

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

O DIREITO À EDUCAÇÃO E UMA ANÁLISE JURISPRUDÊNCIAL
DESDE A CONSTITUIÇÃO DE 1988

CAROLINE SANTOS BORGES

Rio de Janeiro
2018/ 2º SEMESTRE

CAROLINE SANTOS BORGES

**O DIREITO À EDUCAÇÃO E UMA ANÁLISE JURISPRUDÊNCIAL
DESDE A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. José Roberto Xavier.

Rio de Janeiro

2018 / 2º SEMESTRE

Borges, Caroline Santos

B732d O Direito À Educação e uma análise jurisprudencial

desde a Constituição de 1988 / Caroline Santos Borges. -- Rio de Janeiro, 2018.

59 f.

Orientador: José Roberto Xavier.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Direito à Educação. 2. Jurisprudência STF. 3. Princípio de qualidade. 4. Jurisprudência de ensino. I. Xavier, José Roberto, orient. II. Título.

CAROLINE SANTOS BORGES

**O DIREITO À EDUCAÇÃO E UMA ANÁLISE JURISPRUDÊNCIAL
DESDE A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. José Roberto Xavier.

Data da Aprovação: __ / __ / __

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2018 / 2º SEMESTRE

RESUMO

O objetivo desse trabalho é em primeiro lugar fazer uma análise sobre o direito à educação desde a promulgação da Constituição, devido a sua importância para a constituição de um Estado igualitário e verdadeiramente democrático. Entender sua primazia constitucional e o princípio de qualidade de ensino, seus parâmetros e limites. Para tanto faremos um retrato dos acórdãos decididos pelo Supremo Tribunal Federal, pois ele é àquele o qual tem o dever de proteger a Constituição; veremos quais assuntos têm chegado a Suprema Corte e como ela tem decidido os casos mais importantes. Será que tem chegado assuntos suficientes sobre o tema no Supremo? Ele tem discutido sobre o princípio de qualidade? Tem levado em conta os princípios sobre a educação? Perguntas como essas, o trabalho tentará responder.

Palavras – chave: Direito à educação; Princípio de Qualidade, Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT

The research aims at first to analyse the education rights since the Constitution release, since your importance to have an igualitary and truly democratic State. To understand its constitucional primacy and its quality principle, its guidelines and limits. To do so, we will do a photo of the decisions made by the Federal Tribune Court, because it is the one which is responsible to protect the Constitution; we will see which subjects are reaching the Court and how it is deciding the most prominent cases. Is there reaching enough cases about the theme? Has it been discussing the quality principle? Does it have taken into consideration the educational principles? Questions like those, the research will try to answer.

Key-words: Educational Rights; Quality Principle; Federal Tribune Court

SIGLAS

ANED – Associação Nacional de Educação Domiciliar

CONFENEN – Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio

EUA

FUNDEF – Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério

IDEB

INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira

IPEA

LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional

MP – Ministério Público

OECD – The Organization for Economic Co-operation and Development

PISA – Program for International Student Assessment

PSC - Partido Social Cristão

SAEB – Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica

SINESP – Sindicato dos Especialistas de Educação do Ensino Público Municipal de São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

UNE – União Nacional dos Estudantes

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1	3
1.1 Breve Historicidade do Direito à Educação	3
1.2 O direito à educação na constituição atual	6
1.2.1 Direito à educação como um direito fundamental	6
1.2.2. Direito à educação com um direito social	9
1.2.3 O dever constitucional do Estado em relação ao direito à educação	11
1.2.4 O Princípio de Qualidade da educação	15
CAPÍTULO 2	22
2.1 O supremo tribunal federal e a jurisprudência educacional	22
2.2 Os casos mais importantes julgados pelo Supremo Tribunal Federal	29
2.2.1 Implementação de política pública	29
2.2.2 Escolha de dirigentes por votação livre	33
2.2.3 Acesso à pré-escola e a creches	35
2.2.4 Acesso de crianças portadoras de	38
2.2.5 <i>Homeschooling</i>	42
3 CONCLUSÃO	46
Referencias Bibliográficas	49

INTRODUÇÃO

O tema basilar dessa monografia é a educação e todos os seus percalços, principalmente dentro de julgados da nossa Corte Suprema – o Supremo Tribunal Federal.

Nossa Constituição preconiza o princípio da dignidade humana como sendo, de acordo com José Afonso da Silva, “o valor supremo da democracia”¹, pois ele representaria a importância do próprio homem, que seria o objeto principal de tutela do direito, ou seja, este princípio atrairia todo o ordenamento jurídico, a fim de proteger àquele para qual o direito existe.

Assim afirma Ingo Wolfgang Sarlet

Consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal².

Nesse panorama, evidencia-se a importância da educação para a constituição de uma sociedade justa e igualitária, pois a mesma “consiste em aspecto necessário ao pleno desenvolvimento da pessoa humana”³. Só havendo uma educação para todos e de qualidade, que cada cidadão, sem diferenças, poderá gozar plenamente dos seus direitos.

