na Constituição e na lei e, em havendo omissão abusiva pelo Executivo, **podem ser objeto de apreciação e de decisão judicial**, e que, nessas situações excepcionais, o Poder Judiciário pode determinar a sua execução, por meio de decisões mandamentais e substitutivas, em face da inescusável omissão do Poder Público. Nesse sentido, vejamos os seguintes julgados:

EMENTA: 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 (STF, RE nº 410.715-5-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, j. em 22/11/05).

EMENTA: “Agravo regimental no agravo de instrumento. Acesso à educação. Direito fundamental. Controle judicial. Ato administrativo ilegal. Possibilidade. Precedentes. 1. A educação é direito fundamental do cidadão, assegurada pela Constituição da República, e deve não apenas ser preservada, mas, também, fomentada pelo Poder Público e pela sociedade, configurando a omissão estatal no cumprimento desse mister um comportamento que deve ser repellido pelo Poder Judiciário. 2. O Poder Judiciário pode efetuar o controle judicial dos atos administrativos quando ilegais ou abusivos. 3. Agravo regimental não provido.” (STF, RE nº 658.491-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Toffoli, j. em 20/3/12).

No Recurso Extraordinário (RE) RE nº 860.979-AgR, julgado em 14 de abril 2015, debateu-se a possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário, independentemente de previsão orçamentária, determinar a contratação pela rede pública de ensino de professores capacitados na linguagem de Libras com a finalidade de atender aos estudantes com deficiência auditiva.

Os principais argumentos utilizados pelo relator, o ministro Gilmar Mendes, e confirmados pelo colegiado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, foram no sentido de que o postulado da separação de Poderes não inviabiliza a atuação do Poder Judiciário para obrigar o Poder Executivo a adimplir políticas públicas constitucionalmente previstas e afastou a cláusula da reserva do possível naquele caso, tendo em vista o núcleo de intangibilidade de direitos fundamentais em análise.

A Suprema Corte também tem enfrentado, nos últimos 15 anos, questões atinentes à competência legislativa, regulatória e em termos do financiamento, sendo que os julgamentos têm buscado garantir o equilíbrio federativo. Nessa linha, vejamos:

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ADI 3.669-6/DF, entendeu-se que a lei distrital nº 3.694, de 8 de novembro de 2005, que regulamenta o § 1º do artigo 235 da Lei Orgânica do Distrito Federal, quanto à oferta de ensino da língua espanhola aos alunos da rede pública da Capital, não afrontaria a Constituição da República. Isso porque há competência concorrente para legislar sobre Educação: a União define as normas gerais, e os entes estaduais e Distrito Federal fixam as especificidades, os modos e meios de cumprir o estabelecido no artigo 24, inciso IX, do Capítulo II da Constituição Federal. Além disso, o artigo 22, inciso XXIV, 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. A ação, portanto, foi julgada improcedente (STF, ADI nº 3.669-6, relatora a ministra Cármen Lúcia, Pleno, j. em 18/6/2007).

Na medida cautelar em ADI nº 2.667-4/DF, a Corte entendeu que a lei distrital que dispõe sobre a emissão de certificados de conclusão do curso e que autoriza o fornecimento de histórico escolar para alunos da 3ª série do Ensino Médio que comprovarem aprovação em vestibular para ingresso em curso de nível superior seria inconstitucional, por usurpação da competência legislativa outorgada à União Federal pela Constituição Federal. Entendeu-se que a norma fora editada em clara violação à repartição vertical das competências normativas (art. 24, §§ 1º e 2º, CF). Acentuou o ministro relator que “a Carta Política, ao instituir um sistema de condomínio legislativo nas matérias taxativamente indicadas no seu artigo 24 – dentre as quais avulta – por sua importância, aquelas concernentes ao ensino (art. 24, IX), deferiu ao Estado membro e ao Distrito Federal, em ‘inexistindo lei federal sobre normas gerais’, a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que para atender a suas peculiaridades (art. 24, § 3º)”. Por fim, não respeitada a competência suplementar e porque a norma se encontrava destituída do necessário coeficiente de razoabilidade, com ofensa ao princípio da proporcionalidade, a Corte entendeu por suspender a eficácia da norma, com efeitos retroativos desde a sua publicação (*ex tunc*). (STF, ADI 2.667-4 -MC, relator o ministro Celso de Mello, Pleno, j. em 19/6/02).

Segue ementa autoexplicativa de importante julgado sobre o respeito que se exigiu ao federalismo e à partilha da competência legislativa concorrente em matéria de Educação:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. PARTILHA DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE EM MATÉRIA DE EDUCAÇÃO (CRFB, ART. 24, IX). LEI ESTADUAL DE SANTA CATARINA QUE FIXA NÚMERO MÁXIMO DE ALUNOS EM SALA DE AULA. QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA. IMPUGNAÇÃO FUNDADA EM OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO PEDIDO. AUSÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO EM MATÉRIA DE NORMAS GERAIS. COMPREENSÃO AXIOLÓGICA E PLURALISTA DO FEDERALISMO BRASILEIRO (CRFB, ART. 1º, V). NECESSIDADE DE PRESTIGIAR INICIATIVAS NORMATIVAS REGIONAIS E LOCAIS SEMPRE QUE NÃO HOVER EXPRESSA E CATEGÓRICA INTERDIÇÃO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO REGULAR DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO DE SANTA CATARINA AO DETALHAR A PREVISÃO CONTIDA NO ARTIGO 25 DA LEI Nº 9.394/94 (LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL). PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. 1. O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam privativas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, tudo isso em conformidade com o pluralismo político, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, V). 2. A invasão da competência legislativa da União invocada no caso *sub judice* envolve, diretamente, a confrontação da lei atacada com a Constituição (CRFB, art. 24, IX e parágrafos), não havendo que se falar nessas hipóteses em ofensa reflexa à Lei Maior. Precedentes do STF: ADI nº 2.903, rel. Min. Celso de Mello, DJe-177 de 19-09-2008; ADI nº 4.423, rel. Min. Dias Toffoli, DJe-225 de 14-11-2014; ADI nº 3.645, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 01-09-2006. 3. A *prospective overruling*, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, revela oportuno ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura *prima facie* em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, para que passe a prestigiar, como regra geral, as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca

da Constituição de 1988. 4. A competência legislativa do Estado-membro para dispor sobre educação e ensino (CRFB, art. 24, IX) autoriza a fixação, por lei local, do número máximo de alunos em sala de aula, no afã de viabilizar o adequado aproveitamento dos estudantes. 5. O limite máximo de alunos em sala de aula não ostenta natureza de norma geral, uma vez que dependente das circunstâncias peculiares a cada ente da Federação, tais como o número de escolas colocadas à disposição da comunidade, a oferta de vagas para o ensino, o quantitativo de crianças em idade escolar para o nível fundamental e médio, o número de professores em oferta na região, além de aspectos ligados ao desenvolvimento tecnológico nas áreas de educação e ensino. 6. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente.” (STF, Pleno, ADI nº 4.060-SC, Relator o Ministro Luiz Fux, j. em 25/2/15).

Interessante julgado foi o da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão em relação ao disposto no art. 6º, art. 23, inciso V, art. 208, inciso I, e art. 214, inciso I, da Constituição da República. Trata-se da alegada inércia atribuída ao presidente da República para erradicar o analfabetismo no país e para implantar o Ensino Fundamental obrigatório e gratuito a todos os brasileiros. No acórdão, a Suprema Corte, por maioria de votos, entendeu que não houve omissão por parte do chefe do Poder Executivo federal, diante dos dados do recenseamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que demonstravam redução do índice da população analfabeta, complementado pelo aumento da escolaridade de jovens e adultos, e também em razão do elevado número de programas governamentais para a área de Educação. Por fim, sustentou-se que a edição das Leis nos 9.394/96 (LDB) e da Lei nº 10.172/2001, que aprovou o Plano Nacional de Educação, teria demonstrado que o Poder Público estava dando cumprimento à Constituição, pelo menos no que toca ao objeto da ação. (STF, ADI nº 1.698-DF, Pleno, relatora a ministra Cármen Lúcia, j. em 25/2/10).

Há que se acentuar que essa demanda foi proposta, em outubro de 1997, com evidentes fins políticos, na medida em que os partidos então de oposição ao governo (PT, PCdoB e PDT) pretendiam essencialmente o reconhecimento de omissão por parte do então presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, por entenderem que ele não teria adotado “... medidas... para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, § 2º, da Constituição da República)”.

Embora houvesse, nessa pretensão, um componente político, o nosso sistema jurídico permitia (e ainda permite) também uma tutela jurídica, na medida em que, em caso de procedência, seria possível ao Colendo Supremo Tribunal admitir o reconhecimento de uma negativa aos direitos constitucionalmente assegurados. Essa ação, portanto, que se consigne de forma clara, permitiu que essa Suprema Corte verificasse de maneira efetiva, em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, se havia ou não omissão abusiva pelo Poder Público, o que confirma a viabilidade do controle jurisdicional das políticas públicas, ainda que em uma análise macro e de forma concentrada – e não micro – sendo juridicamente possível (cf. RE nº 463.210-1-AgR, relator o ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, j. em 6/12/05).

De forma mais detalhada, seguem os principais fundamentos que levaram a maioria dos membros do plenário do STF a julgar improcedente a ação já no contexto político do novo governo, nesse momento em mãos dos partidos que eram da oposição no momento da propositura da ação (o julgamento ocorreu em fevereiro de 2010, durante o segundo mandato de Luiz Inácio Lula da Silva – PT): a) segundo os dados do IBGE, no início da ação (1997), mais de 32 milhões de brasileiros não sabiam ler; já em 2000, o número absoluto era de 14,6 milhões de analfabetos; b) restou comprovado nos autos que os chefes da nação realizaram diversas ações como a sanção de importantes leis na área da Educação, implantação de programas como o Programa Brasil Alfabetizado, o Educação de Jovens e Adultos (EJA); c) os censos escolares evidenciaram uma melhora significativa da Educação brasileira, como por exemplo o acesso dos alunos da rede pública às novas tecnologias, melhorias na infraestrutura básica das unidades escolares, elevação do número de escolas públicas; e d) a crescente oferta de cursos de alfabetização de jovens e adultos, em grande medida decorrente da ação do governo federal por meio da implantação de programas específicos e com um sistema de cooperação entre os entes federados.

O plenário da Suprema Corte também garantiu questão relativamente à gratuidade no Ensino Superior público, ao julgar que a cobrança de matrícula como requisito para que o estudante possa cursar universidade federal viola o artigo 206, IV, da Constituição. A decisão fundou-se no fato de que, embora configure ato burocrático, a matrícula constitui formalidade essencial para que o aluno tenha acesso à Educação Superior pública e que as disposições normativas que integram a seção I, do capítulo III,

do título VIII, da Carta Magna devem ser interpretadas à luz dos princípios explicitados no artigo 205 da Constituição Federal, que configuram o núcleo axiológico norteador do sistema de ensino brasileiro (STF, RE nº 500.171-7, relator o ministro Ricardo Lewandowski, j. em 13 de agosto de 2008). Embora essa tese tenha sido sufragada pela maioria, anote-se que foram vencidos quatro ministros. De qualquer forma, penso que essa tese há de ser aplicada a todo o serviço público de Educação.

A questão sobre as cotas em universidade pública, em especial pelo uso de critério étnico-racial, encontra-se aparentemente consolidada na Suprema Corte.

De início, há que se lembrar o que foi julgado no RE nº 597.285, com repercussão geral, em que foi relator o ministro Ricardo Lewandowski. Nesse julgamento, por maioria de votos, o plenário do STF confirmou a constitucionalidade do sistema de cotas adotado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). A decisão foi tomada no caso em que estudante questionava os critérios adotados pela UFRGS para reserva de vagas. A universidade destina 30% das 160 vagas a candidatos egressos de escola pública e a negros que também tenham estudado em escolas públicas (sendo 15% para cada), além de dez vagas para candidatos indígenas. De acordo com o estudante, o sistema não é razoável e traz um “sentimento gritante de injustiça”. Ele informou que havia prestado o vestibular para o curso de Administração em 2008, primeiro ano da aplicação do sistema de cotas, e fora classificado em 132º lugar. Segundo sua defesa, se o vestibular tivesse ocorrido no ano anterior, ele teria garantido vaga, mas, no novo modelo, concorreu apenas às 112 vagas restantes. O relator do recurso, ministro Ricardo Lewandowski, votou pela constitucionalidade do sistema, por entender que os critérios adotados pela UFRGS estão em conformidade com o que já decidido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) ADPF 186, em que o plenário confirmou a constitucionalidade do sistema de cotas adotado pela Universidade de Brasília (UnB).

Ele lembrou que, na ocasião do julgamento da ADPF 186, o STF concluiu pela constitucionalidade das políticas de ação afirmativa; da utilização dessas políticas na seleção para o ingresso na Educação Superior, em especial nas escolas públicas; do uso do critério étnico-racial por essas políticas; da autoidentificação como método de seleção; e da modalidade de reserva de vagas ou de estabelecimento de cotas.

“Não há nenhuma discrepância. Penso que cada universidade deve ser prestigiada no que concerne ao estabelecimento desses critérios, sobretudo

do, desta universidade que é uma das maiores e mais reconhecidas do país em termos de excelência acadêmica”, destacou o ministro ao afirmar que a UFRGS “certamente soube estabelecer critérios consentâneos com a realidade local.”

O último argumento levantado pelo estudante e também rechaçado pelo ministro Lewandowski foi quanto à necessidade de lei formal que autorizasse a criação da ação afirmativa de reserva de cotas. Nesse sentido, ele observou que a LDB (Lei 9.394/96) deixou para as universidades o estabelecimento dos critérios que devem ser utilizados na seleção dos estudantes, tendo em vista a repercussão desses critérios sobre o Ensino Médio. O ministro destacou que a lei tem amparo no artigo 207 da Constituição Federal, que garante às universidades autonomia didático-científica.

Para o relator, cada universidade procura “atender às metas estabelecidas na Constituição no que diz respeito ao atingimento de uma sociedade mais justa, mais fraterna e mais solidária”⁷.

Em 11 de maio de 2017, teve início o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) ADC nº 41, já havendo, até o fechamento deste trabalho, cinco votos favoráveis para a lei que institui uma ação afirmativa étnico-racial em todos os níveis, em especial, para concursos públicos.

O plenário do STF iniciou o julgamento da ADC nº 41, em defesa da Lei Federal 12.990/2014, a chamada Lei de Cotas, que reserva aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta⁸. Além do relator, ministro Luís Roberto Barroso, votaram os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Fux, todos pela procedência da ação.

Em seu voto, o ministro Barroso afirmou que a Lei de Cotas, embora crie uma vantagem competitiva para um grupo de pessoas, não representa qualquer violação ao princípio constitucional da igualdade. Segundo ele, essa diferenciação entre candidatos é compatível com a Constituição, pois

7. Cf. Notícias STF. Informações disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207003>> (acesso em: 10/5/2017).

8. Texto também extraído no sítio de notícias do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=343121>> (acesso em: 10/5/2017).

é motivada por um dever de reparação histórica decorrente da escravidão e de um racismo estrutural existente na sociedade brasileira. “É uma reparação histórica a pessoas que herdaram o peso e o custo social e o estigma moral, social e econômico que foi a escravidão no Brasil e, uma vez abolida, entregues à própria sorte, sem condições de se integrarem à sociedade”, argumentou.

O relator também considerou compatível com a Constituição o modelo de controle da autodeclaração previsto na lei e observou que a adoção do sistema de cotas não representa duplo benefício para os cotistas das universidades públicas, pois, em sua avaliação, a maioria dos cargos disputados pelos favorecidos é de nível técnico e não exige curso superior.

Como tese de julgamento, o ministro Barroso propôs a seguinte formulação: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”.

Logo após o relator, votou o ministro Alexandre de Moraes. Segundo ele, a questão deve ser abordada com base no princípio da igualdade, no seu aspecto material, sendo aceitáveis tratamentos diferenciados, “desde que o elemento discriminador tenha uma finalidade específica, compatível com a Constituição Federal, de aproximar as diferenças”. Ele entendeu que o tratamento normativo diferenciado dado aos cotistas é constitucional apenas para o provimento inicial no serviço público, e não para a progressão durante a carreira. “Não me alinho à ideia de que, após o ingresso nos cargos iniciais, todo concurso interno de promoção e remoção devesse também seguir as cotas”, concluiu. Para ele, os concursos internos têm critérios constitucionais específicos, como os de antiguidade e merecimento.

O ministro Edson Fachin também se pronunciou pela procedência da ação. Ele entendeu que a política de cotas raciais se aplica direta e imediatamente a todos os órgãos e instituições da administração pública. No entanto, o artigo 4º da Lei nº 12.990/14, que trata dos critérios de nomeação dos candidatos cotistas aprovados, deve se projetar não apenas na nomeação, “mas em todos os momentos da vida funcional dos servidores públicos cotistas”.

A ministra Rosa Weber, que seguiu integralmente o voto do relator, observou que, ainda nos dias de hoje, o salário da população negra é infe-

rior à metade da média salarial das pessoas de cor branca. “Entendo que, para o avanço rumo à redução das desigualdades, são fundamentais as ações afirmativas como esta lei, no que diz respeito ao concurso público”, concluiu.

Último a votar na sessão, o ministro Luiz Fux também entendeu que a ADC 41 deve ser julgada procedente. “As estatísticas são produtos de ações pretéritas e revelam, com objetividade, as cicatrizes profundas deixadas pela opressão racial de anos de escravidão negra”, ressaltou o ministro, ao lembrar que o Brasil representou o país que teve a sociedade escravocrata mais longa do mundo: 400 anos de escravidão.

Ele observou que, na atualidade, grande parte dos juizes brasileiros, 84%, são brancos. “A disparidade econômica e social entre brancos e negros, efetivamente, não é produto do acaso”, destacou. Para ele, a lei também deve ser aplicada não só ao concurso público para provimento inicial de cargo efetivo, mas também em relação a promoções e remoções. Por fim, o ministro Fux deu maior extensão à decisão para que a regra alcance todos os Poderes da República, bem como todas as unidades federadas. O julgamento foi suspenso e será retomado no futuro e penso que os parâmetros que forem fixados pela Suprema Corte também acabarão por ser entendidos às futuras políticas públicas educacionais e aos casos de ingresso em universidades públicas, e até mesmo às universidades privadas, diante da similitude dos argumentos que foram utilizados neste julgamento e no RE nº 597.285. Aguardemos.

Observo que, mesmo nestes dois julgamentos, não se verifica a ocorrência de um ativismo judicial. O que a Suprema Corte acabou por reconhecer foi a constitucionalidade das políticas legislativas afirmativas, em função do déficit histórico reconhecido em relação, principalmente, aos negros do país. A política foi uma opção de um ente da administração indireta no primeiro caso, e dos Poderes Legislativo e Executivo no segundo caso, ao menos até agora.

A aplicação de uma norma, ou o reconhecimento ou não de sua validade, em uma ótica constitucional, ainda que isso implique no exercício hermenêutico de princípios, não pode resultar de um processo interpretativo rico em subjetivismo e “decisionismo”, mesmo que sob o simples rótulo de “ponderação”.

Compreensível que haja, na nossa doutrina, ampla crítica ao “ativismo judicial”, no sentido daquela atividade jurisdicional que ultrapassa os limites da atividade judicante e que atinge de morte o princípio da sepa-

ração de Poderes⁹. Reforço meu entendimento de que o termo “ativismo judicial” deve ser concebido somente sob essa ótica, não podendo concordar com aqueles que se utilizam dessa terminologia, de forma imprópria, quando atribuem a essa expressão o sentido de que se trata de um papel “legítimo” do Poder Judiciário de interferência no sistema político para o fim de garantir direitos, ainda que cuide de direitos fundamentais.

Considerações finais

As liberdades públicas adquiriram configuração mais complexa do que aquelas que inspiraram a Revolução Francesa. A evolução das liberdades decorreu da necessidade de enfrentar novas ameaças e desafios postos a partir do século XIX. Essa transmutação ampliativa não decorreu somente da modificação do conceito de Estado e do seu papel, como também da relação entre o indivíduo e o Estado. Isso não quer dizer que os direitos clássicos tenham desaparecido. Eles apenas perderam o seu caráter limitado vinculado às liberdades e à igualdade, e alcançaram outros direitos, além de se verem limitados à obrigatória compatibilização com outros princípios constitucionais.

A passagem do individualismo exacerbado para o reconhecimento da existência de direitos de alguns grupos sociais, em especial após as manifestações que resultaram na elaboração de constituições republicanas, ficou mais evidente com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que tratou de quatro ordens de direitos individuais: direitos pessoais do indivíduo, direitos do indivíduo em face das coletividades, liberdades públicas e direitos públicos, e os direitos econômicos e sociais, estes decorrentes do amadurecimento de novos valores e de exigências ligadas ao bem-estar por meio do Estado.

Esse novo olhar para os direitos fundamentais – clássicos e novos – exigiu da doutrina a elaboração de novas classificações e teorias relacionais, da teoria dos quatro *status* de Georg Jellinek, e as funções dos direitos fundamentais, conforme trabalho desenvolvido por J. J. Gomes Canotilho.

9. Vide importante trabalho de RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Mais recentemente, conforme escólio de Robert Alexy, os direitos fundamentais são compostos por princípios e regras. E, como já alertado por Friedrich Müller, é comum que a interpretação sobre a aplicação desses direitos não seja baseada exclusivamente na subsunção, mas na interpretação constitucional – mesmo porque esses princípios se encontram na Carta Constitucional de cada país. A norma jurídica não se limita ao seu texto. A normatividade há de ser concretizada mediante um processo estruturado e passível de verificação e de justificação intersubjetiva¹⁰.

Diante disso, a discricionariedade na implantação das políticas públicas constitucionais da ordem social, e no caso específico, do direito a uma Educação pública de qualidade, só poderá ser aplicada nas eventuais omissões existentes no sistema jurídico, não podendo valer-se de conceitos normativos tidos como fluidos ou permeáveis a várias interpretações, uma vez que eles deverão ser preenchidos por interpretação de acordo com os fundamentos e objetivos estabelecidos constitucionalmente.

A omissão do Estado deve implicar a adoção das vias necessárias para o cumprimento da vontade da lei. E nesse diapasão é que surge a grande questão no âmbito do controle dos atos da administração, que nos interessa também, relativamente à implantação da ordem social constitucional, qual seja, a discricionariedade e a posição do Judiciário em sua análise.

A resposta mais adequada, e que tem sido dada pela nossa Suprema Corte, é no sentido de que os atos emanados da administração no cumprimento dessas políticas devem ser considerados como vinculados e não discricionários, uma vez que o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais, principalmente quando se trata da implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, próprias à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social.

As leis que integram as normas constitucionais educacionais, em sua maioria, regulam a própria discricionariedade do administrador, apontando-lhe a melhor solução para atender à finalidade constitucional. Conclui-se, portanto, que o administrador não tem absoluta discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implantação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois já

10. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000, pp. 61 a 70.

restou deliberado pelo constituinte e pelo legislador que elaborou as normas integradoras. Muito menos o resultado da atividade legislativa pode se opor ao que foi estabelecido pela nossa Carta Magna.

Na leitura que faço da jurisprudência de nossa Suprema Corte, ficou evidenciado o seu papel de garantidor dos direitos fundamentais educacionais, bem como do sistema de financiamento público da Educação e, ainda, de nosso federalismo, sem ultrapassar os limites da tradicional separação de Poderes.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. Trad. Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos direitos fundamentais*. Malheiros: São Paulo, 2008.
- AMARAL, Gustavo. “*Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre Poderes*”. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. LOBO TORRES, Ricardo (org.), Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, pp. 99-120.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. Renovar: Rio de Janeiro, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade das Políticas Públicas*. In: *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. Direito Administrativo e Constitucional*. MELLO, Celso Antônio Bandeira de (org.). São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 343-359.
- CUNHA JR., Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CURY, C. R. J. e FERREIRA, L. A. (2009) *A judicialização da Educação*. Brasília, *Revista CEJ*; 45: 32-45; 2009. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/1097/1258>> (acesso em: 4/7/2017).
- KIM, Richard Pae. *Fundos públicos e políticas públicas: o regime jurídico e a gestão dos fundos especiais, instrumentos para a implantação e a garantia dos direitos fundamentais*. In: CECATTO, Maria Aurea Baroni; MISAILIDIS, Mirta Lerená; LEAL, Mônica Clarissa Hanning; MEZZARROBA, Orides. (Org.). *Cidadania, direitos sociais e políticas públicas*. 1 ed. São Paulo: Conceito, 2011, v. 1, pp. 519-540.
- KIM, Richard Pae; PEREZ, José Roberto Rus. *Responsabilidades públicas, controles e exigibilidades do direito a uma Educação de qualidade*. In: KIM, Richard Pae; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel; BERGAMASCHI, Andrea e CRUZ, Priscila (org.). *Justiça pela Qualidade na Educação*. 1ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, v. 1, pp. 711-794.
- KIM, Richard Pae; BOLZAM, Angelina Cortelazzi. *Direito à Educação de qualidade e seus fundamentos jurídicos*. *Cadernos de Direito*, v. 15, pp.

167-200, 2015.

- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016.
- MOREIRA, Orlando Rochadel. *Políticas públicas e direito à Educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PREAL, Fundação Lemann (2010). *Saindo da Inércia? Boletim da Educação no Brasil – 2009*. São Paulo, Preal, Fundação Lemann, 2010.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RIVERO, Jean e MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas I*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. *Dignidade humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2001.



Um retrato da judicialização da Educação Básica no Brasil

ALESSANDRA GOTTI

Sócia da Hesketh Advogados. Doutora e mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora da Graduação em Direito das Faculdades Integradas Rio Branco. Sócia efetiva do Todos Pela Educação. Membro titular do Comitê de Assessoramento à Coordenadoria da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Membro do Grupo de Administração Legal do Conselho Regional de Administração de São Paulo, na condição de Articuladora da Célula de Soluções Estratégicas.

Introdução

As principais conclusões do estudo sobre a judicialização da Educação Básica no Brasil, que tive a honra de desenvolver para a Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação (CNE/CEB) e a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), são o ponto de partida para este artigo¹.

O que motivou a CNE/CEB a investigar o perfil da judicialização da Educação Básica brasileira foi a crescente litigância em torno das suas Resoluções nº 1, de 14/1/2010, e nº 6, de 20/10/2010, que definem, respectivamente, diretrizes operacionais para a implantação do Ensino Fundamental de nove anos e para a matrícula no Ensino Fundamental e na Educação Infantil, fixando o corte etário para acesso a essas etapas.

Em função da batalha judicial em torno dessas Resoluções, a CNE/CEB entendeu oportuno investigar o fenômeno da judicialização e avaliar

1. A íntegra do estudo desenvolvido para a Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação (CNE/CEB) e a Unesco, Projeto 914BRZ1009.2 CNE/Unesco – “A Qualidade Social da Educação Brasileira nos Referenciais de Compromisso do Plano e do Sistema Nacional de Educação”, pode ser localizada no endereço eletrônico: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=41851-estudo-processos-judicializacao-temas-tratados-normas-da-ceb-cne-pdf&category_slug=maio-2016-pdf&Itemid=30192> (acesso em: 29/6/2017).

a necessidade de revisão ou reafirmação de diretrizes curriculares nacionais e operacionais.

É fundamental esclarecer que o foco nunca foi mapear de maneira exaustiva todo e qualquer assunto de Educação Básica submetido ao Poder Judiciário, o que demandaria um escopo e tempo de investigação substancialmente ampliados.

O objetivo da investigação era identificar potenciais questionamentos de atos normativos da CNE/CEB, bem como mapear os processos de judicialização mais intensos e recorrentes para subsidiar a atuação estratégica deste Conselho na sua missão institucional.

Observe-se, por curiosidade, que a proposta metodológica inicial consistia no levantamento de dados diretamente no Ministério Público Federal, nos Ministérios Públicos Estaduais e Distrital e nas Defensorias Públicas. Todavia, como, à exceção do Ministério Público Federal, tais instituições não possuem repertório centralizado das demandas judiciais propostas, julgadas ou em trâmite, os obstáculos foram intransponíveis.

Em virtude dessa dificuldade inicial, a pesquisa qualitativa dos temas foi feita diretamente no Poder Judiciário, em especial, no Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunais de Justiça dos Estados e Distrital e Tribunais Regionais Federais.

A empreitada não foi fácil mesmo com a mudança metodológica. Há dificuldades operacionais para a coleta de informações no próprio Poder Judiciário, já que não há um banco de dados unificado da jurisprudência existente. Tal fato é agravado pelo alto nível de agregação dos assuntos relativos ao tema da Educação previstos nas Tabelas Processuais Unificadas, criadas pela Resolução CNJ nº 46, de 18/12/2007, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O percurso pelas decisões judiciais, pareceres e resoluções da CNE/CEB, acrescido da análise de uma potencial agenda estratégica perante o Poder Judiciário, o Poder Legislativo e as Cortes de Contas culminou em algumas perspectivas e possibilidades para o fortalecimento da Política Nacional de Educação, em regime de articulação com os sistemas de ensino dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

O perfil da litigância

A agenda do Poder Judiciário tem sido intensamente pautada por vários temas de Educação Básica. Não há apenas demandas relativas ao direito à

Educação, como é o caso do acesso à Educação em todas as suas etapas, mas também os mais recentes pleitos relacionados aos direitos na Educação, como é o caso da liberdade religiosa e do ensino domiciliar ou *homeschooling*.

O levantamento do padrão de litigância na Educação Básica revelou um Poder Judiciário intensamente mobilizado pela tutela de interesses particulares, com um perfil de litigância majoritariamente individual.

As demandas com espectro coletivo ou difuso ainda se voltam ao acesso à Educação e deparam com obstáculos processuais no caminho. É tímida a atuação por uma Educação Básica pautada por parâmetros de qualidade e, em especial, que questione os eventuais retrocessos e estagnações apontados pelos exames nacionais de avaliação de sistema.

Os dados descortinam uma sociedade impulsionada pela ansiedade em adquirir conhecimentos com velocidade e de forma exponencial, disposta a pular etapas para “ganhar tempo”, sem investigar as consequências dessas atitudes na aprendizagem e no desenvolvimento integral do cidadão.

Tal circunstância é agravada pelo fato de que, na temática da Educação, não se conta com o apoio técnico de especialistas para subsidiar os magistrados em suas decisões. Essa lacuna começa a ser suprida, por exemplo, na área da saúde², especialmente após a Audiência Pública nº 4, convocada em 2009 pelo STF. É o caso de iniciativas como o Termo de Cooperação Técnica entre o Tribunal de Justiça de São Paulo, a Secretaria de Estado da Saúde, o Ministério Público e a Defensoria Pública, que criou o *Acessa SUS*.

2. No dia 13/12/2016 foi firmado um Termo de Cooperação Técnica entre o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), a Secretaria de Estado da Saúde, o Ministério Público e a Defensoria Pública, que estabelece protocolo de fluxo de serviços de triagem e orientação farmacêutica e nutricional e seus reflexos no sistema da Justiça, criando o denominado “Acessa SUS”. O Acessa SUS oferece um novo serviço para solicitação de medicamentos e insumos de saúde. Segundo esclareceu o TJSP, “na prática, a cooperação funcionará da seguinte forma: as solicitações da população referentes à concessão de remédios e tratamentos serão encaminhadas, primeiramente, à Secretaria de Saúde, onde um Comitê de especialistas fará análises técnicas sobre tais pedidos. O Ministério Público e a Defensoria Pública atuarão para que, mediante o resultado das análises técnicas, ocorra a solução dos pleitos sem necessidade de intervenção do Judiciário. Nos casos em que tal acordo não for possível e se houver interesse do solicitante, ele poderá se socorrer pela via judicial. Para poupar tempo, os mecanismos de comunicação entre as instituições, relativos ao resultado de análises técnicas, ocorrerá de forma eletrônica”. (TJSP firma termo de cooperação para diminuir judicialização da Saúde. Site TJSP, data-do de 14/12/2016. Endereço eletrônico: <<http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigo-Noticia=38392>> (acesso em: 28/2/2017).

Por sua vez, sobre os assuntos de Educação, o Poder Judiciário decide de maneira estritamente “técnico-formal”, sem o suporte de especialistas com *expertise* para analisar o impacto de suas decisões nas especificidades próprias do processo educativo e de aprendizagem.

A quem interessa acelerar o ritmo natural da criança? Qual o real benefício da antecipação do ingresso no Ensino Fundamental? Qual o impacto no processo de aprendizagem a médio e longo prazos? O Ensino Médio é tão somente um degrau para a Educação Superior? A Educação de Jovens e Adultos (EJA) é uma livre escolha para o adolescente que, na idade certa, tem à sua disposição o Ensino Médio no sistema regular de ensino? Essas são algumas das questões que precisam ser enfrentadas com o apoio técnico de especialistas (educadores, pedagogos, psicólogos, dentre outros), especialmente em uma sociedade que acolhe a doutrina da proteção integral da criança e do adolescente já em seu texto constitucional.

O ranking da judicialização

O acesso à Educação Infantil, em especial à Creche, está no topo do *ranking* da judicialização.

A matrícula de crianças em creches e pré-escolas por parte das redes municipais de Educação é objeto de demandas judiciais crescentes, ajuizadas especialmente por parte dos Ministérios Públicos Estaduais, Defensorias Públicas e pelas próprias famílias em nome das crianças. Dado que, em 2015, 30,4%³ das crianças de 0-3 anos estão na Creche, se não for desenvolvido um diálogo interinstitucional permanente para estimular o planejamento e metas progressivas, a judicialização será uma realidade inafastável.

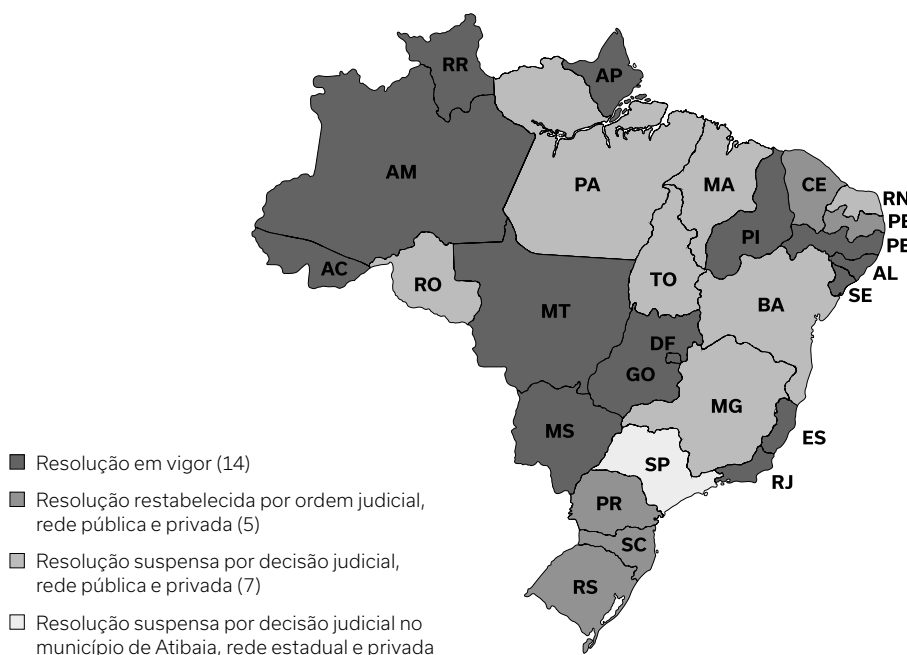
Despontam em posição de destaque, dada a imensa massa de ações propostas, as ações sobre os limites etários para acesso às etapas da Educação. O mais dramático é o que se instaurou em torno do corte etário para matrícula inicial na Escola e no 1º ano do Ensino Fundamental de nove anos. As ações judiciais questionam o critério fixado pelas Resoluções nº 1

3. Observatório do PNE. Meta 1. Porcentagem de crianças de 0 a 3 anos na Educação Infantil. Fonte: IBGE/Pnad. Elaboração: Todos Pela Educação. Endereço eletrônico: <<http://www.observatoriodopne.org.br/metaspne/1-educacao-infantil>> (acesso em: 14/9/2017).

e 6, de 2010, da CNE/CEB, que exigem que, até o dia 31 de março do ano em que ocorrer a matrícula, a criança tenha 6 anos completos para ingresso no 1º ano do Ensino Fundamental e 4 anos completos para ingresso na Pré-Escola. Há diversas resoluções e leis sobre o tema, editadas por Conselhos Estaduais de Educação e unidades da federação brasileira, que também foram submetidas ao crivo do Judiciário.

O argumento central dessas demandas é que as Resoluções violam o direito à Educação Básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade e o princípio da igualdade. Diversas ações civis públicas foram ajuizadas no território nacional pelo Ministério Público Federal resultando na suspensão das Resoluções da CNE/CEB em vários estados da Federação, criando o seguinte cenário:

Mapa da vigência das Resoluções CNE/CEB nº 1 e 6 no território nacional⁴



Fonte: elaboração da autora com dados do Ministério da Educação.

4. O mapa da vigência das Resoluções CNE/CEB nº 1/2010 e nº 6/2010 no território nacional, da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, foi elaborado considerando as notas referenciais nelas informadas pelo Ministério da Educação. A decisão relativa ao município de Atibaia, rede estadual e privada de São Paulo que diz respeito à suspensão da Resolução Estadual que prevê o corte etário de 30 de junho.

Das 27 unidades que compõem a Federação brasileira, as Resoluções já estiveram suspensas em 12 delas e continuam em sete. Além dessas demandas, há diversas ações coletivas ajuizadas pelos Ministérios Públicos Estaduais e centenas de mandados de segurança impetrados em todo o território nacional, pelas famílias ou pelas Defensorias Públicas Estaduais, pleiteando a matrícula no 1º ano do Ensino Fundamental e na Pré-Escola, sem a observância da data do corte etário.

Em 14/12/2014, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial nº 1.412.704-PE (que tem por relator o ministro Sérgio Kukina) na ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal e decidiu que as Resoluções são legítimas e devem ser observadas pelo estado de Pernambuco. Enfatizou o ministro Sérgio Kukina que “o critério cronológico adotado pelas autoridades educativas federais não se revela aleatório, tendo sido precedido de diversas audiências públicas e ouvidos diversos *experts* no assunto”, de modo que, conclui ele, “está-se, a bem da verdade, frente a uma ‘falsa polêmica’, pois qualquer outra data de corte que estabelecesse, anterior ou posterior à atual, geraria descontentamento de uma parcela de interessados”⁵.

Embora a decisão do Superior Tribunal de Justiça tenha sido favorável às Resoluções da CNE/CEB, ela não põe fim ao imbróglio jurídico.

No STF pendem de análise duas demandas de controle concentrado de constitucionalidade: a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) ADC nº 17 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) ADPF nº 292. Ambas possuem o potencial de solucionar o impasse em torno do tema. As decisões referentes a elas têm eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos Tribunais e órgãos da administração pública em casos futuros.

Outro tema que tem sido amplamente submetido ao Judiciário é a matrícula e frequência de menores de 15 anos no Ensino Fundamental e de menores de 18 anos no Ensino Médio, em cursos e exames supletivos na modalidade de EJA, em especial após ingresso na Educação Superior.

Além das centenas de ações individuais, no estado do Mato Grosso do Sul, a Defensoria Pública ingressou com ação civil pública para garantir o acesso dos menores de 18 anos aos cursos supletivos. A sentença foi favorá-

5. Brasil – STJ – 1º Turma – Recurso Especial no 1, 412.704-PE (2013/0352957-0) – Recorrente: Ministério Público Federal e União – Recorrido: Os mesmos – Relator: ministro Sérgio Kukina – j. em 16/12/2014.

vel e o TJMS, ao apreciar o Recurso de Apelação do estado do Mato Grosso do Sul, o julgou improcedente sustentando, dentre outros argumentos, que se a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) não impõe limite etário ao ingresso no EJA, não poderá a Resolução do Conselho Estadual de Educação restringi-lo, extrapolando os limites do poder regulamentar, criando restrição não trazida pela lei regulamentadora, sob pena de ofensa ao princípio da reserva legal⁶.

A judicialização é ainda mais intensa nas circunstâncias em que, com aprovação no vestibular, há a intenção de prestar exames supletivos para conclusão do Ensino Médio. É o que ocorre sobretudo no Distrito Federal, em Minas Gerais, Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Sul e, em menor escala, em outros estados da Federação.

A certificação de conclusão do Ensino Médio, com base nas notas obtidas no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), por aqueles que não o concluíram (ou até mesmo que foram reprovados no curso regular) e que possuem menos de 18 anos, com objetivo, sobretudo, de ingresso na Educação Superior, também tem sido alvo de intenso questionamento judicial. Tal pleito é feito com fundamento nas notas necessárias previstas na Portaria Inep nº 144, de 24/5/2012, autarquia do Ministério da Educação⁷, bem como no direito à progressão educacional, previsto no artigo 205 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no artigo 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

6. Brasil – TJMS – 3ª Câmara Cível – Apelação/Reexame Necessário nº 0800147-17.2013.8.12.0005 – Apelante: Estado de Mato Grosso do Sul – Apelado: Defensoria Pública de Mato Grosso do Sul – Relator: des. Oswaldo Rodrigues de Melo – j. em 14/10/2014.

7. O Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) lançou a Portaria nº 144/2012, estabelecendo critérios subjetivos e objetivos para o requerimento da emissão do certificado:

“Art. 1º A certificação de conclusão do Ensino Médio e a declaração parcial de proficiência com base no Exame Nacional de Ensino Médio (ENEM) destinam-se aos maiores de 18 (dezoito) anos que não concluíram o Ensino Médio em idade apropriada, inclusive às pessoas privadas de liberdade.

Art. 2º O participante do ENEM interessado em obter certificação de conclusão do ensino médio deverá possuir 18 (dezoito) anos completos até a data de realização da primeira prova do ENEM e atender aos seguintes requisitos:

I – atingir o mínimo de 450 (quatrocentos e cinquenta) pontos em cada uma das áreas de conhecimento do exame;

II – atingir o mínimo de 500 (quinhentos) pontos na redação.”

O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido tal certificação por entender que os requisitos previstos no artigo 38 da LDB e na regulamentação infralegal derivam da formação de um sistema regular de ensino, que fornece exceção somente àqueles que não puderam obter a fruição de tal direito fundamental na idade própria por diversos motivos sociais⁸.

Todavia, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça Estaduais possuem posições distintas entre si e, muitas vezes, nos seus próprios órgãos fracionários (Turmas/Câmaras).

Além dos limites etários em geral, o oferecimento de atendimento em creches e pré-escolas em período ininterrupto, durante o recesso escolar, tem sido objeto de ações civis públicas propostas, sobretudo, pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público em vários municípios. Embora não sejam numerosos os casos, a discussão tem como pano de fundo o Parecer nº 8/11, da CNE/CEB, posteriormente submetido a reexame por meio do Parecer nº 23/2012, aprovado, por unanimidade, em 6/12/2012 e homologado por despacho ministerial publicado no Diário Oficial da União (DOU) de 19/3/2013.

Esse assunto ainda não foi julgado pelo STF e STJ, mas já foi analisado por alguns Tribunais de Justiça, como é caso de São Paulo, Bahia e Rio Grande do Sul. Em apertada síntese, tais Tribunais entendem que a Educação Infantil é um serviço essencial, que deve ser prestado em caráter ininterrupto para garantir a proteção à infância e à família.

Por fim, o estudo apontou três casos emblemáticos que estão na pauta do STF e que merecem atenção da CNE/CEB: o ensino religioso de natureza não confessional (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439 – relator ministro Roberto Barroso), a obrigatoriedade de promoção da Educação Especial/Inclusiva pelas escolas privadas, sem custo adicional (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5957 – relator ministro Edson Fachin) e o ensino domiciliar ou *homeschooling* como meio lícito de cumprimento, pela família, do dever de prover Educação (Repercussão Geral do Recurso Extraordinário 888.815-RS – relator ministro Roberto Barroso).

A Suprema Corte já se pronunciou sobre a Educação Especial/Inclusiva, em 9/6/2016, endossando a obrigatoriedade de as escolas privadas pro-

8. Brasil – STJ – 2ª Turma – Recurso em Mandado de Segurança nº 36.545 – MS – Recorrente: Fabio Alex Correa Junior – Recorrido: Estado de Mato Grosso do Sul – Relator: ministro Humberto Martins – j. em 1/3/2012.

moverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias sem que ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas. As demandas relativas ao ensino religioso e ao ensino domiciliar ou *homeschooling* ainda continuam na pauta do STF e exigem atenção.

Conclusões: perspectivas e possibilidades

A análise da judicialização da Educação Básica demonstrou que a redução da litigância em torno dos temas analisados reside menos na modificação das diretrizes curriculares nacionais e operacionais atuais e mais no fortalecimento dos atos normativos do CNE e no processo de articulação e diálogo interinstitucional.

Nessa perspectiva, vislumbram-se alguns caminhos para o fortalecimento da atuação estratégica da CNE/CEB no processo de articulação nacional da Educação.

Apoio técnico nas demandas de Educação

A diversidade de decisões díspares dos tribunais brasileiros sobre os temas discutidos neste artigo demonstra a falta de consenso sobre a matéria⁹ e a ausência do suporte de especialistas na área da Educação.

A criação de uma instância de diálogo entre o Poder Judiciário e especialistas poderá contribuir de forma inestimável para o desenho de uma decisão não apenas justa e fundamentada juridicamente, mas sobretudo fruto da análise do seu impacto no processo educativo e de aprendizagem. Nesse processo, o CNE poderia, por exemplo, capitanear, em diálogo com o CNJ – e eventualmente com o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e instituição de abrangência nacional das Defensorias Públicas –,

9. Vide o Anexo sobre “Jurisprudência relativa à Educação Básica” ao Projeto 914BRZ1009.2 CNE/Unesco – “A Qualidade Social da Educação Brasileira nos Referenciais de Compromisso do Plano e do Sistema Nacional de Educação”. Endereço eletrônico: <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/172905/a_qualidade_social_da_educacao_brasileira_projeto_914brz1009.2_cne_unesco.pdf> (acesso em: 29/6/2017).

a criação de um procedimento padrão para a análise dessas demandas, com subsídios especializados.

Força vinculante das normas gerais de Educação do CNE/CBE

A LDB prevê, no artigo 8º, §1º¹⁰, que caberá à União a coordenação da Política Nacional de Educação, articulando os diferentes níveis e sistemas de ensino, com função normativa, redistributiva e supletiva em relação às demais instâncias educacionais.

Incumbe à União, nessa função de coordenação, “estabelecer, em colaboração com os estados, o Distrito Federal e os municípios, competências e diretrizes para a Educação Infantil, o Ensino Fundamental e o Ensino Médio, que nortearão os currículos e seus conteúdos mínimos, de modo a assegurar formação básica comum” (artigo 9º, inciso IV, da LDB).

As atribuições do Poder Público federal são exercidas pelo Ministério da Educação (MEC), assessorado pelo CNE, que possui atribuições normativas e deliberativas, como dispõem os artigos 6º, §1º¹¹, e 7º¹² da Lei nº 4.024/1961, com a redação que lhe foi atribuída pela Lei nº 9.131/1995.

No desempenho de suas atribuições, o CNE deve manter um diálogo articulado com os sistemas de ensino em âmbito federal, estadual e municipal, em regime de colaboração e de cooperação.

10. “Art. 8º. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em regime de colaboração, os respectivos sistemas de ensino.

§1º. Caberá à União a coordenação da política nacional de educação, articulando os diferentes níveis e sistemas e exercendo função normativa, redistributiva e supletiva em relação às demais instâncias educacionais.”

11. “Art. 6º. O Ministério da Educação e do Desporto exerce as atribuições do Poder Público federal em matéria de educação, cabendo-lhe formular e avaliar a política nacional de educação, zelar pela qualidade do ensino e velar pelo cumprimento das leis que o regem.

§1º. No desempenho de suas funções, o Ministério da Educação e do Desporto contará com a colaboração do Conselho Nacional de Educação e das Câmaras que o compõem.”

12. “Art. 7º. O Conselho Nacional de Educação, composto pelas Câmaras de Educação Básica e de Educação Superior, terá atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento ao Ministro de Estado da Educação e do Desporto, de forma a assegurar a participação da sociedade no aperfeiçoamento da educação nacional.”