Dessa forma, aprovaram os constituintes, com reflexo das lutas redemocratizadoras, inserir o direito à educação como direito social subjetivo (nos termos dos artigos 6º e 208, §1º da Constituição).

Todas as nações que tiveram um grande avanço nos últimos anos investiram pesadamente na educação; inclusive a Finlândia que só assinou a promulgação do sistema educativo obrigatório em 1921⁴ e até após a Segunda Guerra Mundial era um país agrário, hoje estando na 15ª posição no Índice de Desenvolvimento Humano segundo a lista divulgada

¹ Silva, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 1998. 89 a 94 p.

² SCARLET, Ingo Wolfgang (2002, p. 68)

³ Dante, C. R. C.; Lonchiati, F. A. B (2016, p. 6)

⁴ Acesso do site < <http://www.finlandia.org.br/public/default.aspx?nodeid=36445&contentlan=17&culture=pt-BR>> em 14/11/2018

e está em 5º lugar no PISA (Program for International Student Assessment) que é um teste aplicado pela OECD (The Organization for Economic Co-operation and Development) em alunos do mundo inteiro avaliando matemática, leitura e ciências.

E nessa correlação podemos incluir o que Sônia das Graças Oliveira Silva em seu artigo intitulado “A Escola na Formação do Cidadão” relata:

Na escola, durante processos de socialização, a criança tem oportunidade de desenvolver a sua identidade e autonomia. Interagindo com os amiguinhos se dá a ampliação de laços afetivos que as crianças podem estabelecer com as outras crianças e com os adultos. Isso poderá contribuir para o reconhecimento do outro e para a constatação das diferenças entre as pessoas; diferenças essas, que podem ser aproveitadas para o enriquecimento de si próprias. As instituições de educação infantil se constituem em espaços de socialização, propiciam o contato e o confronto com adultos e crianças de várias origens socioculturais, de diferentes religiões, etnias, costumes, hábitos e valores, fazendo dessa diversidade um campo privilegiado da experiência educativa. Desse modo, na escola, criam-se condições para as crianças conhecerem, descobrirem e ressignificarem novos sentimentos, valores, ideias, costumes e papéis sociais⁵.

Demonstrado a importância da temática para a sociedade como um todo, vamos ao longo do trabalho ver como o direito tem se relacionado com a educação e principalmente como o assunto tem sido abordado no STF, quais são as causas mais discutidas e se a Suprema Corte tem, de fato, protegido os princípios relativos à educação derivados da Carta Federal. Ao final apresentaremos um breve relato dos desafios que o direito pode enfrentar dentro da área.

⁵ SILVA, Sonia das Graças Oliveira. (2008)

CAPÍTULO 1.

DIREITO À EDUCAÇÃO:

1.1) Breve historicidade do direito à educação

O marco do direito à educação se constituiu na Constituição de 1988, entretanto podemos encontrar, devido a sua relevância, o aparecimento do tema em todas as nossas Cartas Constitucionais.

Inclusive antes da primeira Constituição, encontramos legislações educacionais com a chegada dos primeiros jesuítas ao Brasil. Com o intuito de educar e catequizar os índios, Dom João III baixou instruções especiais sobre a educação. Obviamente que ainda naquela época, o sistema educacional era extremamente seletivo, onde quase toda a população era analfabeta, com exceção da classe sacerdotal e da elite da administração pública.

Após a expulsão dos jesuítas do Brasil em 1612, Marquês de Pombal, com o Alvará de 28 de junho de 1759, institui pela primeira vez a educação como dever do Estado. Embora isso tenha acontecido, historiadores consideram a Reforma Educacional Pombaliana uma catástrofe, pois destruiu o único sistema organizado do Brasil, substituindo-o por um inadequado.

A educação na Época Pombaliana visava criar uma elite brasileira apta a conduzir transformações sociais, políticas e econômicas, havia uma contradição, no entanto; a inexistência de ensino superior no Brasil, levando os jovens a estudar nas Faculdades de Portugal que continuava a exercer grandes influências.

A Constituição Imperial de 1824 prevê a “instrução primária gratuita a todos os cidadãos” em seu artigo 179, alínea 32 e também “colégios, e universidades, onde serão ensinados os elementos das ciências, belas artes e artes”. Não obstante, somente depois de três anos, em 1827, criou-se uma lei para regulamentar o primeiro dispositivo constitucional, criando colégios para meninas e escolas de primeiras letras, mesmo assim, segundo Lourenço Filho, apud Nelson Joaquim “a julgar pelos documentos oficiais da época, foram escassos os frutos da medida, tal a dificuldade de se encontrar pessoas habilitadas para o ensino”⁶.