Acrescente-se mais um dado relevante na complexa repartição de competência na seara da Educação: a competência para legislar sobre direito à Educação é concorrente entre os entes federativos (art. 24, IX da CFRB/1988). À União cabe estabelecer normas gerais. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. Na superveniência da lei federal sobre normas gerais, suspende-se a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Dado esse quadro, para que não haja conflito normativo no âmbito dos sistemas de ensino, a repartição de competências entre o CNE e os Conselhos Estaduais e Municipais de Educação, por paralelismo ao exercício da competência legislativa concorrente, deve se dar do mesmo modo.

Vale dizer: compete ao CNE estabelecer as normas gerais sobre Educação, em colaboração com os estados, o Distrito Federal e os municípios. Tal entendimento é coerente com a análise sistemática da legislação. O artigo 10, incisos III e V, é cristalino ao prever que os estados e o Distrito Federal devem baixar normas complementares para o seu sistema de ensino e executar políticas e planos educacionais, em consonância com as diretrizes e planos nacionais de Educação. Na mesma toada, o artigo 11, incisos I e III, prevê a competência do município para baixar normas complementares para seu sistema de ensino e integrá-lo às políticas e aos planos educacionais da União e dos estados.

Ora, se tanto os estados quanto o Distrito Federal e os municípios devem baixar as normas *complementares* para o seu sistema de ensino, desprende-se que as *normas gerais* emanadas pelo CNE são de observância obrigatória. Entende-se que a divisão de competências clara é um dos pilares para a estruturação do Sistema Nacional de Educação, em conformidade com o artigo 13 da Lei nº 13.005/2014 (Plano Nacional de Educação – PNE)¹³.

Para exemplificar, a definição do corte etário para ingresso na Pré-Escola e no 1º ano do Ensino Fundamental de nove anos, objeto das Resoluções nº 1, de 14/1/2010, e nº 6, de 20/10/2010, é inequivocamente uma norma

13. “Art. 13. O Poder Público deverá instituir, em lei específica, contados 2 (dois) anos da publicação desta Lei, o Sistema Nacional de Educação, responsável pela articulação entre os sistemas de ensino, em regime de colaboração, para efetivação das diretrizes, metas e estratégias do Plano Nacional de Educação.”

nacional para a Educação. Sua função é unificar uma data para todo o território nacional e propiciar a segurança jurídica no ambiente educacional.

Entender de modo diverso, admitindo que os Conselhos Estaduais e Municipais tenham competência para criar regras diversas para seus respectivos sistemas de ensino é inviabilizar a harmonização dos sistemas de ensino em âmbito federal, estadual e municipal.

A situação é ainda mais crítica em um cenário de 26 estados, um Distrito Federal e mais de 5.500 municípios. Se não houver repartição de competências claras entre os órgãos normativos dos sistemas de ensino, nada impede, como ocorre atualmente, a existência de cortes etários diferenciados em uma mesma localidade, a depender do fato de a escola ser municipal ou estadual, o que gera uma grande falta de coordenação da política nacional de Educação pela simples mobilidade das crianças no território nacional.

Nesse cenário, para evitar decisões díspares, é fundamental reconhecer o caráter vinculante dos atos normativos do CNE que enunciem normas gerais de Educação.

Aperfeiçoamento da taxonomia

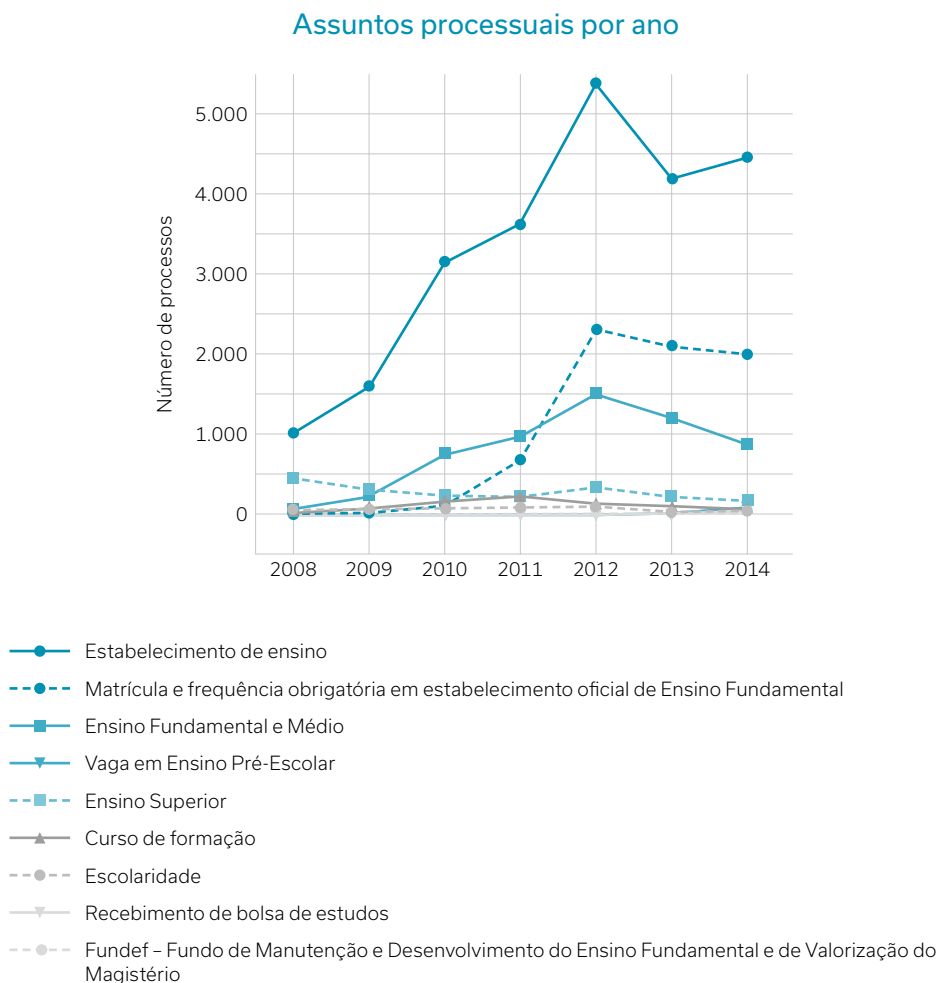
A elaboração do trabalho para a CNE/CEB e a Unesco revelou a urgência do aperfeiçoamento da taxonomia dos assuntos relativos à Educação das Tabelas Processuais Unificadas do CNJ¹⁴.

Em primeiro lugar, é fundamental que os assuntos estejam alinhados ao conceito de Educação Básica, disposto pela Emenda Constitucional nº 59/2009, bem como às etapas e modalidades de Educação previstas na LDB e detalhadas nos pareceres e resoluções da CNE/CEB.

Em segundo lugar, o grau de agregação das Tabelas Processuais Unificadas, nos assuntos da Educação Básica, é muito elevado e torna árdua e pouco segura a análise dos temas judicializados. A título exemplificativo, a pesquisa das demandas sobre Creche, primeira etapa da Educação Infantil, é dificultada pelo fato de esta etapa não estar prevista nas Tabelas, a despeito de sua posição de destaque no *ranking* das demandas relacionadas à Educação.

14. Os assuntos de Educação estão previstos no macrotema “Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público”, na subdivisão de “Serviços”.

O levantamento feito pela Secretaria de Planejamento Estratégico do TJSP, relativo aos processos distribuídos sobre os assuntos da Educação no período de 2008-2014 (Gráfico 1), demonstra claramente que os dados gerados não permitem extrair um diagnóstico conclusivo da política pública de Educação:



O aprimoramento da taxonomia trará vários benefícios. Com uma “métrica” aperfeiçoada, os dados estatísticos poderão ser utilizados para fins de planejamento estratégico e avaliação da política pública educacional, nos âmbitos nacional, estadual e municipal, com base na análise das demandas judiciais, dos principais demandantes, do seu fluxo ao longo do tempo e do padrão decisório do Poder Judiciário.

Esses dados são preciosos para se vislumbrar tendências e, com base nelas, induzir políticas públicas ou normativas com vistas na redução da litigiosidade.

Para viabilizar esse aprimoramento, defendeu-se no estudo realizado para CNE/CEB e Unesco, que é ponto de partida para o presente artigo, que fosse firmado um Termo de Cooperação Técnica entre o CNE, o CNJ e CNMP. O objetivo da referida cooperação é promover o aperfeiçoamento técnico da taxonomia relativa aos assuntos da Educação e permitir acesso do CNE ao banco de dados e estatísticas do CNJ e do CNMP. Desse modo, o CNE terá condições de refinar a análise dos processos e, com isso, ter mais condições de propor medidas voltadas ao aprimoramento da Educação de qualidade no país.

Agenda interinstitucional

Para a coordenação da política nacional de Educação, destacou-se a importância do protagonismo da CNE/CEB junto ao Poder Judiciário, ao Poder Legislativo e às Cortes de Contas.

Poder Judiciário

Importantes ações tramitando no STF merecem atenção da CNE/CEB, como já destacado neste artigo.

É recomendável um acompanhamento próximo e proativo da CNE/CEB perante o STF, especialmente para sensibilizar a Suprema Corte sobre a urgência da inclusão dos processos em pauta de julgamento, em especial a ADC nº 17 e a ADPF nº 292. Para isso, é fundamental demonstrar o impacto econômico do ajuizamento massivo de ações em todas as unidades da Federação sobre o tema, bem como sua importância para a operacionalização e harmonização dos sistemas de ensino.

A realização de uma Audiência Pública para debater todos os aspectos, inclusive os pedagógicos, que nortearam as Resoluções da CNE/CEB pode ser uma boa estratégia para a formação do convencimento dos ministros do STF.

Poder Legislativo

Há na pauta do legislativo diversos projetos de lei relativos ao corte etário para ingresso no 1º ano do Ensino Fundamental, para antecipar a idade mínima para realização dos exames supletivos, a respeito da cer-

tificação da conclusão do Ensino Médio e do ensino domiciliar ou *home-schooling*, dentre outros.

É estratégico, portanto, o acompanhamento ativo da agenda legislativa dado o impacto de vários projetos de lei nos rumos da Educação brasileira.

Cortes de Contas

O artigo 5º da Lei nº 13.005/2014 (PNE) previu que a execução do PNE e o cumprimento de suas metas serão objeto de monitoramento contínuo e de avaliações periódicas realizados pelo CNE, bem como pelo MEC, Comissão de Educação da Câmara dos Deputados e Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal e Fórum Nacional de Educação.

O monitoramento das metas do PNE foi eleito pela Atricon (Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil) como um tema estratégico que deve estar na agenda de todos os Tribunais de Contas do Brasil. Para orientar o monitoramento, foi editada a Resolução Atricon nº 03/2015, de 6/12/2015, que “aprova as Diretrizes de Controle Externo Atricon relacionadas à temática Controle externo nas despesas com educação”¹⁵.

Além disso, o monitoramento das metas do PNE foi objeto do Acórdão 795/2016 – Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU), de 06.04.2016, de relatoria da ministra Ana Arraes (Relatório de Acompanhamento do MEC – TC 011.350/2015-6), que aprovou a metodologia de acompanhamento do PNE 2014/2024 e definiu quatro temas iniciais para fiscalização do TCU: (i) Educação Infantil – universalidade do acesso à Pré-Escola; (ii) Ensino Médio – monitoramento das deliberações proferidas em 2013; (iii) valorização da remuneração e da carreira docente na Educação Básica; e (iv) financiamento estudantil. Em 16/11/2016, foi proferido o Acórdão 2921/2016 – TCU – Plenário, também de relatoria da ministra Ana Arraes, que aprovou a continuidade do processo de acompanhamento do PNE 2014-2024 e validou a matriz de controle do PNE, que classificou as 254 estratégias quanto a: (i) qualidade da Educação; (ii) relevância; (iii) materialidade; (iv) criticidade e prazo; e (v) criticidade no acompanhamento, para eleger os objetos e ações de controle do TCU no período de 2017-2019.

15. Endereço eletrônico: <<http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2016/02/Resolu%C3%A7%C3%A3o-Atricon-n-03-diretrizes-educa%C3%A7%C3%A3o.pdf>> (acesso em: 5/3/2017).

É fundamental que o CNE acompanhe os trabalhos de fiscalização do TCU e com ele mantenha um diálogo qualificado em torno das metas do PNE, visto que o CNE é um dos órgãos incumbidos de monitorar a sua execução pelo artigo 5º da Lei nº 13.005/2014 (PNE).

Acredita-se que, ao trilhar esses caminhos, o CNE contribuirá ainda mais para o fortalecimento da sua atuação estratégica no processo de articulação nacional por uma Educação de qualidade para todos.

Agradecimentos

A realização do estudo sobre o qual trata este artigo não seria possível sem a inestimável colaboração de pessoas que, de uma forma ou de outra, me ajudaram a encontrar caminhos para os desafios que me foram sendo impostos ao longo do trabalho. São elas:

Alexandra Fuchs de Araújo – *Juíza de Direito.*

Antonio Carlos Ozório Nunes – *Promotor de Justiça e assessor do Centro de Apoio Operacional Cível e de Tutela Coletiva (CAO) de Educação do Ministério Público de São Paulo.*

Bianca Mota de Moraes – *Promotora de Justiça e coordenadora do Centro de Apoio Operacional Cível e de Tutela Coletiva (CAO) de Educação do Ministério Público do Rio de Janeiro.*

Binho Marques – *Ex-secretário da Secretaria de Articulação com o Sistema de Ensino do Ministério da Educação (Sase/MEC).*

Carmen Giadans Corbillon – *Secretária da Secretaria de Planejamento Estratégico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Seplan).*

César Callegari – *Conselheiro do Conselho Nacional de Educação (CNE).*

Clarice Seixas Duarte – *Professora da pós-graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.*

Élida Graziane Pinto – *Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo.*

Fernanda Teixeira Souza Domingos – *Procuradora da República no Estado de São Paulo.*

Filipe Guedes de Oliveira – *Advogado do Conselho Nacional de Educação (CNE).*

Francisco Cordão – *Ex-conselheiro do Conselho Nacional de Educação (CNE).*

Geisa de Assis Rodrigues – *Procuradora da República no Estado de São Paulo.*

Jamil Cury – *Professor da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).*

João Paulo Faustini e Silva – *Promotor de Justiça, integrante do Grupo de Atuação Especial de Educação do Ministério Público do Estado de São Paulo.*

Luiz Antonio Miguel Ferreira – *Promotor de Justiça, integrante do Grupo de Atuação Especial de Educação em Presidente Prudente do Ministério Público do Estado de São Paulo.*

Mara Renata da Mota Ferreira – *Defensora Pública do Estado de São Paulo.*

Marcelo Dayrell Vivas – *Defensor Público do Estado de São Paulo.*

Maria Garcia – *Professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/-SP).*

Maria Lucia Meirelles Reis – *Diretora administrativo-financeira do Todos Pela Educação (TPE).*

Maria Paula Dallari Bucci – *Professora e superintendente jurídica da Universidade de São Paulo (USP).*

Mozart Neves Ramos – *Educador e diretor de articulação e inovação do Instituto Ayrton Senna.*

Nina Ranieri – *Professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).*

Patricia Ulson Pizarro Werner – *Procuradora do Estado de São Paulo e Procuradora Chefe da Consultoria Jurídica da Secretaria de Educação do Estado de São Paulo.*

Patricia Viviane Moreira – *Advogada do Conselho Nacional de Educação (CNE).*

Pedro Antonio de Oliveira Machado – *Procurador Regional dos Direitos do Cidadão da Procuradoria da República no Estado de São Paulo.*

Priscila Cruz – *Presidente-executiva do Todos Pela Educação (TPE).*

Richard Pae Kim – *Juiz de Direito.*

Rodrigo Teixeira – *Diretor da Secretaria de Planejamento Estratégico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Seplan).*

Rogério Góes – *Conselheiro do Conselho Regional de Administração do Estado de São Paulo.*

Salomão Barros Ximenes – *Professor Adjunto da Universidade Federal do ABC (UFABC).*

Sérgio Luiz Pinel Dias – *Procurador da República no Estado do Rio de Janeiro.*

Thamara Duarte Cunha Medeiros – *Ex-Diretora Técnica do Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).*



Justiça, Educação e o papel do CNE no equilíbrio entre os Poderes

EDUARDO DESCHAMPS

*Presidente do Conselho Nacional de Educação (CNE),
graduado em Engenharia Elétrica, com mestrado e doutorado na mesma disciplina
pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).*

Minha experiência como gestor educacional se iniciou há pouco mais de 25 anos, no âmbito universitário. Já meu envolvimento com a Educação Básica data do começo desta década, quando assumi o posto de secretário adjunto e, depois, de secretário de Estado da Educação em Santa Catarina. Quando passei a atuar na Secretaria, fui também nomeado conselheiro do Conselho Estadual de Educação. Mais recentemente, tornei-me conselheiro do Conselho Nacional de Educação (CNE), no âmbito da Câmara de Educação Básica, sendo eleito presidente desse egrégio Conselho, com mandato de dois anos, em outubro de 2016.

Na condição de gestor educacional, tenho tido a oportunidade de me deparar todas as semanas com uma imensa gama de demandas judiciais que partem, em alguns casos, diretamente dos cidadãos catarinenses, mas, na imensa maioria das vezes, de ações movidas pelo Ministério Público Estadual ou Federal. Considerando apenas as demandas do Ministério Público Estadual, foram contabilizadas nos últimos cinco anos 699 ações, ou seja, quase três por semana. O maior número de ações judiciais foi registrado em questões relativas a registros de matrículas e infraestrutura escolar.

No âmbito do CNE, pude observar que, como apresentado no estudo de Alessandra Gotti¹ para a Câmara de Educação Básica, a data de corte

1. GOTTI, Alessandra. *A judicialização na Educação Básica no Brasil*. Unesco – Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação. São Paulo, 2016 (ver capítulo “Um retrato da judicialização da Educação Básica no Brasil”).

para regulamentar a matrícula na Educação Infantil e no Ensino Fundamental é um tema que gera frequentes questionamentos judiciais.

Passo a realizar minhas reflexões sob o ponto de vista de um gestor público que procura considerar elementos tais como a necessidade de planejamento, os limites orçamentários e a capacidade operacional do serviço público, sem deixar de considerar aspectos importantes como os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Brasileira de 1988, em particular o direito à Educação, com frequência utilizado como fundamento para as diversas ações judiciais propostas pelo Ministério Público ou outros atores no campo jurídico. Além disso, quero preliminarmente registrar que concordo com a visão de que as instituições que formam o sistema de Justiça brasileiro têm, pela via de um controle social construtivo e orientador, a capacidade de ser importantes aliadas na busca pela melhoria da qualidade da Educação pública de nosso país.

Para contextualizar as dificuldades enfrentadas pelos gestores educacionais públicos, bem como pelos membros dos sistemas normativos da Educação (Conselhos Estaduais e Conselho Nacional de Educação), peço licença para apresentar a comparação entre a operação de uma Secretaria de Educação e de uma empresa.

Imagine uma empresa com 500 mil clientes diretos e 6 milhões de clientes indiretos. Essa empresa tem mais de mil filiais, 36 escritórios regionais e 40 mil funcionários. Em suas filiais, há igual número de restaurantes ou lanchonetes que servem mais de 400 mil refeições por dia. Essa mesma empresa é, ainda, responsável pelo transporte de mais de 200 mil pessoas por dia. O orçamento gira em torno de R\$ 3 bilhões por ano, implicando um “tíquete médio” por cliente de R\$ 6 mil por ano ou R\$ 500 por mês.

Pois essa empresa é a Secretaria de Educação do Estado de Santa Catarina, que gerencia uma rede de escolas do porte descrito acima. Essa realidade é muito próxima da dos demais estados e municípios do país, com redes de escolas que atendem a Educação Infantil, os Ensinos Fundamental e Médio, a Educação de Jovens e Adultos e, em alguns casos, também a Educação Superior. De maneira geral, o valor do “tíquete médio” – ou da “mensalidade” – das escolas públicas situa-se bem abaixo do de escolas privadas. Como agravante, para além do serviço educacional em si (como professor, sala de aula e laboratório), a rede pública ainda entrega gratuitamente aos estudantes serviços de elevada importância social, tais como alimentação, transporte, materiais didáticos e uniformes.

No mundo empresarial, qualquer organização desse porte teria uma administração muito profissionalizada, utilizando as mais modernas técnicas de administração organizacional para maximizar sua eficiência, aliadas a um eficaz sistema de captação dos melhores profissionais para seus quadros. Infelizmente, não é o que acontece no setor público.

Dessa forma, os limites operacionais dos gestores públicos brasileiros são significativos, o que exige grande capacidade de planejamento para que os recursos disponíveis possam ser aplicados de modo eficiente e cheguem da maneira mais eficaz possível aos estudantes nas escolas. Porém, para que o planejamento norteador da ação seja adequadamente elaborado, é necessário respeitar duas premissas: (i) previsibilidade de cenários e (ii) regras constantes. Assim, o respeito aos limites orçamentários do Estado brasileiro, a confirmação de contratos e regras vigentes e a busca de uma interpretação uniforme dessas regras é fundamental para que a gestão pública possa ser eficiente.

Infelizmente, a frequente judicialização de questões relativas à Educação, fruto de uma série de fatores, faz com que o gestor público não consiga executar projetos conforme estabelecido no planejamento e na organização orçamentária. Com frequência, é preciso deslocar um imenso esforço para a discussão e o cumprimento das decisões judiciais (com frequência de forma liminar), minando a capacidade executiva da administração. Além disso, muitas vezes as decisões judiciais focam mais em direitos individuais do que em direitos coletivos, resultando em potenciais prejuízos para um grande grupo de cidadãos em detrimento de alguns poucos. Igualmente importante considerar a defasagem histórica das estruturas educacionais brasileiras, fruto de um país que ainda precisa fazer com que os direitos sociais sejam estendidos a todos de maneira igualitária e, neste momento, com equidade, face às enormes diferenças entre as diversas classes sociais da população.

Obviamente que não se quer aqui retirar o direito de nenhum cidadão, tampouco da sociedade, buscar o estabelecido na Constituição. Aliás, Educação para todos com qualidade e protagonismo social, ou seja, demandas por direitos fundamentais, entre eles o acesso à Educação, pelas mais diversas vias, entre elas a judicial, são fruto do ordenamento institucional que se estabeleceu no Brasil a partir da aprovação da Carta Magna.

Nesse sentido, observa-se a crescente judicialização de demandas sociais, em particular nas áreas de Saúde e Educação. Entretanto, a organização jurídico-institucional do Brasil muitas vezes leva a resultados opostos

ao que se almeja, uma vez que os gestores passam a se deparar com uma grande insegurança jurídica e decisões frequentemente conflitantes entre as diversas instâncias ou, ainda, decisões que são proferidas sem considerar a necessidade de que haja a mínima condição de planejamento ou adequação orçamentária prévias para seu cumprimento adequado.

Um exemplo dessas dificuldades situa-se na maneira como os diversos atores do sistema jurídico-institucional têm agido em relação à aplicação do recente Plano Nacional de Educação (PNE) e dos planos estaduais e municipais. Esses planos, frutos de exaustiva discussão por parte da sociedade brasileira e seus representantes, estabelecem uma série de metas e estratégias a serem cumpridas ao longo de dez anos. O documento nacional, do qual todos os demais derivam, tem na meta 20 a indicação da forma de financiamento das demais metas. Entretanto, diversas demandas judiciais, em particular nas questões relativas ao acesso à Educação Básica, têm desconsiderado esse horizonte de tempo e a falta de uma efetiva regulamentação da meta 20. As ações judiciais acabam exigindo, à luz de uma interpretação da Constituição mais focada no direito fundamental à Educação (que nos limites fáticos da administração) que sejam asseguradas ofertas de matrículas para além da capacidade de execução com as estruturas e recursos financeiros disponíveis na administração.

Assim, a ação intempestiva de alguns atores do sistema judiciário, incluindo o Ministério Público, aliada a um “superativismo” tanto de promotores de justiça quanto de juízes que observam única e exclusivamente sua interpretação do texto constitucional, sem observar regulamentações no âmbito legal ou normativo elaborados e aprovados pelo Poder Legislativo ou por órgãos da instância técnica, leva a uma instabilidade operacional que frustra o planejamento elaborado pelos gestores públicos, dificultando a capacidade de implementar políticas públicas de forma orgânica e eficiente.

Cabe lembrar também que atualmente o papel do gestor no âmbito do Executivo, consideradas as limitações já apresentadas, vem sendo desafiado por um novo fator – o excessivo fortalecimento dos órgãos de controle internos e externos. Tal tendência muitas vezes acaba drenando recursos importantes do ponto de vista orçamentário, que poderiam ser mais eficazes se aplicados no exercício das funções fins do Estado. É necessário, portanto, buscar um equilíbrio entre a execução e o controle das atividades públicas.

A necessária responsabilização dos atores envolvidos no processo educacional não deve se limitar apenas aos gestores maiores do Poder Execu-

tivo. O sistema educacional é extremamente complexo e descentralizado em sua gestão. Além disso, um emaranhado legal, muitas vezes de difícil interpretação ou aplicação, impede uma gestão eficiente dos recursos públicos que leve ao atendimento pleno dos direitos fundamentais expressos em nossa Carta Magna.

Para se chegar ao equilíbrio, torna-se necessário pesar os pontos elencados acima e buscar uma forma de conciliar os diferentes papéis dos três Poderes a fim de garantir o atendimento pleno do direito de todos os brasileiros, desde crianças até adultos, a uma Educação de qualidade. Nesse contexto, o diálogo entre as partes, em vez da disputa judicial, parece ser o instrumento mais adequado para a garantia dos direitos dentro dos limites que o Estado brasileiro apresenta.

Aqui merece destaque um novo papel que pode ser exercido pelo CNE, o de mediador entre o Poder Judiciário e os gestores educacionais brasileiros. A elaboração de estudos, como o de Alessandra Gotti, elencando os principais pontos de conflito judicial no âmbito da Educação no Brasil, pode permitir que o CNE realize uma ampla revisão do arcabouço normativo da Educação, e identifique sugestões de adequação de legislação a serem remetidas ao Ministério da Educação para envio ao Congresso Nacional na forma de projetos de lei. Todas essas revisões ou propostas de adequação devem ser acompanhadas de ampla discussão com a sociedade, em particular com gestores e atores do sistema judiciário, a fim de identificar os pontos de divergência e as possíveis soluções que garantam um ambiente mais estável para a oferta educacional. Além disso, o CNE, bem como os Conselhos Estaduais, pode se transformar em um fórum neutro para promover o diálogo entre as partes, considerando que todos os atores buscam um mesmo objetivo: Educação de qualidade para todos no Brasil.



A judicialização da Educação Infantil no Brasil

CESAR CALLEGARI

Sociólogo, é membro do Conselho Nacional de Educação (CNE) e diretor da Faculdade Sesi-SP de Educação. Foi secretário executivo do Ministério da Ciência e Tecnologia, secretário de Educação Básica do Ministério da Educação, secretário municipal de Educação de São Paulo e de Taboão da Serra (SP), presidente da Fundação para o Desenvolvimento da Educação (SP) e deputado estadual.

A judicialização das políticas e programas de Educação Básica no Brasil é um fenômeno crescente, figurando em posição de destaque a litigância em torno da Educação Infantil, em especial da ofertada em creches. Como em outros campos da vida social, a interferência do chamado “sistema de Justiça” nas relações entre o cidadão e os órgãos do aparelho de Estado se inscreve no movimento incessante de luta pela materialização dos direitos individuais e coletivos, muitos dos quais se configuram como conquistas registradas nos textos legais, nos planos e promessas governamentais, mas nem sempre disponíveis de fato.

No que tange ao atendimento educacional das crianças pequenas, é interessante lembrar que ele só passa a ser legalmente caracterizado como Educação muito recentemente, especificamente a partir de 1996, com a atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB). Antes disso, o atendimento em creches era de responsabilidade das áreas de assistência social, ou seja, creches para crianças até 3 anos de idade eram necessárias para assegurar a guarda e os cuidados às crianças da mulher trabalhadora. O Brasil deu um passo importante ao trazer as creches para o âmbito da Educação, como já havia feito com a Pré-Escola, que atende crianças de quatro e 5 anos. Mas ainda há um longo e tortuoso caminho a ser percorrido para qualificar todas as condições de acesso e permanência desses meninos e meninas nessas “novas” instituições educacionais. É evidente que a ampliação progressiva da demanda por creches decorre do espaço cada vez maior de mulheres no mercado de trabalho. Além disso, hoje há maior consciência sobre as conclusões da ciência quanto à importância da

Educação na primeira infância e os benefícios da Educação Infantil no desenvolvimento integral das crianças¹.

Se de um lado é crescente a pressão social pelo acesso a creches, por outro lado os municípios, aos quais a Constituição atribui essa responsabilidade, não têm sido capazes de expandir sua rede em velocidade suficiente para atender à demanda. Nessa “luta do rochedo com o mar” encontra-se a atuação do Poder Judiciário.

A judicialização da Educação Infantil

Como destaca o estudo sobre o fenômeno da judicialização da Educação Básica no Brasil desenvolvido pela Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação (CNE/CEB) e a Unesco em 2016², a matrícula de crianças em creches e pré-escolas por parte das redes municipais de Educação está no topo do ranking das demandas judiciais na área educacional.

As ações judiciais vêm sendo propostas especialmente pelo Ministério Público dos estados, Defensorias Públicas e pelas próprias famílias em nome das crianças, sob o argumento de que o direito à Educação Infantil é direito indisponível e que os municípios devem garanti-lo à população. Em sua defesa, os municípios alegam que a Educação Infantil não é etapa obrigatória e que o Poder Judiciário não pode imiscuir-se na esfera de decisão discricionária do Poder Executivo. Alegam, sobretudo, que Educação de qualidade não se improvisa, depende de meticuloso planejamento e que matricular crianças pequenas em suas unidades educacionais requer preparo de condições técnicas e profissionais adequadas. E mais: argumentam que as atividades, programas, projetos e ações gover-

1. BERLINGERI, Matheus Mascioli; SANTOS, Daniel Domingues dos. “Projeção da demanda por creche incorporando tendências econômicas e demográficas recentes”. In: CAMARANO, Ana Amélia (Org.). *Novo Regime Demográfico – uma nova relação entre população e desenvolvimento?* Rio de Janeiro: Ipea, 2014, pp. 447-448.

2. Projeto 914BRZ1009.2 CNE/Unesco – *A qualidade social da Educação brasileira nos referenciais de compromisso do Plano e do Sistema Nacional de Educação*. Estudo sobre a judicialização da Educação desenvolvido pela consultora Dra. Alessandra Gotti em 2016. Endereço eletrônico: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=41851-estudo-processos-judicializacao-temas-tratados-normas-da-ceb-cne-pdf&category_slug=maio-2016-pdf&Itemid=30192> (acesso em: 29/6/2017).

namentais são organizados em bases anuais sob as balizas do ano civil. Apontam que as próprias Leis Orçamentárias são anuais, prevendo receitas de despesas relativas a ações e obrigações estabelecidas para o ano ou para mais de um ano no caso dos Planos Plurianuais. Diante disso, concluem, as decisões judiciais que mandam matricular crianças deveriam levar em consideração que o gestor público tem limites legais quanto à mobilização de recursos financeiros e técnicos. E os gestores públicos se mostram amargurados ao ter que explicar para as famílias e representantes da Justiça que não apenas não há vagas disponíveis para matricular todas as crianças, mas também não há recursos para criar mais vagas. O quadro se revela mais delicado quando se trata de matricular crianças pequenas. Particularmente para elas, vaga em creche significa dispor de berços, roupa de cama, fraldas, espaço arejado, lactário, alimentos frescos, professores e auxiliares preparados, locais e equipamentos para banho, espaços adequados para brincar e tomar sol e todo um cuidado de introdução e adaptação de uma criança num grupo de outras crianças e num ambiente não doméstico. Diante disso, responsáveis pela gestão pública se veem em situação de impasse: como atender tempestivamente a determinações judiciais de matricular imediatamente uma criança e ao mesmo tempo garantir a ela o respeito e a qualidade educacional? Infelizmente, por falta do necessário diálogo, esse problema concreto raramente é considerado. No afã de logo decidir pela justeza da demanda por acesso a uma vaga e dar consequência ao seu julgamento, juízes liminarmente mandam fazer: ordenam que se matricule a criança. E cumpra-se! Mas a experiência mostra que pode haver um caminho melhor, que as relações não precisam ser necessariamente de litigância e que novas formas de proceder podem beneficiar as crianças e suas famílias, cujas necessidades dão sentido ao trabalho dos agentes públicos. Esse caminho seria o do diálogo prévio: um entendimento formal entre os Poderes compreendendo direitos, objetivos, metas, limites, recursos, responsabilidades, prazos e sistemas de acompanhamento e controle social.

É fato que a Emenda Constitucional nº 59/2009 estendeu a obrigatoriedade da Educação dos 4 aos 17 anos de idade, assegurando, inclusive, a oferta gratuita de Educação para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria, de modo progressivo até 2016. Isso significa dizer que, a partir de 2016, a Pré-Escola passou a ser etapa obrigatória de ensino e, portanto, o não oferecimento ou a oferta irregular de Educação na fase Pré-Escolar importa crime de responsabilidade da autoridade competente.

É importante destacar que mesmo antes dessa mudança constitucional, em termos práticos, as decisões do Poder Judiciário já asseguravam o direito à Educação Infantil, tanto aquele ofertado em pré-escolas quanto em creches.

Um marco no posicionamento judicial sobre essas demandas foi a decisão proferida em 2005 pelo ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), reconhecendo o direito público subjetivo à Educação (art. 208, inciso IV da Constituição Federal de 1988) e, portanto, o dever do município de viabilizar, em favor das crianças, o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola. A decisão destaca, ainda, que em casos excepcionais e quando os órgãos estatais competentes se mostrarem omissos, o Poder Judiciário poderá formular e implementar políticas públicas para que não restem vulnerados os direitos fundamentais, como é o caso do direito à Educação.

Embora a etapa da Creche não seja obrigatória, na medida em que o Poder Judiciário determina que os municípios atendam à demanda, sob o argumento de que o direito à Educação Infantil é indisponível, o descumprimento da decisão judicial, por si só, enseja a configuração de crime de responsabilidade (Lei nº 1.079/1950, art. 2º e art. 12, nº 2 e Decreto-lei nº 201/1967, art. 1º, XIV, §1º e §2º), produzindo consequência equivalente³.

A partir do referido precedente do STF, o Poder Judiciário passou a decidir, de forma majoritária, no sentido de que é dever do Estado criar condições para o efetivo acesso e atendimento das crianças em creches e pré-escolas, manifestando-se favoravelmente às demandas por vagas.

Os prós e contras da judicialização

Se, de um lado, as decisões judiciais possuem um impacto positivo na agenda de garantia de direitos fundamentais, de outro, a atuação do Poder Judiciário, sem que haja qualquer diálogo permanente com os gestores públicos, pode provocar um grande impacto no planejamento e na execução da política pública de Educação.

3. *A qualidade social da Educação brasileira nos referenciais de compromisso do Plano e do Sistema Nacional de Educação*. Op. cit., p. 11.

Partindo do pressuposto de que a Educação é um direito fundamental indisponível, os tribunais de Justiça brasileiros têm assegurado, como mencionado, de forma sistemática, o direito à matrícula em creches e pré-escolas. Em 2013, na cidade de São Paulo, aproximadamente 20 mil crianças foram matriculadas nas creches municipais (cerca de 25% do total das matrículas) por força de um sem-número de decisões judiciais.

Muito embora o mandado judicial vise a assegurar o direito da criança demandante, ele gera um efeito colateral que não pode ser desconsiderado ao se analisar o fenômeno da judicialização: matrículas realizadas por decisão judicial alteram a ordem cronológica das filas de espera que são normalmente adotadas pelas municipalidades para encaminhar o atendimento. Assim, essas decisões judiciais geram, na prática, o efeito de que as filas de espera formalmente constituídas sejam literalmente fragilizadas e desmoralizadas.

Como exemplo, vale lembrar novamente o que sucedeu na cidade de São Paulo. Mantendo há anos uma fila de espera institucionalizada e estruturada por um sistema informatizado, “Escola OnLine” (EOL), que permite a total transparência e acompanhamento dos interessados, a Secretaria Municipal de Educação decidiu em 2013 implantar uma política para dar prioridade às crianças em situação de extrema pobreza, assim caracterizadas pela inscrição no Cadastro Único do Ministério do Desenvolvimento Social/Programa Bolsa Família. A partir dessa nova sistemática, a cada dez crianças atendidas, duas deveriam estar enquadradas nessas condições de vulnerabilidade⁴. Também nesse caso, a concessão das liminares determinando matrícula impactou negativamente um programa de evidente interesse social. Mesmo crianças extremamente carentes e expostas a situações críticas eram preteridas por outras porque estas tinham em mãos a ordem judicial para que ocupassem a vaga. Isso não era justo. Em todos os casos, o fato é que os maiores prejudicados pelas decisões judiciais concedendo liminares com ordem expressa de matricular são as famílias, que, sem se socorrer ao Poder Judiciário, aguardam pacientemente na fila e veem ser desrespeitada a ordem de chamada de sua criança. Não poucos pais e mães, desanimados ou até revoltados, passaram a afirmar que melhor seria enfrentar as cada vez maiores e longas filas na porta da Defenso-

4. Portaria nº 6.770/2013, com critérios de prioridade mantidos pelo artigo 21 da Portaria nº 6811/2015, ambas da Secretaria Municipal de Educação de São Paulo.

ria Pública ou contratar um advogado para fazer o que fosse necessário. É óbvio que há alguma coisa errada em tudo isso.

Além desse relevante impacto, é preciso registrar que muitos municípios, para atender à pressão jurídica e social, acabam optando por expandir sua rede de creches por meio de convênios com entidades não governamentais. Trata-se, em geral, de um caminho mais rápido e frequentemente mais barato de ampliar o atendimento. Porém, nem sempre com os mais adequados padrões de qualidade e condições de formação e de trabalho dos seus profissionais. Cumpre destacar que no campo não governamental há muitas instituições educacionais de excelente qualidade que há décadas prestam um bom serviço às crianças e à sociedade. E que seria um absurdo ignorar essas ricas possibilidades de parceria quando estamos diante de um quadro dramático de demanda social não atendida. O Poder Público, no entanto, não pode se eximir de suas responsabilidades e, nesses convênios, deve sempre assegurar que seja oferecida Educação de qualidade. Aqui vale o alerta: estudos e pesquisas recentes têm demonstrado que um atendimento educacional inadequado a crianças muito pequenas é muito pior do que nenhum atendimento; claro, desde que essas crianças possam estar em casa e contar com a presença de suas mães ou cuidadoras. Educação Infantil de má qualidade, seja em creches públicas ou privadas, pode provocar um estresse tóxico causador de traumas e transtornos de difícil superação. Mais uma vez, vale ressaltar que, em Educação, não cabem improvisos.

Perspectivas para a Educação Infantil

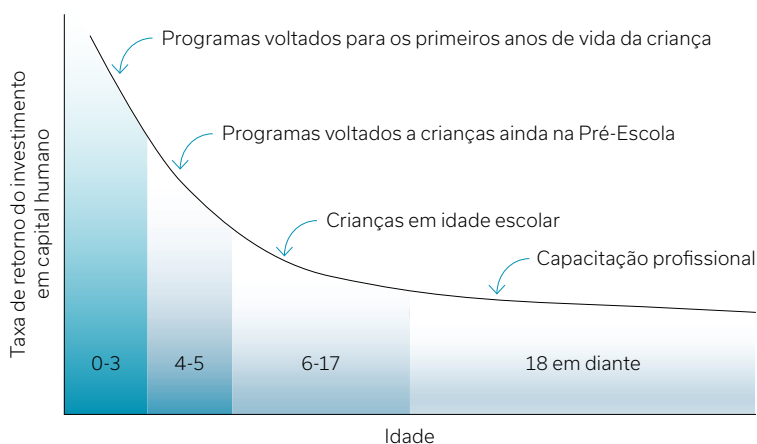
A ciência não deixa dúvidas de que as experiências vividas na primeira infância impactam a arquitetura do cérebro humano e seu desenvolvimento posterior.

O investimento em Educação nessa etapa da vida tem sido considerado uma estratégia fundamental de combate estrutural à pobreza e à desigualdade social, sobretudo para as crianças mais vulneráveis, cujas famílias têm mais dificuldades em garantir os estímulos necessários ao seu desenvolvimento nessa idade, como defende James Heckman, prêmio Nobel de Economia.

Esclarecem Daniel Santos e Felipe Polo que “os trabalhos de Heckman mostram a relação entre investimentos em Educação em diferentes momentos da vida dos indivíduos e o retorno esperado para essas intervenções

[vide gráfico abaixo]. Seus estudos apontam que ‘aplicar’ em capital humano em estágios mais iniciais da vida resulta em taxas maiores de retorno, que decaem conforme a idade avança. Em uma de suas análises, o pesquisador estabelece que o programa americano voltado à Educação Infantil “High Scope Perry Preschool” teve grande retorno sobre o capital investido, algo entre 600% e 1.100%. Para cada dólar investido nas crianças participantes do programa, de sete a doze dólares foram devolvidos à sociedade”⁵.

Retornos sobre cada dólar investido



Fonte: Programa "High Scope Perry Preschool".

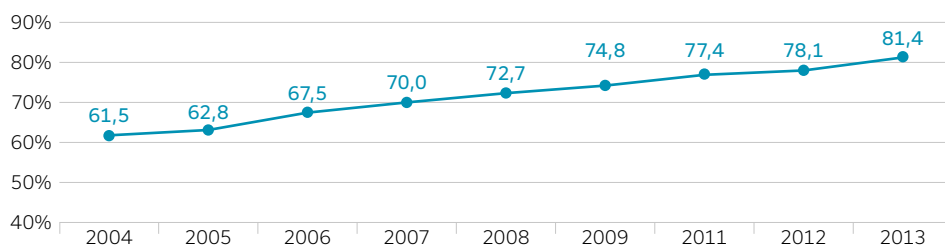
Esses estudos econômicos tiveram o grande mérito de reforçar, por um outro ângulo, aquilo que educadores e pesquisadores em Educação já sustentam há muitas décadas com um bordão conhecido: “O berço da desigualdade está na desigualdade do berço”. Em outras palavras: se o objetivo é uma sociedade justa, é preciso garantir equidade educacional desde a primeira infância. Seja qual for o argumento, o que importa aqui é destacar que um robusto conjunto de evidências acerca da importância da Educação Infantil deu base a disposições contidas no Plano Nacional de Educação (PNE), que, em sua Meta 1, prevê a “universalização até 2016 da

5. Conecta: Educação na primeira infância, um investimento de alto retorno. 23/6/2016. Endereço eletrônico: <<http://cienciaparaeducacao.org/blog/2016/06/23/conecta-educacao-infantil-investimento-de-alto-retorno>> (acesso em: 5/3/2017).

Educação Infantil na Pré-Escola para as crianças de 4 a 5 anos de idade e a ampliação da oferta de Educação Infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% das crianças de até 3 anos até o final da vigência deste PNE”, em 2024.

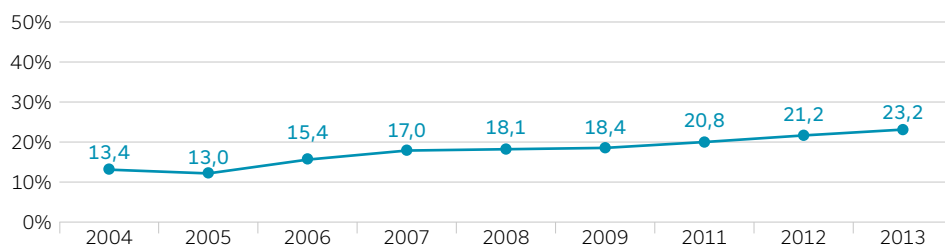
Ao analisar a série histórica de 2004-2013, o Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), órgão do Ministério da Educação, no estudo *Plano Nacional de Educação PNE 2014-2024 – Linha de Base*⁶, apontou que houve uma evolução crescente no percentual da população de 0-5 anos que frequentava a Educação Infantil. Verificou-se um avanço mais expressivo para as crianças de 4-5 anos, comparativamente às de 0-3 anos.

Percentual da população de 4 e 5 anos de idade que frequentava a escola – Brasil



Fonte: Pnad/IBGE. Elaboração: Dired/Inep.

Percentual da população de 0 a 3 anos de idade que frequentava a escola – Brasil

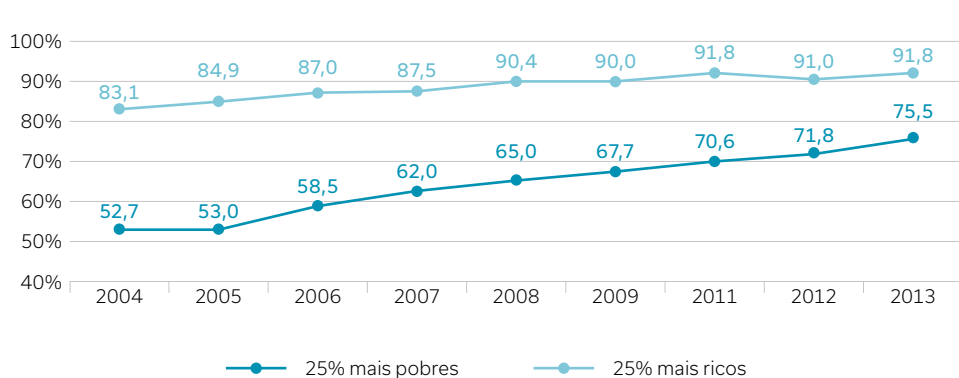


Fonte: Pnad/IBGE. Elaboração: Dired/Inep.

6. Endereço eletrônico: <<http://www.publicacoes.inep.gov.br/portal/download/1362>> (acesso em: 4/7/2017).

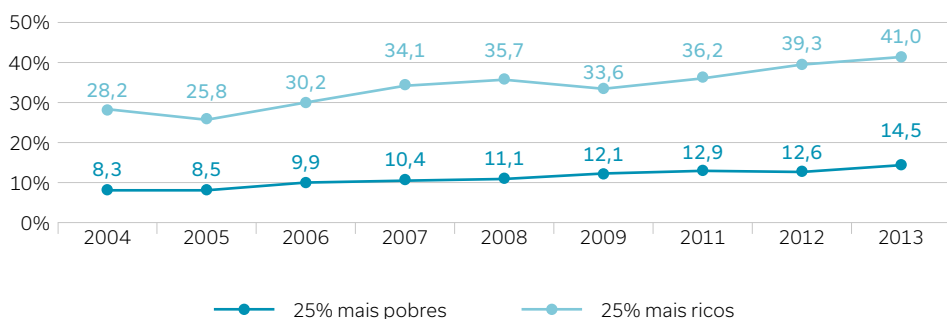
Em que pese esse crescimento, os desafios são maiores quando considerado o fator renda domiciliar *per capita*, comparando-se as crianças pertencentes ao grupo dos 25% mais pobres com aquelas que integram o grupo dos 25% mais ricos. Embora tenha ocorrido um estreitamento da distância entre os dois grupos de crianças de 4-5 anos, ele não foi suficiente para eliminar as desigualdades, em prejuízo dos mais pobres. Já para as crianças de 0 a 3 anos de idade, a distância entre o percentual dos dois grupos aumentou.

Percentual da população de 4 e 5 anos de idade que frequentava a escola, por quartis de renda domiciliar *per capita* – Brasil



Fonte: Pnad/IBGE. Elaboração: Direde/Inep.

Percentual da população de 0 a 3 anos de idade que frequentava a escola, por quartis de renda domiciliar *per capita* – Brasil



Fonte: Pnad/IBGE. Elaboração: Direde/Inep.

Embora avanços tenham ocorrido na esteira de programas governamentais de grande porte, ainda há um longo caminho a ser trilhado para o cumprimento da Meta 1, visto que, de acordo com o Observatório do PNE, em 2014, 89,1% das crianças de 4 e 5 anos eram atendidas em estabelecimentos educacionais, taxa que cai para 29,6% entre aquelas de 0 a 3 anos⁷.

Na ampliação do acesso às etapas da Educação Infantil é fundamental que se busque reduzir as desigualdades regionais e de renda familiar *per capita*, ampliando-se o debate sobre a prioridade conferida às pessoas em situação de maior vulnerabilidade social. Se a expansão da rede for feita por meio de convênios com instituições não governamentais, é fundamental, ainda, que os municípios estabeleçam e acompanhem os indicadores de qualidade de modo que quantidade não esteja desatrelada de qualidade.

Especificamente a respeito dos desafios da judicialização, é fundamental que as sucessivas demandas por vagas na Educação Infantil sejam balizadas pelo diálogo interinstitucional entre Poder Judiciário e Poder Executivo, sobretudo em uma época de restrições orçamentárias do Poder Público.

Por seu ineditismo, convém citar a paradigmática decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no final de 2013, que determinou que o município de São Paulo criasse, entre os anos de 2014 e 2016, com base em meta inserida no Programa de Metas do Poder Executivo⁸, no mínimo 150 mil novas vagas em creches e em pré-escolas para crianças de 0 a 5 anos de idade, disponibilizando 50% nos primeiros 18 meses, das quais 105 mil em tempo integral em creche para crianças de 0 a 3 anos idade. O objetivo foi eliminar a lista de espera, garantida a qualidade da Educação ofertada, observando-se as normas básicas editadas pelo CNE e, suplementarmente, aquelas expedidas pelo Conselho Municipal de Educação⁹.

7. Endereço eletrônico: <<http://www.observatoriodopne.org.br/metas-pne/1-educacao-infantil>> (acesso em: 10/3/2017).

8. A Emenda nº 30, de 26/2/2008, acrescentou o art. 69-A à Lei Orgânica do Município de São Paulo, prevendo que “Art. 69-A. O Prefeito, eleito ou reeleito, apresentará o Programa de Metas de sua gestão, até noventa dias após sua posse, que conterà as prioridades: as ações estratégicas, os indicadores e metas quantitativas para cada um dos setores da Administração Pública Municipal, Subprefeituras e Distritos da cidade, observando, no mínimo, as diretrizes de sua campanha eleitoral e os objetivos, as diretrizes, as ações estratégicas e as demais normas da lei do Plano Diretor Estratégico”.

9. Brasil – TJSP – Câmara Especial – Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002 – Apelantes: Ação Educativa Assessoria, Pesquisa e Informação; Instituto de Cidadania Padre →

Atribuiu-se à Coordenadoria da Infância e da Juventude daquele Tribunal, assessorada por um Comitê de Monitoramento (composto pelo Ministério Público, Defensoria Pública, ONGs, especialistas e movimentos sociais), o dever de fiscalizar o cumprimento do plano de expansão¹⁰. De todo o processo, restou claro que a decisão do Tribunal de Justiça logrou transformar em dever aquilo que já era intenção declarada e desejo de fazer por parte da Prefeitura Municipal. De fato, vagas em grande quantidade já vinham sendo criadas. Mas o diálogo entre os Poderes que antecedeu a decisão judicial proporcionou a todos uma melhor compreensão das condições necessárias à consecução das metas, fortaleceu a posição da Secretaria da Educação junto a outros setores do governo, proporcionou mais argumentos ao Executivo frente ao Poder Legislativo e deu início a uma dinâmica de relacionamento de nível mais elevado entre as partes permitindo tratar assuntos correlatos com base em uma inteligência sistêmica. Como resultado, um compromisso político foi coroado com uma obrigação judicial, gerando consequências relevantes na alocação de recursos orçamentários, financeiros e técnicos por parte do Poder Executivo e do Poder Legislativo com o objetivo de garantir a expansão acelerada, continuada e qualificada da rede de creches e pré-escolas da cidade de São Paulo. E isso realmente ocorreu, em que pese o fato de as metas numéricas não terem sido totalmente atingidas. Porém, a dimensão do caso, as características inéditas da decisão e a repercussão do fato, por se tratar do maior município do país, acabaram influenciando positivamente nas atividades de elaboração dos planos municipais de Educação de todo o Brasil. Metas quanto ao atendimento da Educação Infantil passaram a ser traçadas com maior responsabilidade porque se percebeu que, uma vez trazidas para as Leis dos Planos, intenções se transformariam em obrigação de fazer, sob a supervisão da sociedade e do Poder Judiciário.

Josimo Tavares; Casa dos Meninos; Centro de Direitos Humanos e Educação Popular de Campo Limpo (CDHEP); e Associação Internacional de Interesses à Humanidade Jd. Emídio Carlos e Irene, todas integrantes do “Movimento Creche Para Todos” – Apelado: Município de São Paulo – Relator: des. Walter de Almeida Guilherme – j. em 16/12/2013.

10. Como ressaltou Alessandra Gotti, “trata-se de uma ‘engenharia jurídica’ inovadora no Brasil, que tem sido adotada com êxito em países com Constituições garantistas similares à brasileira, que prestigiam a temática dos direitos sociais. Nessa sistemática, 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), →

Olhando para a frente

A consciência cada vez maior sobre o papel estratégico da Educação para o projeto de desenvolvimento social e econômico do Brasil permite concluir que “a luta continua”, ou melhor, tem que continuar. Se é direito indisponível, que ele se materialize não apenas em discursos, promessas, intenções, planos e metas. Importante papel certamente continuarão tendo o Poder Judiciário e demais integrantes do denominado “sistema de Justiça”. Isso ganha relevo num quadro crônico de impressionantes desigualdades sociais e diante da perspectiva de restrições orçamentárias para os próximos 20 anos impostas pela recém-aprovada Lei do teto de gastos, que pode impactar severamente o setor educacional público. Mas se o fenômeno da judicialização da Educação está longe de desaparecer, até porque faz sentido que ele exista, é de se esperar que se concentre na dimensão das macropolíticas e não no varejo de atendimentos singulares, conquanto numerosos e sempre relevantes. Políticas educacionais envolvem programas de longo prazo que ultrapassam os limites temporais dos governos. Planos e metas plurianuais definidos em lei requerem que o “sistema de Justiça” exerça um papel de guardião. Nesse sentido, responsabilidade maior cabe às lideranças do Judiciário, Ministério Público e Defensorias capazes de proporcionar adequadas orientações e boa coordenação a seus agentes de base, a fim de buscar a construção de estratégias em diálogo permanente e pactos sucessivos com os Poderes Executivo e Legislativo. Estes, por sua vez, devem entender o papel do Judiciário, não como gendarme ou algoz, mas como parceiro na elaboração e implementação de políticas públicas fundamentais para a existência de uma sociedade justa e desenvolvida, sustentada por um Estado Democrático de Direito capaz de superar as iniquidades históricas que caracterizam o Brasil.

ao analisar o caso concreto, deverão observar, remanescendo-lhe a supervisão da execução da medida acordada ao longo do tempo, mediante a realização de audiências periódicas de monitoramento”. (“Uma estratégia alternativa de litigância para os direitos sociais”. In: SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva e SIQUEIRA NETO, José Francisco (Coord.); DUARTE, Clarice Seixas e MENEZES, Daniel Francisco Nagão (Org.). *60 desafios do Direito – política, democracia e Direito*. Volume 3. São Paulo: Editora Atlas, p. 110).

Judicialização da Educação: riscos e recomendações

SALOMÃO BARROS XIMENES

*Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP)
e mestre em Educação pela Universidade Federal do Ceará (UFC),
é professor de Direito e Políticas Públicas na Universidade Federal do ABC (UFABC).*

ADRIANA DRAGONE SILVEIRA

*Doutora e mestre em Educação pela Universidade de São Paulo (USP),
é professora de Política Educacional na Universidade Federal do Paraná (UFPR).*

Segundo o esquema tradicional de separação de funções estatais entre Executivo, Legislativo e Judiciário, *judicialização da Educação* é o deslocamento para os órgãos de controle judicial de decisões sobre política educacional, cuja definição e implementação é atribuição primária de legisladores, políticos e gestores públicos (Cury e Ferreira, 2009).

Sejamos críticos ou entusiastas, certo é que o processo de judicialização da política, assim como da Educação, é um dado da realidade brasileira, conforme demonstrado em seguidos estudos (Silveira, 2012; 2013; Scaff e Pinto, 2016, entre outros). Dentro do conceito de judicialização da Educação, podemos considerar desde intervenções judiciais quanto ao currículo e à avaliação escolar até ações que visam assegurar condições de exercício do direito à Educação escolar e seu financiamento. Por exemplo, vemos iniciativas do sistema de Justiça quanto à implementação obrigatória do estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena nas escolas de Educação Básica (Lei de Diretrizes e Bases da Educação, LDB, art. 26-A), decisões de juízes que revisam medidas de gestão administrativa e pedagógica de escolas e universidades, como transferências e reprovações, que determinam a matrícula de candidatos em universidades, ou, o que é mais difundido na Educação Básica, decisões judiciais que buscam assegurar disponibilidade de vagas e transporte escolar. Em comum nesses casos está a influência do sistema de Justiça, em maior ou menor grau, no ciclo de realização da política pública educacional.

Comumente, no campo educacional, atribui-se tal fenômeno a uma convergência de fatores. Como relevante fator jurídico, destaca-se a crescente “juridificação da Educação” (Ximenes, 2014), ou seja, a tradução de demandas sociais por Educação escolar e de medidas de organização administrativa da política educacional em instrumentos jurídicos. É notório que, do ponto de vista dos processos de constitucionalização da Educação escolar, a Constituição de 1988 foi seguida de uma quase permanente agenda de reformas, em geral de caráter expansivo quanto às garantias constitucionais e ao universo de beneficiários que passaram a ter seu direito à Educação assegurado como dever do Estado. Esse é o caso, sobretudo, das Emendas Constitucionais nº 14, de 1996; nº 53, de 2006, e nº 59, de 2009. Também o Judiciário atuou na ampliação do direito à Educação, na grande maioria dos casos após provocação inicial do Ministério Público (MP), mas também de associações civis de defesa de direitos (Rizzi e Ximenes, 2014).

Quanto ao direito à Educação, nosso modelo constitucional caracteriza-se, portanto, por uma extensa previsão de deveres estatais, de garantias orçamentárias e procedimentais e de arranjos interfederativos na própria Constituição, aliada a uma ampla atribuição jurisdicional para a interpretação das normas constitucionais e o controle das políticas públicas, no caso, das políticas educacionais.

A sinergia desse arranjo jurídico-constitucional tem efeitos reconhecidamente positivos no campo educacional, cuja maior expressão foi a afirmação da exigibilidade do direito à Educação Infantil pelo Supremo Tribunal Federal (STF) – em ação do MP de São Paulo, iniciada no município de Santo André. Foi o STF que consolidou o direito à Creche e à Pré-Escola como um direito exigível, afastando a interpretação inicial de que tal direito se tratava de mera norma programática. Difícil mensurar o impacto simbólico, político e judicial dessa decisão do STF na política educacional, já que ela provocou uma ampla revisão da jurisprudência dos tribunais. Assim, o questionamento desse direito no âmbito do Judiciário favoreceu o processo de consolidação do Direito Educacional das crianças pequenas, além de constituir um importante instrumento para a democracia e a justiça social (Rizzi e Ximenes, 2014; Silveira, 2012).

Os riscos da judicialização

A judicialização da Educação, entretanto, nem sempre é percebida como um fenômeno positivo. Tomando como referência a proposição de Habermas (1999) sobre a ambiguidade do direito no Estado Social, analisamos (Ximenes, 2014) como a juridificação da Educação, fenômeno que abarca a judicialização, pode apresentar tanto um viés positivo, voltado à ampliação de direitos de cidadania, como um viés negativo, de burocratização excessiva e de desrespeito à relativa autonomia do campo educacional e da escola. Victor também destaca que “a ingerência do Judiciário pode se manifestar de forma multifacetária. A depender do caso concreto, pode se dar de modo mais ou menos amplo, de maneira positiva ou negativa” (Victor, 2011, p. 36).

Os riscos da judicialização da Educação estão presentes, de forma ambígua, nas mesmas instituições que promovem o direito à Educação. O caso mais emblemático, hoje em discussão na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 292, proposta pela Procuradoria Geral da República (PGR), é a judicialização da decisão do Conselho Nacional de Educação (CNE) que estabeleceu uma regra nacional sobre o chamado corte etário para ingresso no Ensino Fundamental (Resolução CNE/CEB nº 6, de 2010), tema destacado no estudo de Gotti (2017).

Essa regra foi sistematicamente questionada por uma ação articulada dos MP Federal e Estaduais, que levou o Judiciário a autorizar não apenas a matrícula individual de crianças com aniversário após a data de corte, mas a declaração de nulidade da Resolução em ações coletivas com efeitos gerais, culminando com a proposição da ADPF nº 292, já mencionada.

Zander (2015), em estudo sobre as razões e os impactos da judicialização dessa questão, aponta como a articulação nacional do MP levou à disseminação da frágil tese sobre a inconstitucionalidade da Resolução do CNE e como seu questionamento judicial vem provocando impactos relevantes no planejamento educacional de muitos estados e municípios. Fica evidente nesse trabalho o distanciamento que o sistema de Justiça, em especial o MP, manteve, neste caso, das discussões técnicas e pedagógicas do campo educacional, o que se refletiu na baixíssima relevância que se deu às decisões normativas cuidadosamente produzidas nos sistemas de ensino. Prevaleceu, no caso, a visão de senso comum das famílias e do próprio sistema de Justiça, com grave prejuízo a organizações dos sistemas de ensino e ao próprio desenvolvimento da infância no espaço apropriado da Educação Infantil.

Os debates mais recentes sobre judicialização das políticas públicas ajudam-nos a compreender esse processo. Conforme Gauri e Brinks (2008), os efeitos da judicialização da política podem ser diretos, isto é, relacionados diretamente com a coisa julgada em demandas coletivas atinentes a interesses difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos, ou indiretos, para além dos limites subjetivos ou objetivos da decisão judicial. Com uma distinção: os efeitos indiretos internos restringem-se ao sistema judicial, por exemplo, nas decisões das cortes inferiores, enquanto que os indiretos externos extrapolam seu efeito, gerando “legalização” da política pública, com a generalização pelo governo de uma decisão, por meio da alteração da política pública (Gauri e Brinks, 2008).

Esse fenômeno da judicialização das políticas públicas possui natureza cíclica. Os precedentes dos tribunais superiores, ainda que não necessariamente contenham efeito vinculante, costumam obstar na origem inúmeras demandas judiciais e moldar a jurisprudência das instâncias inferiores, produzindo um típico efeito indireto interno. Por outro lado, quando concedem o direito social pleiteado – como no caso das decisões do STF sobre Educação Infantil –, permitem, indiretamente, que não apenas sejam propostas inúmeras demandas no mesmo sentido como também que seja incrementada a possibilidade de resultado, democratizando assim o efeito direto na proteção aos direitos de cidadania. Por outro lado, decisões equivocadas também produzem efeitos que extrapolam o processo judicial original, sobretudo quando amplificados pela disseminação de ações e decisões judiciais com o mesmo conteúdo.

Recomendações

Considerando o caráter essencialmente ambíguo da judicialização, que pode resultar tanto no fortalecimento dos direitos de cidadania como na imposição de mecanismos burocráticos prejudiciais aos processos pedagógicos, cabe sugerir algumas recomendações para a atuação do sistema de Justiça no campo da Educação.

De pronto, cumpre fortalecer a atuação na defesa da igualdade nas condições de acesso e exercício do direito à Educação, conforme estipulado no Plano Nacional de Educação – PNE (Lei nº 13.005/2014) e nos planos locais já vigentes. A atuação do sistema de Justiça e dos demais órgãos de controle pode realmente fazer a diferença para que o planejado e acor-

dado no PNE venha a promover maior democratização e qualificação da Educação pública, desde a ampliação do acesso até a implementação real do Custo Aluno-Qualidade (CAQ) e o respeito às garantias legais e constitucionais de financiamento. Nesse sentido, o PNE é em si um guia seguro de atuação.

O sistema de Justiça também pode exercer uma atuação inestimável no fortalecimento da participação e do controle social na Educação, exigindo dos Poderes públicos o respeito aos instrumentos democráticos e procedimentais já instituídos nesse sentido, como os grêmios e organizações estudantis, os conselhos escolares e os conselhos de Educação, bem como os fóruns e as conferências de Educação instituídos na Lei do PNE.

Por outro lado, será de grande importância ampliar os canais de diálogo entre o sistema de justiça e o campo educacional, para evitar (i) que a judicialização recaia em pressão desmedida por burocratização dos processos pedagógicos, com exagerado controle sobre a aprendizagem, o trabalho docente e as decisões de cunho político-pedagógico das escolas, bem como (ii) que o sistema de justiça acabe por subtrair dos órgãos educacionais, como os conselhos de Educação, a atribuição de normatização de tais aspectos pedagógicos.

Recomenda-se, em todas as atuações com potencial de impactar as decisões administrativas e pedagógicas produzidas nas escolas, nos órgãos da administração e nas instâncias normativas e participativas, que sejam abertos canais de participação social para que sejam ouvidos, além das partes, pesquisadores, associações e articulações da sociedade civil que há tempos atuam nas respectivas áreas de política pública educacional.

Essa interação, que pode se dar tanto no âmbito administrativo como no judicial, tem se mostrado essencial em diversas experiências de atuação, como no caso das audiências públicas realizadas no MP, na Defensoria e no Judiciário. Estas iniciativas, de exceção, deveriam se tornar regra, tanto na definição das estratégias de atuação quanto na qualificação do próprio processo decisório. Com isso, incrementa-se a análise técnico-jurídica com o conhecimento técnico-pedagógico e educacional, ampliando a relevância da atuação jurisdicional e minimizando drasticamente os riscos diretos e indiretos e os efeitos indesejáveis de uma atuação desconectada do debate educacional.

Referências bibliográficas

- CURY, J.; FERREIRA, L. A. M. A judicialização da Educação. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, n. 18, ano 12, pp. 29-71, 2009.
- GAURI, V.; BRINKS, D. M. *Courting social justice: judicial enforcement of social and economic rights in the developing world*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- GOTTI, A. *Um retrato da judicialização da Educação Básica no Brasil*, 2017 [mimeo].
- HABERMAS, J. *Teoría de la acción comunicativa*, v. 2. Madrid: Taurus, 1999.
- RIZZI, E.; XIMENES, S. 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*, 2014, v. 1.
- SCAFF, E. A.; PINTO, I. R. R. O Supremo Tribunal Federal e a garantia do direito à Educação. *Revista Brasileira de Educação*, v. 21, n. 65, pp. 431-454, 2016.
- SILVEIRA, A. D. Atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo com relação ao direito de crianças e adolescentes à Educação. *Revista Brasileira de Educação*, v. 17, pp. 353-497, 2012.
- _____. Conflitos e consensos na exigibilidade judicial do direito à Educação Básica. *Educação & Sociedade*, v. 34, pp. 371-387, 2013.
- VICTOR, R. A. de. *Judicialização de políticas públicas para a Educação Infantil: características, limites e ferramentas para um controle judicial legítimo*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- XIMENES, S. B. *Direito à qualidade na Educação Básica: teoria e crítica*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- ZANDER, K. F. Judicialização da política do corte etário para o ingresso no Ensino Fundamental no Paraná. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Educação, 2015.



Apenas a judicialização garante a oferta ou a qualidade da Educação?

ALESSIO COSTA LIMA

*Dirigente Municipal de Educação de Alto Santo (CE)
e presidente da União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (Undime).
Bacharel em Administração de Empresas pela Universidade Estadual do Ceará (UECE),
licenciado pleno pela Universidade Estadual Vale do Acaraú, especialista em Gestão Escolar
pela UECE e mestre em Políticas Públicas pela mesma instituição.*

A conquista de direitos sociais tem estreita relação com a história de um povo, porque a transformação do sonho em realidade demanda permanente crença e reclamação durante longos períodos. No caso da Educação brasileira, somente a partir da vigência da Constituição Cidadã, em 1988, o tema do direito à Educação passou a ser tratado como política de Estado. Tal fato foi fortemente motivado mais pelo conteúdo dos artigos 205 a 214 do que pela abrangência do texto constitucional.

Vale resgatar que, até meados dos anos 1980, metade da população brasileira era reprovada ou abandonava a escola já na 1ª série; quase um terço dos brasileiros não sabia ler e escrever; as condições de trabalho dos professores eram ainda mais adversas e precárias – com salários baixos, carreira indefinida e mais de 20% trabalhando na condição de leigos.

O amparo para a força das previsões constitucionais para a área da Educação foi inscrito no preâmbulo da Constituição Federal que, em meio ao processo de redemocratização do país, instituiu “um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

A nova realidade alterou o contexto de uma sociedade marcada pela desigualdade para a permanente busca por cidadania, de forma mais autônoma em relação à vontade daqueles que detêm o poder, sejam lideranças frequentes ou momentâneas. De lá para cá, a Educação passou a ser recla-

mada pela população, mas, infelizmente até hoje não foi alcançada como um direito humano e com equidade.

Outro marco importante na Constituição de 1988 foi o estabelecimento do ensino obrigatório e gratuito como um direito subjetivo¹ de cada cidadão. A partir de então, quando esse direito não é atendido ou é ofertado de maneira irregular pelo Poder Público, a autoridade competente é responsabilizada, pois está cometendo um crime caracterizado pela violação de um dever legal, resultando em sanção. Entretanto, os marcos legais, isoladamente, não são capazes de assegurar um direito. Basta ver que a obrigatoriedade de oferta de Educação às crianças a partir dos 4 anos de idade até os adolescentes de 17 anos ainda não está assegurada. De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad, 2016), existem atualmente 2,5 milhões de brasileiros nessa faixa etária ainda fora da escola (512.940 com 4 e 5 anos, 429.592 com idade entre 6 e 14 anos e 1.543.713 com idade entre 15 e 17 anos).

Para assegurar direitos à população, o Estado precisa estabelecer entre seus entes um equilíbrio entre responsabilidades e capacidade de investimento que considere a respectiva arrecadação. Infelizmente, em países onde há forte concentração de poder político em uma das esferas de governo, é natural não haver distribuição equânime de receitas, fato que compromete o acesso a direitos e serviços públicos. Essa lógica é motivada pela capacidade que a esfera de governo com maior poder político tem de influenciar a definição das legislações e respectivas responsabilidades.

Apesar da forte presença no texto da Constituição Federal, a atuação conjunta dos entes federados para a oferta da Educação pública não se materializou em ações concretas e de maneira articulada. Isso comprometeu a garantia do acesso à Educação como um direito e uma das razões para tanto é a organização político-administrativa da nossa República. No caso do Brasil, a Constituição determina que a República Federativa é “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”, mas prevê ao mesmo tempo, em seu artigo 18, que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios são autônomos entre si. E, em matéria de Educação, define, no artigo 211, as responsabilidades a cada um dos entes federados:

1. Direito subjetivo pode ser compreendido como um poder ou domínio da vontade do cidadão protegido por meio da legislação.

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

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

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

Essa realidade é única e desequilibra a atuação dos entes na área da Educação. O governo federal tem maior poder político e, portanto, igual capacidade para definir a legislação que resultará em concentração de arrecadação a seu favor e menor grau de responsabilidade. A situação se reproduz nas outras esferas porque os governos estaduais acumulam maior poder político em relação aos municípios. Entretanto, as prefeituras ofertam 68% do total das matrículas nos Anos Iniciais do Ensino Fundamental (estados, 14%, e rede privada, 18%) e 42% nos Anos Finais (estados, 43%, e rede privada, 15%). Na prática, esse cenário fragiliza o preceito do Estado Democrático que tem como fundamento central a ampliação dos direitos a toda a população.

A Emenda Constitucional nº 53, em 2006, previu a necessidade de leis complementares para fixar normas de cooperação entre a União e os estados, o Distrito Federal e municípios. Importante lembrar que já havia no artigo 211 a determinação para organizar um regime de colaboração entre os três entes federados para a oferta de Educação em suas redes e sistemas de ensino. O pretendido equilíbrio na divisão de responsabilidades previsto nos dois dispositivos constitucionais busca definir ações em conjunto, e não uma atuação isolada ou a prevalência de interesses.

Para alterar a realidade de acesso à Educação até então enfrentada pelas populações mais pobres, do campo, indígenas, quilombolas e dos grandes bolsões de pobreza, o Brasil conquistou o Plano Nacional de Educação – PNE (Lei Federal nº 13.005/2014). Inicialmente, a expectativa do meio educacional pretendeu um novo momento favorável ao diálogo, porque o

PNE estabeleceu com precisão a necessidade da adoção de um modelo de relação entre os entes federados para garantir o acesso à Educação:

Art. 7º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios atuarão em regime de colaboração, visando ao alcance das metas e à implementação das estratégias objeto deste Plano.

§ 1º Caberá aos gestores federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal a adoção das medidas governamentais necessárias ao alcance das metas previstas neste PNE.

§ 2º As estratégias definidas no Anexo desta Lei não elidem a adoção de medidas adicionais em âmbito local ou de instrumentos jurídicos que formalizem a cooperação entre os entes federados, podendo ser complementadas por mecanismos nacionais e locais de coordenação e colaboração recíproca.

§ 3º Os sistemas de ensino dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios criarão mecanismos para o acompanhamento local da consecução das metas deste PNE e dos planos previstos no art. 8º.

§ 4º Haverá regime de colaboração específico para a implementação de modalidades de educação escolar que necessitem considerar territórios étnico-educacionais e a utilização de estratégias que levem em conta as identidades e especificidades socioculturais e linguísticas de cada comunidade envolvida, assegurada a consulta prévia e informada a essa comunidade.

§ 5º Será criada uma instância permanente de negociação e cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

§ 6º O fortalecimento do regime de colaboração entre os Estados e respectivos Municípios incluirá a instituição de instâncias permanentes de negociação, cooperação e pactuação em cada Estado.

§ 7º O fortalecimento do regime de colaboração entre os Municípios dar-se-á, inclusive, mediante a adoção de arranjos de desenvolvimento da educação.” [grifo nosso]

Desde o início da vigência do PNE (junho de 2014), na prática poucas e até raras ações dos entes federados com maior poder político e capacidade de arrecadação foram concretizadas para melhorar a relação e buscar equilíbrio de responsabilidades na garantia do direito à Educação. Um exemplo é o descumprimento do artigo 13 do PNE, cujo objetivo central é a instituição do Sistema Nacional de Educação.

O Brasil perdeu a oportunidade de organizar o regime de colaboração na área da Educação que poderia unificar normas, definir a relação entre os entes federados, pactuar responsabilidades e organizar o funcionamento dos sistemas de ensino. É imprescindível registrar: apesar da sua menor capacidade de articulação, os municípios têm reiteradamente reclamado aos governos federal e estaduais a tomada de decisão e adoção de medidas para instituir o Sistema Nacional de Educação.

Outro exemplo, ainda dentro do PNE e em relação à frágil colaboração dos entes federados, é a não implementação do Custo Aluno Qualidade Inicial (CAQi), medida que resultaria em uma maior participação da União no financiamento da Educação pública. A homologação do Parecer 8/2010 da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação (CNE), que validou a metodologia do CAQi, continua sendo protelada.

Essa demora tem ocorrido em razão de, entre outras justificativas, a crise econômica que afeta o país. Entretanto, diferentemente do que acontece com o governo federal nos dois últimos anos, é preciso lembrar que as dificuldades dos municípios surgiram ainda em 2012, com a diminuição da expectativa das receitas frente ao aumento das demandas que devem ser cumpridas, como obrigatoriedade de atendimento a crianças e adolescentes de 4 a 17 anos, ampliação da oferta em tempo integral, cumprimento das previsões da Lei Federal nº 11.738/2008 e a efetiva melhoria da qualidade da Educação.

Apesar desse cenário de crise, cresce o número de reclamações pelo Ministério Público e demandas judiciais em caráter mandatório aos municípios com o objetivo de garantir os direitos à população na área da Educação. Os principais temas nesse sentido são a busca por vagas na Educação Infantil, a data de ingresso dos estudantes na Educação Infantil e no Ensino Fundamental, o cumprimento de legislações que asseguram direitos a profissionais, a disponibilização de transporte, entre outros.

Diante dessas reclamações, é preciso considerar inicialmente os prazos estabelecidos pelos planos decenais que foram definidos pelo PNE. Do mesmo modo, as decisões judiciais que determinam o ingresso antecipado dos estudantes na Pré-Escola ou no Ensino Fundamental afetam a estrutura de organização das redes municipais. Não é tão simples, ainda mais em período de crise, assegurar evolução orçamentário-financeira para ampliar e construir prédios, adquirir equipamentos, assegurar a contratação de novos profissionais do magistério e de apoio ou administrativo. Além disso, as determinações para contratação de pessoal para atendimento in-

dividualizado nos casos de estudantes com deficiência (previsão da Lei Federal nº 13.146/ 2015) esbarram nas limitações previstas na legislação.

As medidas adotadas pelo Ministério Público ou as determinações judiciais foram antecipadamente apresentadas às administrações municipais. E aqui surge um dos graves problemas que a judicialização na Educação tem provocado nas redes de ensino. É preciso analisar o contexto sem resumir o não atendimento das demandas à vontade ou à incapacidade política da gestão. Como descrito acima, falta equilíbrio na pactuação de responsabilidades e na definição da capacidade de arrecadação para adequada aplicação dos recursos. Além disso, marcos legais que orientam a gestão pública se contrapõem ao atendimento do direito. Gestores municipais são submetidos todos os dias a um perverso conflito entre o reconhecimento do direito e a incapacidade de atendimento, porque, infelizmente, outros marcos legais têm caráter punitivo.

Frente a esse contexto, cabe a provocação: a judicialização da Educação na esfera municipal é o único e mais adequado caminho para a conquista desse direito? É triste constatar que o crescimento da judicialização tem enfraquecido as gestões da Educação na esfera municipal, afastado educadores comprometidos e capacitados das Secretarias Municipais de Educação, intensificado a tensão junto a profissionais e à população. É preciso utilizar a força da judicialização também para buscar equilíbrio da definição de responsabilidades entre os entes federados, ampliar a capacidade de arrecadação especificamente para a área da Educação, alterar marcos legais que impedem a concessão de direitos, ampliar a participação e o controle social na área da Educação.

Referências bibliográficas

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil – 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> (acesso em: 1/7/2017).
- _____. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei nº 9394/1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm> (acesso em: 1/7/2017).
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios 2015*. Rio de Janeiro, 2016. (<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98887.pdf>).
- BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). *Censo Escolar 2016*. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/censo-escolar-2016-reforca-desafios-para-universalizacao-da-educacao-no-brasil/21206> (acesso em: 1/7/2017).



Plano Nacional de Educação: desafios de governança e *accountability*

CARLOS EMMANUEL JOPPERT RAGAZZO

*Mestre e doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ),
LL.M. pela School of Law da New York University (NYU) e
professor adjunto da Fundação Getúlio Vargas (FGV-Direito Rio).*

ISABEL CRISTINA VELOSO DE OLIVEIRA

*Graduada em Relações Internacionais pela Universidade Federal Fluminense (UFF),
especialista em Administração Pública (UFF), mestre em Ciência Política pelo Instituto
de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP-UERJ) e
doutoranda em Ciência Política (IESP-UERJ). É pesquisadora do Centro de Justiça e Sociedade
da Fundação Getúlio Vargas (FGV-Direito Rio).*

Introdução

O Plano Nacional de Educação (PNE) se estrutura a partir de uma tentativa abrangente de sistematizar e ampliar a Educação, buscando novos ângulos para gerar impacto positivo na qualidade do ensino, o que demanda outro perfil de acompanhamento das metas fixadas por esse instrumento de política pública.

As metas voltadas para formação, valorização e plano de carreira dos professores têm especial importância, pois estão diretamente relacionadas à garantia da qualidade da Educação. Em estudo publicado em 2014 pela consultoria Gems Education Solutions, que coletou dados de mais de 30 países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e de países em desenvolvimento, o Brasil apareceu como um dos últimos em termos de remuneração docente, superando apenas o Chile e a Indonésia (Dolton e outros, 2014).

Dados coletados pelo MEC apontam que 55% dos municípios brasileiros não pagam o Piso Salarial Profissional Nacional, de R\$ 2.298,80,

referente à jornada de 40 horas semanais, determinado pela Lei do Piso Salarial (Lei nº 11.738/2008). Entre outros fatores, essa situação amplia a dificuldade para atrair novas gerações para a carreira do magistério, principalmente porque, segundo pesquisa realizada pela ONG Todos Pela Educação, a remuneração média dos professores brasileiros é equivalente a 51% do valor médio obtido em 2012 pelos demais profissionais com nível superior completo¹.

Tendo como ponto de partida a consequente complexidade do acompanhamento das metas, em função da mudança do objetivo central da política pública educacional de universalização para ampliação da qualidade, buscaremos, neste artigo, problematizar algumas questões referentes às metas e, principalmente, analisar as ferramentas disponíveis aos agentes institucionais para que essas metas sejam, de fato, concretizadas.

Acompanhamento das metas

Ao tratar da história educacional brasileira, Bordignon (2014) afirma que o Manifesto dos Pioneiros da Educação², que fazia críticas ao modelo fragmentado dos atos educacionais, foi o precursor do planejamento da Educação nacional. O autor aponta que o planejamento no Brasil adquiriu três enfoques distintos: planejamento como ato normativo, planejamento como ato econômico e planejamento como ato político. O planejamento como ato normativo ficou em evidência na Constituição de 1934, quando, por influência do Manifesto dos Pioneiros da Educação, as instituições do sistema de ensino e conselhos se constituíram como atos normativos com a finalidade de coordenar o planejamento da Educação nacional.

1. Disponível em: <<http://www.todospelaeducacao.org.br/educacao-na-midia/indice/30594/no-brasil-salario-de-professor-e-metade-do-que-recebem-outros-profissionais>> (acesso em: 20/4/2016).

2. “O “Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova” consolidava a visão de um segmento da elite intelectual que, embora com diferentes posições ideológicas, vislumbrava a possibilidade de interferir na organização da sociedade brasileira do ponto de vista da Educação. Redigido por Fernando de Azevedo, o texto foi assinado por 26 intelectuais, entre os quais Anísio Teixeira, Afrânio Peixoto, Lourenço Filho, Roquette Pinto, Delgado de Carvalho, Hermes Lima e Cecília Meireles.” Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/JK/artigos/Educacao/ManifestoPioneiros>> (acesso em: 15/7/2017).

Com o Plano Salte, de 1948 (Saúde, Alimentos, Transporte e Energia), elaborado e aprovado durante o governo de Eurico Gaspar Dutra (1946-1951), o planejamento como ato econômico ganhou destaque na condução das políticas governamentais, embora a Educação não tenha sido incluída. Juscelino Kubitschek (1956-1961), também com o enfoque em planejamento como ato econômico, contemplou a Educação em Planos Trienais e Planos Nacionais de Desenvolvimento, com uma perspectiva de planejamento como formalização econômica. Já na Constituição de 1988, marcada pela redemocratização, o planejamento adquiriu contornos políticos, para atender às demandas sociais. Para os autores, as três dimensões do planejamento devem se consolidar: ato normativo, ato econômico e ato político.

O PNE é justamente um instrumento que reúne essas características, com forte legitimidade política e sendo ato normativo e econômico, elementos, no entanto, que não são suficientes para mudar a realidade. Em função da complexidade dos seus objetivos, há espaço para que o PNE evolua: o seu desempenho evidencia que o planejamento ainda não se refletiu em uma definição mais detalhada de ações para cumprir as metas e em uma estrutura de governança simplificada que seja capaz de acompanhar o cumprimento dessas metas, viabilizar o controle social, gerando *accountability*, e de identificar responsáveis pelos descumprimentos.

O PNE define que a execução de suas metas deverá ser continuamente monitorada, com avaliação periódica. O Ministério da Educação (MEC) possui a função de coordenar a política nacional de Educação, ao passo que a Comissão de Educação da Câmara dos Deputados, a Comissão de Educação, Cultura e Esporte do Senado Federal, o Conselho Nacional de Educação (CNE) e o Fórum Nacional de Educação funcionam como instâncias de controle. O acompanhamento dos indicadores fica a cargo do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep)³, que publica um estudo a cada dois anos, conforme determina o

3. “O Decreto nº 6.317, de 20 de dezembro de 2007, estabelece que, entre as competências legais do Inep, estão as de planejar, coordenar e contribuir para o desenvolvimento de estudos e pesquisas educacionais e a de subsidiar a formulação de políticas na área de Educação, mediante a elaboração de diagnósticos, pesquisas e recomendações amparadas nos indicadores e nas avaliações da Educação Básica e Superior. O disposto no Decreto nº 6.317 se coaduna com as atribuições trazidas pelo atual PNE ao instituto. O artigo 5º da lei do Plano aponta que o Inep, ‘a cada 2 (dois) anos, ao longo do período de vigência deste PNE [...] publicará estudos para aferir a evolução no cumprimento das →

artigo 5º do PNE. O Observatório do PNE⁴ faz o cálculo dos indicadores com alguns aprimoramentos metodológicos em relação ao Inep. O projeto, coordenado pela ONG Todos pela Educação, é uma referência para o acompanhamento das metas. Além disso, são realizadas Conferências Nacionais de Educação, que funcionam como um espaço democrático para o desenvolvimento da Educação pública. A avaliação feita pelo Inep afere a evolução da realização das metas do PNE por meio da análise descritiva de séries históricas de 36 indicadores⁵. A estrutura de acompanhamento ainda é muito complexa, sobretudo porque os indicadores de avaliação são muito amplos, dificultando o controle e falhando em atrair o terceiro setor como órgão de controle das metas.

No 1º Ciclo de Monitoramento das Metas do Plano Nacional de Educação: biênio 2014-2016, das 20 metas previstas, até o momento nenhuma foi integralmente cumprida. Em relação à Educação Especial, por exemplo, a meta 4 pretendia garantir a universalização do atendimento de crianças e adolescentes de 4 a 17 anos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação à Educação Básica com atendimento educacional especializado. No entanto, segundo o Inep, 190.501 pessoas nessa faixa etária continuam sem acesso à Educação, o que corresponde a 17,5% dessa parcela da população. A meta 20, que pretende que 10% do PIB seja destinado à Educação, também ainda não foi cumprida, correspondendo atualmente a 6% do PIB (Brasil, 2016).

A meta 17, que propõe a valorização dos profissionais do magistério com a equiparação do seu rendimento médio aos profissionais de formação equivalente, também ainda não cumprida, é exemplo de descompasso entre o ato político e o planejamento econômico. Ao estipular o prazo

metas estabelecidas no Anexo desta Lei, com informações organizadas por ente federado e consolidadas em âmbito nacional [...]. Com isso, agrega-se às funções do Inep a responsabilidade de produzir, sistematizar e disseminar informações e análises acerca da execução das estratégias e do atingimento das metas.” (Brasil, 2015, p. 14)

4. <<http://www.observatoriodopne.org.br>> (acesso em: 1/7/2017).

5. Os dados permitem a identificação de fatores como desigualdade racial, regional, de gênero e diferenças educacionais entre as áreas rurais e urbanas. A utilidade principal é subsidiar instâncias de controle, facilitar a tomada de decisão, servindo como referência para a elaboração dos planos de Educação de estados e municípios. Os dados são extraídos das bases da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

de seis anos para cumprimento, desconsiderou fatores econômicos e assumiu uma perspectiva utópica. A meta vem acompanhada de estratégias genéricas, como criação e consolidação de Fóruns para acompanhar dados e índices.

Cabe ao Fórum Nacional de Educação o papel central no acompanhamento do PNE, e ao Ministério Público, Poder Legislativo e Tribunais de Contas de cada estado fiscalizar e garantir que as metas sejam cumpridas. Porém, em muitos casos, não há penalidades específicas que concedam *enforcement* ao Plano. É preciso mais clareza em relação aos padrões a serem seguidos nas ações de controle e acompanhamento relativas às metas, o que demanda uma discussão mais focada em direcionamento de ações mais específicas para o alcance dos resultados esperados, assim como uma estrutura de governança que estimule o acompanhamento das obrigações de todas as esferas de governo envolvidas.

Proposta de diretrizes para o acompanhamento das metas

Como o arcabouço jurídico brasileiro ainda não é suficientemente desenvolvido para dar força ao PNE, e um modelo que dependa de judicialização constante não necessariamente conseguirá reverter o status das metas, é preciso desenvolver melhorias sobretudo em relação à governança na coordenação e no acompanhamento das mesmas. É preciso, também, ampliar o diálogo institucional e com a sociedade civil, para favorecer o aprimoramento dos mecanismos de fiscalização e a mobilização da população.

Faria sentido, portanto, uma estrutura que reunisse elementos aptos a consolidar a convivência entre instrumentos de gestão e produção de informação, para que possam ser efetivos não só um sistema de avaliação governamental como também de controle social, acompanhando o desenvolvimento das metas e os respectivos responsáveis, algo que pode ser visualizado a partir da interação entre esses três elementos na figura a seguir:



Os instrumentos de gestão compreendem a necessidade de criação de um Plano de Cooperação entre o governo federal, estados e municípios, com maior clareza sobre as ações e os respectivos papéis a serem desempenhados. Tal plano de cooperação, que funcionaria como eixo de um Sistema Nacional de Educação, está previsto no PNE; porém, as articulações para a sua implementação ainda não tiveram êxito.

É preciso que se identifiquem claramente as instituições ou comitês em todos os níveis da Federação que possam se encarregar do acompanhamento, como comissões criadas para essa finalidade nas Secretarias Municipais e Estaduais de Educação, com informações claras sobre quem vai ser responsável pela coordenação, quais instrumentos serão utilizados nesse acompanhamento (monitoramento, sistemas de avaliação, coleta de dados), qual será a estrutura desses instrumentos (incorporando informações detalhadas sobre os empecilhos para que as metas sejam cumpridas, estabelecendo os responsáveis por cada etapa e os porquês em esquemas detalhados de *updates*, que serão disponibilizados para o público em geral de forma compreensível), e qual será o papel desempenhado pela sociedade civil nesse acompanhamento (o que pode, inclusive, depender de algum incentivo inicial, como a divulgação publicitária).

A diretriz da transparência deve perpassar tanto a questão da divulgação mais detalhada do andamento das metas, incluindo os avanços e obs-

táculos enfrentados, como também a questão da avaliação da destinação e aplicação dos recursos voltados para a Educação. A transparência viabiliza acompanhamento e controle social, criando uma integração entre sociedade civil, ONGs e centros de pesquisa que avaliam a qualidade da Educação. Seria um avanço, por exemplo, a inclusão, no portal de transparência dos estados e municípios, de uma ferramenta de acompanhamento onde os gastos relacionados a insumos para a Educação possam ser divulgados de maneira mais clara e intuitiva, de modo que a sociedade civil possa fazer um paralelo entre o que está sendo gasto e o que, efetivamente, vem sendo realizado. Na verdade, seria esperado que houvesse dados abertos para todas as compras que envolvem insumos para a Educação, de modo que terceiros possam identificar a qualidade e eficiência dos gastos, levando em consideração a finalidade do dinheiro.

A obrigação de gerar dados para avaliação pode ser inclusive aprofundada para municípios com performance inadequada nas ações definidas pelos órgãos competentes. Uma estratégia impactante, entre outras possíveis, seria o desenvolvimento de auditorias independentes para verificar se os recursos estão sendo investidos da maneira mais eficiente possível, tendo como princípio as metas do PNE, focadas nas localidades em que a qualidade da Educação está insatisfatória. Tais localidades seriam escrutinadas para identificar as razões que explicam o resultado abaixo da meta, verificando se o déficit se deve à ineficiência da aplicação dos recursos públicos, seguido da criação de medidas para solucionar a questão (reparatórias ou punitivas, a depender do caso), a exemplo do que propõe o PL 7420/06 – Lei de Responsabilidade Educacional. Certamente, tal instrumento seria capaz não somente de identificar carências de recursos ou incompetências na gestão, mas também de dismantelar esquemas de corrupção voltados para o desvio de verbas da Educação pública.

A diretriz de aprimoramento da avaliação intragovernamental e do controle social engloba a proposta de construção de um Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica mais eficaz e atento a mais elementos, como variáveis socioeconômicas e a realidade de cada localidade, de modo que as desigualdades na destinação de insumos e esforços fiquem mais evidentes. A ampliação de meios para possibilitar o controle social é fundamental. O controle social tem papel-chave no mecanismo de acompanhamento. Em particular, organizações não governamentais têm capacidade de servir como instrumento especializado de controle, desenvolvendo expertise sobre a origem e causa dos problemas (e as explicações

para o não atingimento das metas fixadas) e sendo capazes de fazer pressão social pela mídia. Em último caso, as instituições de controle social podem também fazer uso de litigância estratégica, por meio do Ministério Público, em demandas que não sejam particularmente individuais.

Conclusão

O fato de que as normas para a cooperação federativa ainda não foram regulamentadas compromete uma visão mais efetiva da gestão e do acompanhamento das ações voltadas ao cumprimento das metas do PNE. Aliás, o PNE se situa como parte de um sistema de Educação que ainda não existe como entidade consolidada. Isso é particularmente importante, já que algumas metas não podem ser atendidas (ou serão atendidas sem a mesma eficiência) sem cooperação entre municípios, estados e União, a exemplo da construção de novas creches e pagamento do piso salarial aos professores. Como a maior parte dos municípios do Brasil depende exclusivamente do Fundo de Manutenção da Educação Básica (Fundeb) e do Fundo de Participação dos Municípios para manter as contas, tais metas tornam-se insustentáveis. Desse modo, é imprescindível a criação de regras de colaboração entre municípios, estados e União, com clareza sobre as responsabilidades de cada ente, e gerando incentivos para a progressão integrada da política.

Sair do objetivo de universalização (ainda relevante para algumas etapas, como o Ensino Infantil) para o da qualidade na Educação é uma tarefa muito difícil de ser atingida, embora possível. O PNE tem potencial para transformar a política educacional do Brasil, conferindo concretude ao agregar objetivos regulatórios associados à qualidade do ensino. No entanto, a estrutura atual precisa ser fortalecida para que as metas possam ser viabilizadas e acompanhadas de forma direta e eficaz, maximizando os resultados.

Referências bibliográficas

- BORDIGNON, G. Caminhar da Educação brasileira: muitos planos, pouco planejamento. In: SOUZA, D. B. de; MARTINS, A. M. (Org.). *Planos de Educação no Brasil: planejamentos, políticas, práticas*. São Paulo: Loyola, 2014. pp. 29-54.
- BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). *Plano Nacional de Educação PNE 2014-2024: Linha de Base*. Brasília, DF: Inep, 2015.
- _____. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). *Relatório do 1º ciclo de monitoramento das metas do PNE: biênio 2014-2016*. – Brasília, DF: Inep, 2016.
- DOLTON, P.; MARCENARO-GUTIÉRREZ, O.; STILL, A. *The efficiency index. Which education systems deliver the best value for money?*. Gems Education Solutions, 2014. Disponível em: <<http://www.edefficiencyindex.com/book/files/assets/common/downloads/The%20Efficiency%20Index.pdf>> (acesso em: 14/3/2017).



O Ministério Público e o direito à Educação

JOÃO PAULO FAUSTINONI E SILVA

Promotor de Justiça, é integrante do Grupo de Atuação Especial de Educação do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, conferiu ao Ministério Público a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Atribuiu à instituição, ainda, dentre outras, a função de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos nela assegurados, promovendo as medidas necessárias à sua garantia¹. Afirmar tratar-se de função institucional do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos².

A Educação ganhou capítulo constitucional específico, consolidou-se como direito fundamental de todos e dever do Estado e da família, com a colaboração da sociedade³.

Referido quadro normativo, constitucional, com a valorização dos direitos sociais, fortalecimento dos instrumentos processuais de tutela

1. Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

2. Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

3. Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

coletiva e legitimação do Ministério Público com o dever de atuar para a concretização daqueles, impulsionou, em um primeiro momento, a chamada judicialização de temas relacionados ao Direito Educacional.

O Ministério Público, que, com base em normas infraconstitucionais, desde o início dos anos 1980 manejava as primeiras ações civis públicas na defesa do meio ambiente, passou a valer-se, com fundamentação constitucional, das mesmas estratégias processuais em relação à vasta gama de outros interesses difusos, dentre os quais, os afetos à Educação.

A experiência tem revelado, todavia, certo esgotamento dos modelos tradicionais de judicialização das políticas públicas educacionais, situação que exige análise crítica para o necessário aperfeiçoamento institucional do Ministério Público.

Celso Fernandes Campilongo ressalta que “os sistemas das sociedades contemporâneas produzem, simultaneamente, mais e menos”, apontando, dentre tais paradoxos, “mais acesso à Justiça e menos efetivação de direitos”⁴.

Em estudo sobre a judicialização do Direito à Educação⁵, Alessandra Gotti apresenta quadro que bem demonstra a dificuldade do sistema de Justiça em lidar com os temas mais sensíveis ao desenvolvimento da Educação pública e de qualidade para todos.

Em referido estudo observa-se intensa litigiosidade em questões relacionadas a interesses predominantemente particulares – aceleração escolar, limites etários para matrícula em etapas da Educação Básica e *homeschooling*, por exemplo –, pouquíssima relação das lides com as prioridades estabelecidas nos planos decenais de Educação, além de demora no julgamento e formação de posições mais consolidadas sobre os temas reiteradamente submetidos à apreciação judicial.

Nos limites do presente artigo, realizaremos algumas reflexões a respeito do arranjo institucional e da atuação do Ministério Público na defesa do direito à Educação, apontando a necessidade de criação de Promotorias

4. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80.

5. GOTTI, Alessandra Passos. *A qualidade social da Educação brasileira nos referenciais de compromisso do Plano e do Sistema Nacional de Educação*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=41851-estudo-processos-judicializacao-temas-tratados-normas-da-ceb-cne-pdf&category_slug=maio-2016-pdf&Itemid=30192> (acesso em: 11/3/2017).

de Justiça Regionais e Especializadas em Direito à Educação como possibilidades de aprimoramento.

O Ministério Público e a defesa do direito à Educação na Constituição de 1988

O Ministério Público Brasileiro tem inspiração nos modelos francês e português, trazendo, desde sua origem, as funções de fiscal da lei e de titular da ação penal. Nasce como delegação de funções específicas a agentes da Coroa, recebendo tratamento de Instituição, no sentido de organização, efetivamente, apenas com a Constituição de 1934⁶. Com a República, encontra a trilha – não linear – para sua consolidação como instituição. Ao longo desse período, todavia, cresceu atrelado em sua atuação e mimetizando, em termos de organização, o Poder Judiciário.

A expansão de incumbências da instituição e a busca de soluções quase exclusivamente pelas vias processuais acabaram por reforçar tal característica, vinculando o promotor de Justiça mais à vara judicial na qual atuava do que aos demais membros da própria instituição.

A Lei Complementar 40/1981 fixa alicerces mais uniformes a respeito da organização do Ministério Público, atribuindo-lhe a defesa da Constituição e dos interesses indisponíveis da sociedade “perante o Judiciário”⁷.

A instituição se desenvolve com protagonismo na acusação criminal, atuação no processo civil em lides individuais como fiscal da lei⁸ e com

6. MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

7. Art. 1º - O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é responsável, **perante o Judiciário**, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis, e será organizado, nos Estados, de acordo com as normas gerais desta Lei Complementar. **[grifo nosso]**

8. Explica Ronaldo Porto Macedo Júnior que, com o Código de Processo Civil de 1939, positiva-se a intervenção do Promotor de Justiça como fiscal da lei (*custos legis*), devendo apresentar parecer após a manifestação das partes. Assim “inicia-se o fenômeno do ‘parecerismo’ que marcará toda uma tradição de praxis jurídica do Ministério Público até os dias de hoje”. O Ministério Público 500 anos depois do Descobrimento. Ministério Público 500 anos. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. Disponível em: <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/593/455>> (acesso em: 12/3/2017).

agentes distribuídos territorialmente em comarcas, incumbidos de realizar suas atividades “perante o judiciário”.

A Constituição de 1988, todavia, trará profundas modificações no desenho normativo do Ministério Público, alterações que ainda demandam ajustes institucionais no plano prático. O artigo 127, ao estabelecer as incumbências do Ministério Público, suprimiu justamente a expressão “perante o judiciário”, que, como visto, constava da Lei Complementar 40/1981 e nor-teava a atividade da instituição, abrindo espaço para novas formas de atuação e a efetiva transição do modelo demandista para o modelo resolutivo⁹.

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem por objetivos fundamentais: construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹⁰.

Em feliz definição, a professora Nina Ranieri ensina que:

O Estado Democrático de Direito é a modalidade do Estado Constitucional e Internacional de direito que, com o objetivo de promover e assegurar a mais ampla proteção dos direitos fundamentais, tem na dignidade humana seu elemento nuclear e na soberania popular, na democracia e na justiça social os seus fundamentos¹¹.

Ao agir, extrajudicial ou judicialmente, para assegurar direitos sociais, o Ministério Público há que ter em conta referidos fundamentos. Para tanto, a instituição deve buscar constante aprimoramento, não bastando confiar na correção de princípios, no empenho, na competência e/ou na eficiência individual e voluntarista de seus membros.

9. Para Marcelo Pedroso Goulart, o Ministério Público resolutivo, em construção, atua apenas de maneira excepcional no espaço do Poder Judiciário, buscando prioritariamente a solução das questões que lhe são postas pela sociedade pela via extrajudicial, habilitando-se como negociador e indutor de políticas públicas em diálogo com os demais sujeitos políticos coletivos. Ver GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda., 2013. pp. 201-203.

10. É o que diz o artigo 3º da Constituição Federal.

11. RANIERI, Nina. *Teoria do Estado, do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 317.

Da regionalização

Nada obstante as profundas alterações consignadas no texto constitucional, manteve-se, em regra, a vinculação territorial do promotor de Justiça à comarca, divisão correspondente à área de jurisdição de determinado juiz, o que, segundo nossa compreensão, não faz sentido e não contribui para a atuação eficiente na tutela do Direito Educacional.

Atuando nos limites restritos de determinada comarca, o promotor de Justiça, no mais das vezes com atribuições cumulativas (Direito Penal, Direito de Família, Infância e Juventude etc.), vinculado às competências do juiz ao qual realiza as postulações processuais, terá enormes dificuldades em compreender as especificidades do sistema educacional e poucas chances de agir, com efetividade, ao verificar falhas ou ausência de políticas públicas e consequentes lesões ao direito à Educação.

É dizer: como o promotor de Justiça de determinada comarca terá condições de realizar diagnóstico a respeito de eventuais irregularidades em políticas públicas regionais de Educação (colaboração horizontal, entre municípios) ou na relação de cooperação entre municípios diversos, estado e União? Como fiscalizará e cobrará o aperfeiçoamento da política educacional que se organiza e se estrutura para além dos limites da comarca?

Ainda que a prestação final se dê na escola situada em determinado município, não se garante o direito à Educação sem a ampliação da análise e das eventuais intervenções em política pública muito mais complexa, que extrapola as fronteiras da comarca.

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados¹².

12. DALLARI BUCCI, Maria Paula (org.). O conceito de política pública em Direito. In: *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

A inexistência de Promotorias Regionais de Educação favorece a multiplicação de iniciativas desarticuladas e, por vezes, contraditórias. Não serão incomuns postulações distintas sobre fatos similares e até mesmo conflitantes entre promotores de Justiça de comarcas vizinhas, gerando incompreensão a respeito do posicionamento institucional do Ministério Público, insegurança para as comunidades escolares atingidas e dificuldades para o planejamento e execução das necessárias políticas públicas.

Exigir aporte de recursos públicos em escolas de uma comarca, por exemplo, sem a análise do sistema como um todo e sem articulação com os demais promotores de Justiça, ainda que seja medida amparada na lei, pode significar simplesmente o remanejamento de valores que originariamente seriam investidos em estabelecimentos de ensino de outros municípios, que, por sua vez, restarão em situação ainda mais precária.

Em síntese, a atuação isolada em matéria de política educacional e de institutos juspedagógicos tende a gerar quebra de isonomia entre crianças e adolescentes de comarcas distintas e dificuldades no planejamento e na execução de programas de âmbito regional, estadual ou nacional.

A falta de Promotorias Regionais dificulta, especialmente nos Ministérios Públicos Estaduais com maior número de agentes, a construção de planejamento estratégico, definição de prioridades, elaboração de diagnósticos, compreensão das especificidades das políticas públicas educacionais, intervenções mais racionais e, na medida do possível, resultantes de discussões prévias e consensos transformados em teses institucionais.

O Núcleo de Políticas Públicas do Ministério Público do Estado de São Paulo, aliás, elaborou importante estudo¹³ para nova organização espacial das Promotorias de Justiça e, nos debates internos, apontava-se que a regionalização, ao facilitar o estabelecimento de consensos internos, contribuiria para materializar a unidade institucional e para dar maior efetividade ao agir articulado dos promotores especializados. A regionalização tende ainda a facilitar a identificação, por gestores e comunidades escolares, das estruturas do Ministério Público responsáveis pelo recebimento de representações e pela interlocução em busca de soluções para os inúmeros desafios a serem enfrentados. O artigo 211 da Constituição da República Federativa do Brasil diz que a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

13. Proposta que resultou na Lei Complementar nº 1.279, de 11 de janeiro de 2016.

Nada obstante a Constituição e também a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) apontem competências prioritárias de cada um dos entes federados, o Sistema Nacional de Educação não prescinde de cooperação para que sejam alcançados os fins constitucionais no que diz respeito ao Direito Educacional.

Afirma o professor Jamil Cury que “sem um consórcio articulado e compromissado, sem um regime fiscal que atenda, de fato, ao pacto federativo, o alcance das políticas torna-se minimizado, pois o conjunto dessas opções implica uma nova cultura em ser federativo”¹⁴.

O Conselho Nacional de Educação, no Parecer nº 09 de 2011, ressalta a indissociável relação entre Educação de qualidade e a organização de Sistema Nacional de Educação em regime de colaboração, destacando, para além da articulação entre União, estados e municípios, a possibilidade e a utilidade da colaboração horizontal:

Onde um grupo de municípios com proximidade geográfica e características sociais e econômicas semelhantes busca trocar experiências e solucionar conjuntamente dificuldades na área da Educação, trabalhando de forma articulada com os estados e a União, promovendo e fortalecendo a cultura do planejamento integrado e colaborativo na visão territorial e geopolítica.

Destarte, se há imposição constitucional para o desenvolvimento de sistema nacional e promoção de Educação de qualidade em regime de colaboração, cabe ao Ministério Público encontrar organização estratégica mais harmoniosa e próxima da realidade dos envolvidos na discussão, planejamento e execução das respectivas políticas públicas.

A criação de Promotorias Regionais, todavia, só fará sentido se acompanhada da especialização das respectivas estruturas e dos agentes encarregados de lidar com o Direito à Educação.

14. JAMIL CURY, Carlos Roberto. *Por um Sistema Nacional de Educação*. São Paulo: Editora Moderna, 2010.

Direito Educacional e suas especificidades

O fenômeno educacional, além de exigir do profissional do Direito interlocução com outros ramos do conhecimento, demanda estudo e compreensão de vasto e específico arcabouço normativo.

O artigo 206 da Constituição Federal, por exemplo, traz o rol de princípios que regem o ensino e cujo conteúdo jurídico não se extrai por analogia ou à semelhança de conceitos usados em outros ramos do direito.

Igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola, liberdade de ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber, pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, gestão democrática do ensino público e garantia de padrão de qualidade são princípios constitucionais cuja correta compreensão demanda conhecimentos que extrapolem a formação regular dos operadores do Direito.

Regina Garcia de Paiva, sustentando a necessidade de reconhecimento de um verdadeiro novo ramo do Direito, aduz que no âmbito do Direito Educacional há enorme gama de institutos jurídicos e de conceitos muito específicos:

São conceitos relativos aos fins da Educação, à ação educativa, às teorias de ensino-aprendizagem, à seleção e à organização de conteúdos curriculares, à metodologia, a objetivos, à avaliação, a propostas curriculares, ao planejamento educacional¹⁵.

Concordamos com a referida estudiosa ao advertir que:

Somente um jurista inserido no contexto educacional poderá ter a sensibilidade para discernir o justo do injusto nas questões decorrentes da Educação e, em especial, das surgidas do processo ensino-aprendizagem¹⁶.

A Educação é, em essência, construção coletiva, e referido aspecto também ganhou disciplina constitucional com a positivação de princípio de gestão democrática e de norma que impõe a elaboração de planos decenais

15. PAIVA, Regina Garcia de. Direito Educacional: do fato ao Direito. In: *Direito Educacional em uma ótica sistêmica*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 71.

16. Op cit., p. 67.

para articular o Sistema Nacional de Educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e o desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades.

Os planos de Educação, democraticamente construídos, disciplinam ações integradas dos Poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam à erradicação do analfabetismo, universalização do atendimento escolar, melhoria da qualidade do ensino, formação para o trabalho, promoção humanística, científica e tecnológica do país e ao estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em Educação como proporção do Produto Interno Bruto (PIB).

Ao Ministério Público, portanto, compete organizar seu planejamento e sua atuação de maneira a contribuir para a realização das metas e estratégias democraticamente estabelecidas pela sociedade. Sem profundo conhecimento de nosso intrincado sistema federativo, do Sistema Nacional de Educação, do preconizado regime de colaboração, das complexas estruturas dos sistemas estaduais e municipais de Educação, do funcionamento das escolas, das carreiras docentes e de apoio aos serviços escolares, dos direitos e deveres relacionados aos processos de ensino e aprendizagem, dentre tantas outras especificidades da estrutura educacional brasileira, o promotor de Justiça terá pouca condição de se desincumbir com sucesso de suas responsabilidades.

Conclusões

A Constituição de 1988 ampliou as atribuições e possibilidades de atuação do Ministério Público Brasileiro, inclusive com a supressão de impositiva e exclusiva atuação perante o Poder Judiciário. A incumbência de defesa do direito à Educação exige, deste novo Ministério Público, atuação para além das lides judiciais.

Compreendendo que a Educação é elaboração coletiva, cabe ao Ministério Público fortalecer os espaços democráticos de discussão, planejamento e execução das políticas públicas correlatas, garantindo que as comunidades escolares sejam protagonistas e que a construção de uma Educação de qualidade para todos se dê no espaço político apropriado, reservando-se os instrumentos judiciais para os casos excepcionais de ilegalidade e/ou de desrespeito aos mencionados processos democráticos.

A ação ministerial para a promoção do Direito à Educação – zelando para que os Poderes públicos implementem política de Estado e programas de governo necessários para tanto, não se dará, de forma eficiente e resolutiva, apenas com a atuação isolada e limitada ao espaço da comarca.

Especialistas em Educação alertam para a necessidade de planejamento e de um verdadeiro programa de Estado para que em médio e longo prazos os resultados desejados sejam alcançados. Toda intervenção em matéria de Direito Educacional há que ser objeto de cuidadosa e profunda reflexão.

Promotorias de Justiça de Educação especializadas, regionalizadas e com estrutura de apoio adequada teriam condições de analisar dados, compartilhá-los, discuti-los interna e externamente para, então, adotar providências mais eficientes para assegurar a efetivação do direito de todos à Educação. Favoreceriam, ademais, a ação articulada entre promotores, a construção democrática de teses institucionais e a busca de soluções dialógicas e participativas para os desafios que ainda precisamos enfrentar para concretizar o direito à Educação tal como previsto na Constituição.

Referências bibliográficas

- CAMPILONGO, C. F. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DALLARI BUCCI, M.P. (org.). O conceito de política pública em Direito. In: *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GOTTI, A. P. *A qualidade social da Educação brasileira nos referenciais de compromisso do Plano e do Sistema Nacional de Educação*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=41851-estudo-processos-judicializacao-temas-tratados-normas-da-ceb-cne-pdf&category_slug=maio-2016-pdf&Itemid=30192> (acesso em: 11/3/2017).
- GOULART, M. P. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes Editores Ltda., 2013.
- JAMIL CURY, C. R. *Por um Sistema Nacional de Educação*. São Paulo: Editora Moderna, 2010.
- MACEDO JÚNIOR, R. P. O Ministério Público 500 anos depois do Descobrimento. Ministério Público 500 anos. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. Disponível em: <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/593/455>> (acesso em: 12/3/2017).
- MAZZILLI, H. N. *Introdução ao Ministério Público*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.
- PAIVA, R. G. de. Direito Educacional: do fato ao Direito. In: *Direito Educacional em uma ótica sistêmica*. Curitiba: Juruá, 2010.
- RANIERI, N. *Teoria do Estado, do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. Barueri, SP: Manole, 2013.



O controle do gasto mínimo em Educação e do cumprimento das metas e estratégias do PNE pelo Ministério Público de Contas

ÉLIDA GRAZIANE PINTO

Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo, pós-doutora em Administração pela Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ) e doutora em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Pensar a judicialização da Educação em um contexto de crise fiscal como a que temos vivido é enfrentar o fato de que, uma vez ausente, insuficiente ou mal gerido o custeio da manutenção e do desenvolvimento do ensino público, será o próprio direito fundamental à Educação que perecerá.

O estágio de proteção constitucional do direito depende do nível de consecução material das políticas públicas que lhe asseguram efetividade, razão pela qual sustentamos que o dever de gasto mínimo em Educação tem natureza de garantia fundamental¹, para todos os fins do artigo 60, § 4º, IV da Constituição de 1988.

Nesse sentido, cabe controle de conformidade constitucional quanto a qualquer retrocesso decorrente da incidência do “Novo Regime Fiscal” de que trata a Emenda 95/2016, haja vista a rota de colisão entre os artigos 198 e 212 da Carta de 1988, de um lado, e o artigo 110 introduzido no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), de outro.

Muito embora a vinculação de gasto mínimo seja garantia imprescindível de estabilidade de custeio dos direitos fundamentais, preocupa-nos, contudo, a existência do gasto público protocolar e – até certo ponto –

1. Vide COMPARATO *et. al.*, 2016, bem como COMPARATO e PINTO, 2015.

inercial, apenas para cumprir o piso da Educação a que se referem os artigos 212 da Constituição de 1988 e 60 do ADCT.

Se tomado como um fim em si mesmo, tal gasto mínimo formal tende a não se fazer acompanhar da devida atenção para com o padrão mínimo de qualidade a que se refere o artigo 206, inciso VII também da Constituição de 1988, tampouco tende a assegurar o cumprimento das obrigações constitucionais e legais de fazer, que devem conduzir vinculadamente a política pública educacional em todos os níveis da Federação.

Paradoxalmente, a definição legal mais exaustiva e compreensiva dos passos a serem dados por meio das metas e estratégias do Plano Nacional de Educação (PNE), tal como veiculado na Lei Federal nº 13.005, de 25 de junho de 2014, convive com o risco da sua insuficiente implementação, notadamente pela aventada impossibilidade de se alcançar a progressividade de custeio de que trata o artigo 214, VI da Constituição e a sua meta 20².

Nesses termos, a tensão entre a promoção efetiva e progressiva do direito à Educação e seu correspondente financiamento só pode ser administrada de maneira legítima por meio da hígida e íntegra compreensão do orçamento público, balizado conforme a Constituição.

É imperativo, pois, controlar o financiamento constitucionalmente adequado do direito fundamental à Educação, mormente diante do risco de estagnação³ ou até retrocesso nos esforços governamentais de assegurar a Educação Básica obrigatória, mediante as garantias de equalização das oportunidades educacionais e do padrão mínimo de qualidade do ensino.

O esforço do Ministério Público de Contas em conter os diversos impasses na aplicação dos recursos vinculados à Educação foi condensado na Recomendação nº 01, de 24 de outubro de 2016, do Conselho Nacional dos Procuradores Gerais de Contas⁴ (CNPGC).

2. Aplicação de 10% (dez por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) em recursos públicos na Educação.

3. Como se lê em <<http://oglobo.globo.com/economia/especialistas-temem-estagnacao-de-recursos-para-saude-educacao-19517110>>; <<http://www.cartacapital.com.br/educacao/so-com-os-10-do-pib-que-tiramos-a-educacao-da-estagnacao>>; <<http://www.insper.edu.br/noticias/crise-da-petrobras-pode-afetar-metas-do-pne>> e <<https://undime.org.br/noticia/07-06-2016-13-03-educacao-em-risco-metas-do-2-ano-do-plano-nacional-de-educacao-nao-sao-cumpridas>> (acesso em: 20/9/2016).

4. Cujo inteiro teor encontra-se disponível em <<http://www.cnpvc.org.br/?p=781>> (acesso em: 15/3/2017).

O eixo de análise que sustenta a Recomendação CNPGC nº 01/2016 reside em duas perspectivas. A primeira delas parte da compreensão ampliada de que oferta regular de ensino, na forma do artigo 208 da Constituição de 1988, não se resume à quantidade de vagas na escola, mas também pressupõe sua qualidade e equidade; enquanto a segunda reside na retomada substantiva do dever de aplicação mínima de recursos em Educação.

O conteúdo material das atividades de manutenção e desenvolvimento do ensino, para fins do artigo 212, foi identificado expressamente pelo Constituinte na forma das obrigações de fazer contidas nos princípios do artigo 206, nas garantias do artigo 208 e no rol de metas e estratégias do Plano Nacional de Educação, a que se refere o artigo 214.

Nesse sentido, a Lei Federal nº 13.005/2014 (PNE) bem delimitou o fluxo de consecução operacional das obrigações normativas de fazer já existentes, porquanto tenham sido extraídas dos comandos constitucionais em comento. O legislador ordinário detalhou-os, de modo a lhes operacionalizar temporalmente, na forma de um conjunto de 20 metas e 254 estratégias, a serem observadas pelos gestores de todas as esferas, sob pena de oferta irregular do ensino a que se refere o artigo 208, § 2º da Constituição.

De acordo com o artigo 10 do PNE, o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverão ser formulados de maneira a assegurar a consignação de dotações orçamentárias compatíveis com as diretrizes, metas e estratégias definidas no Plano Nacional do setor e com os respectivos planos dos entes subnacionais, a fim de viabilizar sua plena execução.

Se, porventura, as leis orçamentárias do ente forem deficitárias no cumprimento do piso ou omissas quanto a esse dever de conformidade material do gasto educacional com a Lei 13.005/2014, a primeira medida de controle cabível será sempre a representação pela inconstitucionalidade dessas leis que prevejam gasto mínimo em Educação inferior ao ditame do artigo 212 da Constituição Federal, mesmo que o gestor maneje dispositivo excepcional no ADCT a pretexto de norma contingente de ajuste fiscal.

Em igual medida, precisamos fiscalizar quaisquer formas de contabilização como manutenção e desenvolvimento do ensino de despesas manifestamente contrárias ao estabelecido na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, em especial em seus artigos 70 e 71; irregularidades na aplicação dos recursos do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb),

especialmente, quando se verificar afronta aos artigos 21 a 23 da Lei nº 11.494/2007, bem como irregularidades na aplicação da contribuição social do salário Educação.

Consequência desse foco de controle reside na busca de medida compensatória, como aplicação adicional no exercício subsequente, do déficit diagnosticado de aplicação dos recursos mínimos em Educação. Além disso, as sanções aplicáveis, caso se verifique que a execução orçamentária deixou de cumprir o patamar de gasto mínimo em manutenção e desenvolvimento do ensino, vão desde a suspensão de transferências voluntárias, na forma do artigo 25, § 1º, IV, alínea “b” da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), até a intervenção na forma do artigo 35, III da Constituição e a responsabilização por improbidade administrativa e eleitoral no âmbito do artigo 1º, I, alínea “g” da Lei Complementar 64/1990 e do artigo 208, § 2º da Constituição de 1988.

Para fins de aprimoramento e transparência da política educacional, devemos demandar a motivação circunstanciada dos gestores que derem causa ao agravamento dos indicadores de gestão, de avaliação institucional e de resultados em Educação no âmbito de sua atuação governamental, para que se possa avaliar, diante das hipóteses de caso concreto, a necessidade de eventual responsabilização pela má ou ineficiente gestão dos recursos de manutenção e desenvolvimento do ensino e do Fundeb.

Nesses casos, é usual o gestor invocar em sua defesa o cumprimento contábil-formal do artigo 212 da Constituição e do artigo 60 do ADCT, mas não consegue comprovar tempestiva e qualitativamente o atendimento das obrigações normativas de fazer, fixadas pelo legislador com prazo determinado de execução. Eis a razão pela qual cabe análise circunstanciada de eventual improbidade administrativa pela inadequada aplicação dos recursos públicos educacionais diante do inadimplemento das metas e estratégias do PNE e do Plano de Educação do respectivo ente, cujo lapso temporal para seu atendimento já tenha se escoado.

Porém, o debate de fundo na aplicação dos recursos educacionais não se resume à contenção dos déficits de aplicação formal ou material, tampouco apenas ao conjunto das responsabilidades isoladas de cada ente da Federação. Há de haver o esforço de distribuir os encargos e os recursos de forma equilibrada em nosso pacto federativo, o que seria alvo do Sistema Nacional de Educação na forma do artigo 13 do PNE.

Ainda que não tenhamos avançado em tal marco regulatório, impõe-se urgentemente a consolidação do federalismo educacional que distribui

competências e, de modo concomitante, aloca recursos suficientes para a consecução das metas e estratégias do Plano Nacional de Educação de forma equitativa em todo o território brasileiro.

Vale lembrar, do ponto de vista da cooperação federativa, que a omissão da União e dos estados em assegurar assistência técnica e financeira, no exercício das suas funções redistributiva e supletiva para fins de equalização das oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade de que trata o artigo 211, §1º da Constituição Federal, enseja responsabilidade solidária pelos sistemas de ensino demandados, para além do dever formal de colaboração entre eles, sob pena de lesão ao direito à Educação pública de qualidade e ao pacto federativo, bem como de afronta aos artigos 23, V; 30, VI e 212, §3º, todos da Constituição de 1988, aos artigos 74 a 76 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) e ao artigo 7º do PNE.

É nesse contexto que suscitamos ser cabível a responsabilização da União pela sua omissão na regulamentação do padrão mínimo de qualidade do ensino a que se referem os artigos 74 da LDB e 206 VII da Carta de 1988, bem como determinam as Estratégias 20.6, 20.7, 20.8 e 20.10 do PNE.

O colossal e inafastável desafio de defesa da máxima eficácia do direito à Educação, tal como ele se apresenta nesse contexto para todos os membros do Ministério Público e da sociedade, certamente passa pela garantia da higidez da estrutura constitucional protetiva do seu financiamento que define regime de competências federativas, responsabilidades e sanções.

É preciso, como feito pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.389.952-MT, pelo ministro Herman Benjamin, erigir a primazia das despesas asseguradoras do mínimo existencial em face de todas as demais despesas governamentais, uma vez que:

[...] não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, **se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna** [...]. [grifo nosso]

Levar o direito à Educação a sério exige que não admitamos que a qualidade do ensino e a responsabilidade solidária entre os entes da Federação quanto à Educação Básica obrigatória sejam apenas compromissos dilatatórios, tampouco se pode admitir a frustração da normatividade do PNE, impondo-lhe mero sentido retórico.

No âmbito do Ministério Público de Contas, a Resolução CNPGC nº 01/2016 aponta para alguns nortes de controle em prol desse desiderato: é preciso financiamento constitucionalmente adequado e bem gerido para que a Educação materialize a dimensão emancipatória da dignidade da pessoa humana.

Como membros do Ministério Público brasileiro, nosso ofício é exigir que a Educação seja, de fato e de direito, prioridade estatal, com exigibilidade imediata e responsabilidade pessoal de quem lhe nega o devido respeito e assento constitucional.

Referências bibliográficas

- BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- CANOTILHO, J. J. G. *Estudo sobre direitos fundamentais*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*; Portugal: Coimbra Editora, 2008.
- COMPARATO, F.; PINTO, E. G. Custeio mínimo dos direitos fundamentais, sob máxima proteção constitucional. In: *Consultor Jurídico*. 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-17/custeio-minimo-direitos-fundamentais-maxima-protecao-cf>> (acesso em: 12/6/2017).
- COMPARATO, F.; TORRES, H. T.; PINTO, E. G.; SARLET, I. W. Financiamento dos direitos à saúde e à Educação: mínimos inegociáveis. In: *Consultor Jurídico*. 27 de julho de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis>> (acesso em: 12/6/2017).
- PINTO, E. G. Eficácia dos direitos sociais por meio do controle judicial da legalidade orçamentária e da sua adequada execução. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFD FE*. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014.
- _____. *Financiamento dos direitos à saúde e à Educação*. Uma perspectiva constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- _____. Dois anos de PNE e a inadimplência com a Educação Básica obrigatória. In: *Consultor Jurídico*. 1º de julho de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-01/elida-pinto-dois-anos-pne-inadimplencia-educacao-basica>> (acesso em: 12/6/2017).
- SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



Panorama da judicialização do direito à Educação no Supremo Tribunal Federal entre 2000 e 2015

NINA BEATRIZ STOCCO RANIERI

Professora associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP) e coordenadora da Cátedra Unesco de Direito à Educação da FD/USP.

No Brasil, a judicialização de questões afetas à Educação tornou-se significativa após a edição da Constituição Federal de 1988 (CF/88), do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei 8.069/90) e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB, Lei 9.394/1996). Desde então, a jurisprudência dos tribunais superiores relativa à garantia e promoção desse direito vem ganhando corpo, particularmente após os anos 2000, com destaque para o Supremo Tribunal Federal (STF).

O objetivo deste artigo é apresentar um panorama da judicialização da Educação junto ao STF no período de 2000 a 2015, realçando duas fases principais: a mais antiga, das demandas que tiveram por objeto o acesso à escola, e a mais recente, das ações relativas aos direitos de liberdade na Educação. A judicialização de direitos educacionais é um fenômeno contemporâneo, próprio de sociedades complexas; embora nem sempre apresente consequências de interesse público, nem seja percebida como socialmente construtiva, a jurisprudência da Corte consolidou a tendência de determinar a execução, pelas autoridades competentes, de políticas públicas constitucionais, o que é muito positivo em termos de diminuição de desigualdades.

Ativismo na Educação

Análises acerca da judicialização da Educação e da jurisprudência do STF relativa ao direito à Educação proliferaram nos últimos anos, em ra-

ção da intensificação da atuação do Judiciário na implementação de políticas públicas¹.

Estudos teóricos demonstram que o avanço da Justiça Constitucional em áreas antes reservadas ao Executivo e ao Legislativo expressa tendência mundial, devido à porosidade das fronteiras entre o direito e a política no mundo contemporâneo.² Ativismo judicial e judicialização são as duas faces dessa moeda; o ativismo revela a atitude do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes devido a um modo de interpretar a Constituição; e a judicialização, no sistema brasileiro, indica o exercício da própria atividade judicial, por provocação das partes³.

1. Dentre os trabalhos recentes, produzidos no Brasil, destacam-se: GOTTI, Alessandra, Projeto 914BRZ1009.2 CNE/Unesco “A Qualidade Social da Educação Brasileira nos Referenciais de Compromisso do Plano e do Sistema Nacional de Educação”. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – Unesco, Conselho Nacional de Educação, Câmara de Educação Básica – CNE/CEB PARECER: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=41851-estudo-processos-judicializacao-temas-tratados-normas-da-ceb-cne-pdf&category_slug=maio-2016-pdf&Itemid=30192> (acesso em: 3/7/2017); <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=41861-urisprudencia-relativa-educacao-basica-pdf&category_slug=maio-2016-pdf&Itemid=30192> (acesso em: 24/3/2017). MAZOTI, Marcelo, O ativismo judicial no panorama do direito à Educação. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; março 2017. VIECELI, Roberto, O ciclo da judicialização das políticas públicas: as decisões do STJ e do STF de 1996 a 2011 sobre a LDB e seus efeitos indiretos externos, dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. SILVEIRA, Adriana Dragone, O direito à Educação de crianças e adolescentes: análise da atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (1991-2008); tese de doutorado apresentada à Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo 2010. BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro, Ensino em casa: um desafio à escola? Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo, março 2013. PINTO, Isabela Rahal de Rezende, A garantia do direito à educação de crianças e adolescentes pela via judicial: análise das decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal (2003-2012); dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Educação da Universidade Federal da Grande Dourados, 2014.

2. RAN HIRSCHL, The judicialization of politics. In: WHITTINGTON, KELEMEN e CALDEIRA (eds.), *The Oxford handbook of law and politics*, 2008.

3. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, in: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 13, Madri (2009), p. 21. <<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/44428/26015>> (acesso em: 20/3/2017).

Ainda que a expressão “ativismo judicial” seja frequentemente invocada com conotação negativa⁴, em face de situações de atividade judicante marcada por ideologias políticas, interferência na atividade dos demais Poderes ou desconformidade com o posicionamento da Corte, o núcleo do conceito associa-se a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, como ocorre em situações de imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público em matéria de políticas públicas. A análise da jurisprudência recente do STF revela, por exemplo, que nas últimas décadas a Corte enfrentou questões emblemáticas envolvendo, entre outros, o direito à vida e à saúde, limites de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, demonstrando a tendência do STF em atribuir maior efetividade aos direitos constitucionalmente garantidos.

Em várias partes do planeta, obrigações legais relativas ao direito à Educação ou mesmo a adequação de políticas públicas educacionais a objetivos nacionais, regionais e internacionais têm sido levadas à apreciação das Cortes, em hipóteses de conflitos de interesses ou de conflitos de normas, levando a decisões de natureza ativista⁵. O Brasil não escapa à regra, notando-se, complementarmente, a utilização dos institutos da repercussão geral e da súmula vinculante, este último totalizando o número de 53 expedições entre 2007 e 2015 – uma delas, a de nº 12, na área do direito à Educação⁶ – bem como um reforço no controle de constitucionalidade abstrato.

4. De acordo com a definição de Elival da Silva Ramos, “a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento, principalmente, da função legislativa, mas também da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.” Cf. *Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos*. São Paulo, Saraiva, p. 138, 2010.

5. COOMANS, Fons, *Justiciability of the right to Education*, *Erasmus Law Review*, v. 2, n. 4, pp. 427-443, 2009, disponível em <http://www.erasmuslawreview.nl/tijdschrift/ELR/2009/4/ELR_2210-2671_2009_002_004_004> (acesso em: 4/7/2017).

6. Súmula vinculante no. 12: “A cobrança de taxa de matrícula nas universidades públicas viola o disposto no artigo 206, IV, da Constituição Federal.” CF. <www.stf.jus.br/portal> (acesso em: 21/3/2017).

Algumas hipóteses podem explicar o fenômeno da judicialização junto ao STF: o fortalecimento da proteção do direito à Educação, com instrumentos jurídicos adequados à sua efetivação e caracterização do Ensino Fundamental como direito subjetivo público (LDB, art. 5º); a ampliação da atividade do Ministério Público pela CF/88 (cf. arts. 127 e 129), destacando-se a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis; a consolidação da ação civil pública para defesa de interesses coletivos; e a abrangência do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade⁷.

A judicialização no STF e suas fases

Entre 2000 e 2015, o STF recebeu mais de 4 mil demandas educacionais, a maior parte das quais de autoria de alunos provenientes das regiões Sul e Sudeste do país. Tais ações versavam, majoritariamente, sobre litígios individuais (confirmação de diplomas, equivalência de estudos, transferência de militares, matrícula em universidades públicas no local de residência de funcionário público, reconhecimento de cursos de medicina realizados no exterior, penalidades, etc.). As demandas relativas à melhoria da qualidade do ensino são insignificantes em termos numéricos (1%), assim como as concernentes a direitos dos professores e demais profissionais da Educação (1%). O maior número de ações contra o Poder Público foi interposto pelo Ministério Público e refere-se ao acesso à Educação Infantil e ao Ensino Fundamental⁸.

No período apontado, é possível distinguir duas fases: a primeira centrada no direito de acesso à Educação, a segunda, nos direitos à Educação. Caso paradigmático da primeira fase é o conhecido Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715 – 5 (Educação Infantil no município de Santo André); da segunda fase, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4439 (ensino religioso) e o Recurso Extraordinário nº 888815 (ensino domiciliar).

A escolha dos casos que as ilustram pauta-se pela relevância dos resultados alcançados, que, além de revelarem o grau de conhecimento das

7. Cf. RANIERI, Nina. O Direito Educacional do sistema jurídico brasileiro, in: *Justiça pela qualidade na Educação*, São Paulo, Saraiva, Org. ABMP, Todos pela Educação, 2013.

8. Cf. VIECELI, Roberto. Op. cit.

garantias e direitos previstos na Constituição Federal por parte da sociedade, situam diferentes questões educacionais no tempo e no espaço.

Primeira fase – 2000 a 2013. Diz respeito ao direito de acesso à escola. As demandas apresentam pedidos que serão atendidos mediante ações estatais positivas. São exemplificativos os casos relativos à Educação Infantil e às cotas em universidades públicas.

No paradigmático Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715 – 5, do município de Santo André, a controvérsia centrou-se na extensão e na compulsoriedade do dever do município em relação ao oferecimento da Educação Infantil, em face da determinação do artigo 208, IV da Constituição Federal (CF), na redação anterior à Emenda Constitucional nº 53/06⁹.

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.

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 0 a 6 anos de idade, por força do artigo 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 artigo

9. A EC 53/06, entre outras medidas, ampliou a duração do Ensino Fundamental obrigatório para nove anos, com início aos 6 anos de idade. Até então, a Educação Infantil era destinada a crianças de 0 a 6 anos, e não 5 anos, conforme a redação atual do artigo 208, IV da CF.

208, IV, 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 de maneira excepcional 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.

O Superior Tribunal de Justiça (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 e consagradas 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 péticas; e) toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e obrigação de atuar, sem que isso infrinja a harmonia entre os Poderes¹⁰.

A inovação, em relação à posição do STF, foi a limitação do cumprimento da obrigação exclusivamente ao Poder Público, razão pela qual o município deverá atender ao direito à Educação Infantil por intermédio da sua rede escolar própria, não se admitindo, tampouco, as filas de espera por vagas.

A importância da jurisprudência que solidamente se firmou em relação à Educação Infantil residiu, sobretudo, no fato de estabelecer parâmetros para a efetivação de outras obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas. O principal deles está na identificação do conteúdo das normas sociais constitucionais à garantia do mínimo existencial, do que decorrem pelo menos duas consequências: tais direitos são subjetivos, com ampla justiciabilidade; não prestada a garantia, o Estado é considerado infrator daquelas obrigações. Seu atendimento, portanto, representa o atendimento de necessidades coletivas, de natureza social e

10. Cf. Resp. 575280 / SP; Resp. 2003/0143232-9, rel. min. Luiz Fux; 2/9/2004, DJ 25/10/2004, p. 228. Resp. 718203/SP, rel. min. Luiz Fux, 6/12/2005, DJ 13/2/2006, p. 694. Resp. 796490/SP, rel. min. João Otávio de Noronha, 15/12/2005, DJ 13/3/2006, p. 305, entre outros.

política, com repercussões no plano dos direitos difusos¹¹. Não por outras razões, anos depois, a Emenda Constitucional nº 59/2009 incluiu a Educação Infantil entre os níveis da Educação Básica compulsória.

Posteriormente, em 2012, a Corte voltou a influenciar a edição de legislação federal (Lei nº 12.711/12), disciplinando a adoção de ações afirmativas pelas universidades federais, após o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186/DF e do Recurso Extraordinário (RE) nº 597.285/RS. Em ambos, o plenário do STF assentou não haver quebra do princípio da igualdade previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, em face: (i) das políticas de ação afirmativa; (ii) da utilização dessas políticas na seleção para o ingresso na Educação Superior, especialmente nas escolas públicas; (iii) do uso do critério étnico-racial por essas políticas; (iv) da autoidentificação como método de seleção; e (v) da modalidade de reserva de vagas ou de estabelecimento de cotas, pelo fato de o Estado atribuir a determinados grupos sociais certas vantagens, por tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas¹².

Segunda fase – iniciada em 2015. Encontra-se ainda em delineamento. Diferentemente da primeira fase, os pedidos reclamam a defesa das liberdades no campo da Educação (liberdade de aprender, ensinar, pesquisar; o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas), o ensino religioso facultativo etc. Suas causas de pedir dizem respeito a direitos na Educação, que se realizam por meio de abstenções estatais¹³. São significativas dessa fase duas ações, em particular: (a) a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439, relativa a ensino religioso; e (b) o Recurso Extraordinário nº 888815, referente ao ensino domiciliar. Ambas têm como relator o ministro Roberto Barroso e ainda não foram julgadas.

11. Cf. entre outros, STF, RE 273.834-AgR/RS, rel. min. Celso de Mello.

12. <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>> e <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>> (acesso em: 4/7/2017).

13. No âmbito das Nações Unidas, a diferenciação entre direito à Educação, direitos na Educação e direitos por meio da Educação decorre de interpretação das diferentes previsões dos artigos 13 e 14 do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc).

Nos dois casos, o objetivo é forçar uma atitude abstencionista por parte do Estado, própria das garantias dos direitos individuais de primeira geração. Em relação ao ensino religioso, visa-se impedir que o Estado se comprometa com a sua oferta em escolas públicas; já no ensino domiciliar, o objetivo é assegurar sua oferta pela família, sem frequência do aluno a escola pública ou privada. Os argumentos contra o ensino religioso nas escolas públicas fundamentam-se no princípio da laicidade (CF, art. 19, I); no ensino domiciliar, no princípio da liberdade de ensino e concepções pedagógicas (CF, art. 206, II e III), corolários do princípio republicano, que tanto requer a neutralidade do Estado em relação à religião quanto a sua participação, direta ou indireta, na formação de cidadãos, por meio da Educação (CF, art. 205).

Na ADI nº 4439, o que está em jogo é a constitucionalidade da oferta de ensino religioso facultativo em escolas públicas, que põe em xeque tanto a laicidade do Estado quanto a liberdade de religião. A Procuradoria Geral da República (PGR) questiona a constitucionalidade do §1º, do artigo 11 do Decreto nº 7.107/2010, que expressa a ratificação, pelo Congresso Nacional, da Concordata celebrada entre o Brasil e a Santa Sé em 2008, cujo artigo 11 prevê a referida oferta. De acordo com a PGR, é vedado à escola pública transformar-se em espaço de catequese e proselitismo religioso, católico ou de qualquer outra confissão, eis que a laicidade impõe ao Estado uma postura neutra em relação às diferentes concepções religiosas presentes na sociedade, sendo-lhe defeso tomar partido em questões de fé, favorecer ou embaraçar qualquer crença, ou grupo de crenças. Por esta razão, a única maneira de viabilizar a laicidade do Estado com o ensino religioso nas escolas públicas seria por via de modelo não confessional, que contemplasse doutrinas e dimensões sociais de diferentes religiões.

No RE nº 888815, o problema diz respeito à liberdade de ensino e de concepções pedagógicas. O que está em jogo é a possibilidade legal de determinada criança ser educada em casa. O recurso originou-se em mandado de segurança, indeferido tanto pelo juízo da Comarca de Canela como pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ-RS), com o fundamento de que, não havendo previsão legal de ensino nessa modalidade, não há direito líquido e certo a ser amparado.

Diversos problemas emergem nesses casos. Qual o âmbito das liberdades questionadas frente à atuação do Estado? Se, no caso do ensino religioso, o objetivo do governo brasileiro, ao celebrar a Concordata, foi ampliar a participação do Estado em área reservada à esfera privada, a do PGR é

impedir tal ampliação. Por outro lado, no caso do ensino domiciliar, o objetivo dos pais é ampliar a área de atuação da família, ao pretender oferecer diretamente o Ensino Fundamental à sua filha, enquanto a do Estado é impedir tal ampliação. Além disso, na garantia dos direitos sociais, genéricos ou instrumentais, são frequentes as colisões de princípios ou de normas, tal como ora ocorre em relação à laicidade e à liberdade de ensino, ou entre a liberdade de concepções pedagógicas e a Educação para a formação do cidadão. Qual deve prevalecer? Ainda mais sério é o problema da primazia do direito da criança ou do adolescente em relação ao ensino religioso ou domiciliar. Como aquilatá-la?

O STF, por conseguinte, está sendo chamado a manifestar-se acerca de direitos instrumentais, relacionados às liberdades na Educação, e, complementarmente, acerca do papel do Estado. Os direitos na Educação não constituem outra categoria de direitos sociais. São direitos subjetivos que se traduzem em deveres de proteção¹⁴. Seus fundamentos teóricos podem ser extraídos, conforme o caso, das garantias do direito geral de liberdade ou das dos direitos de liberdades implícitos¹⁵. No primeiro caso – direito geral de liberdade –, tem-se a garantia de um direito explícito, não defeso em lei (*i.e.*, liberdade de ensinar e divulgar o pensamento, previsto no art. 206, III); no segundo caso, um direito de ação (*i.e.* ensino religioso facultativo, art. 210, §1º.), derivado de direito previsto em norma expressa que se identifica com um direito subjetivo, cujo exercício, ou não exercício, depende da vontade de seu titular, desde que esta prerrogativa seja exercida em conformidade com as regras de direito. O problema é o exercício desses direitos em colisão com outras normas constitucionais, a exigir ponderação dos intérpretes.

Comentários finais

A análise das decisões do STF no período indicado, em relação à implementação de políticas públicas que se extraem diretamente da Consti-

14. Cf. MENDES, Gilmar. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. *Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo. Saraiva. 2012, p. 472.

15. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo, Malheiros, 2008, trad. Virgílio Afonso da Silva.

tuição, revela, em primeiro lugar, que as normas que garantem o direito à Educação no Brasil são efetivas: podem ser aplicadas a situações e circunstâncias específicas, com resultados objetivos.

Os casos apontados proporcionam uma ampla visão da evolução dos processos de efetivação do direito à Educação: da adequação do poder discricionário do legislador e do administrador público às políticas públicas veiculadas pela Constituição às dificuldades jurídicas de implantação do programa assumido pela Constituição Federal de 1988 nessa área.

De outra parte, revelam que os mecanismos de tutela judicial dos direitos sociais podem ser muito eficazes nas situações em que a política pública se extrai diretamente da Constituição. Essa conclusão sugere, por decorrência lógica, que a atuação das Cortes é fundamental em tal implementação, como ocorreu no caso da Educação Infantil e no das cotas. Nesses e em situações análogas, verifica-se – por ocasião do encerramento do ciclo da judicialização e da implantação da política pública – que os efeitos indiretos da judicialização tendem a beneficiar as camadas mais pobres da população, que, em geral, não têm condições para litigar.

Observa-se, ainda, que a força do precedente judicial obriga o Legislativo e o Executivo a adotarem medidas que assegurem igualdade de tratamento, como foi o caso da edição da Emenda Constitucional nº 59 e da Lei nº 12.711/12. O que significa dizer que o ativismo das Cortes só leva a resultados concretos de amplo alcance quando os outros Poderes também atuam no mesmo sentido; caso contrário, as consequências seriam políticas fragmentadas. Finalmente, não poderia deixar de apontar que os casos relativos ao ensino religioso e à Educação domiciliar poderão revelar novos modos de interpretação do direito à Educação.

Há muitos desafios a serem enfrentados em virtude da judicialização da Educação: o excessivo número de demandas que chegam aos tribunais; o tempo de processamento das demandas, com prejuízo para os grupos menos favorecidos; o treinamento de profissionais para atuar nas demandas educacionais, dada a complexidade e a efemeridade da legislação. Mas nenhum deles diminui o muito que já se alcançou com a atuação do STF no campo da Educação.



Este livro foi composto nas fontes Thema e Usual
e impresso, com apoio da Editora Moderna,
em dezembro de 2017.

Este livro é uma iniciativa do **Todos Pela Educação** para qualificar o debate sobre o papel do sistema de Justiça na garantia do direito à Educação de qualidade.

A obra, publicada com o apoio da Editora Moderna, apresenta um estudo sobre a judicialização da Educação Básica no Brasil encomendado pela Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação (CNE) e pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) à advogada Alessandra Gotti, doutora e mestre em Direito Constitucional.

Em torno dele, especialistas da área educacional, de colegiados representativos da gestão pública, do CNE, do Supremo Tribunal Federal, do Ministério Público e do Ministério Público de Contas traçam um panorama histórico, identificam tendências e expõem reflexões e propostas.

PRISCILA CRUZ

Todos Pela Educação

LUCIANO MONTEIRO

Editora Moderna

ISBN: 978-85-16-10837-3



9 788516 108373