⁶ JOAQUIM, Nelson (2009, p. 63)

Apesar de em 1827, o Imperador Dom Pedro I ter sancionado a Carta Lei que criara dois cursos jurídicos, um na cidade de São Paulo e o outro em Olinda; em todo o império não houve abertura de Universidades no Brasil, apenas discussões e propostas para tal.

No tempo do império, embora encontrarmos formalmente leis para o ensino do povo, na prática o interesse era apenas o ensino à elite, pois sendo uma sociedade latifundiária e escravista, o ensino seria um perigo ao sistema econômico vigente à época, nas palavras do importante abolicionista Joaquim Nabuco, apud Nelson Joaquim “[...] a escravidão bloqueava o desenvolvimento das classes de um mercado de trabalho. [...] A senzala e a escola são pólos, que se repelem...”⁷

A Constituição de 1891, segundo o historiador Nelson Joaquim (2009) foi um descaso para a educação, ocorrendo uma descentralização, pois dava competência privativamente ao Congresso Nacional (art. 34, 30), mas cumulativamente com os governos das unidades federadas, para promover a instrução secundária no Distrito Federal e criar instituições de ensino superior e secundário nos estados (art. 35, itens 3º e 4º).

Na Constituição de 1934, o Estado já tinha participado de alguns debates, inclusive o inquérito sobre educação pelo jornal *O Estado de São Paulo*. Assim, com Getúlio Vargas foi criado mesmo antes da promulgação da Constituição, o Ministério da Educação como um anseio por mudanças na área.

Diz-se que ela foi a primeira a incluir um capítulo sobre educação e tendo reconhecido o direito ao mesmo com direito social em seu artigo 149. “A educação é direito de todos e deve ser ministrado pela família e pelos poderes públicos”, mas como evidencia Pontes de Miranda em sua obra *Direito à Educação*, apud Joaquim⁸ “infelizmente o Estado moderno constitucional, deixou sem sanção, certos direitos declarados. Há direitos declarados sobre a educação, apenas verbalmente e de difícil reconhecimento, por faltar direitos subjetivos acionáveis”.

Contudo, dentro dessa Constituição tivemos grandes avanços como o plano nacional de educação, obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário, liberdade cátedra e vinculação de recurso, organização dos sistemas educacionais, etc.

⁷ JOAQUIM, Nelson (2009, p. 68)

⁸ JOAQUIM, Nelson (2009, p. 74)

Regida por um governo autoritário e unitário, tivemos na Constituição de 1937 um retrocesso, já que “não havia a preocupação com o ensino público, havia a previsão de competência material e legislativa privativa da União em relação às diretrizes e bases da educação nacional, sem referência aos sistemas de ensino dos estados, como pela própria rigidez do regime ditatorial.”⁹

Vale ressaltar, todavia, que esse período também tivemos algumas melhorias para a educação como a criação da UNE, a expansão da quantidade de escolas, etc. Não vemos uma rompimento com o dualismo – escola para ricos e escola para pobres, mantendo a grande desigualdade, mas encontramos algumas melhorias.

A redemocratização do país, trouxe de volta as discussões e progressos iniciados em 1891 e 1934, fazendo com que a nova Constituição (1946) apresentasse dez artigos (166 a 175) voltados para o tema. Atribui à União competência para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, o que no futuro, impulsionaria as discussões envolvendo a elaboração da Lei de Diretrizes e Bases da educação nacional.

Na década de 1960, pela Lei 4.024, de 20 de dezembro de 1961, surge a primeira lei brasileira a estabelecer as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, para todos os níveis, do pré-primário ao superior, que instituiu um Conselho Federal de Educação e Conselhos Estaduais de Educação. De certa forma, entretanto, não houve uma mudança significativa na estrutura do ensino.

Com o golpe de 1964, houve uma grande represália aos pensamentos livres e uma constante vigilância nas salas de aulas, principalmente com os decretos presidenciais. Baseado nisso: “em 1966 e 1967, decretos presidenciais e pareceres do Conselho Federal de Educação minaram o poder e a legitimidade que os catedráticos haviam usufruído desde o início do século XIX.”¹⁰.

Assim, a Constituição de 1967, apesar de ter fortalecido o ensino particular e na Emenda Constitucional nº 1, de 1969 ter tratado educação como um dever do Estado, muitos direitos foram violados devido a ditadura, inclusive o fechamento da UNE.

Em 1971, é promulgado a nova lei de Diretrizes e Bases para o Ensino de 1º e 2º Graus, modificando a estrutura do ensino; o ensino primário e o ensino ginásio foram

⁹ MONTEIRO, Raquel Motta (2014, p.3)

¹⁰ JOAQUIM, Nelson (2009, p. 84)

unificados em um só curso, chamado de primeiro grau, e duraria oito anos. Já o segundo grau, seria profissionalizante. A respeito da lei, Lei Souza¹¹, fez o seguinte comentário:

A Lei nº 5.692/71, de Diretrizes e Bases para o Ensino de 1º e 2º Graus, nasceu de uma enganosa concepção sobre os objetivos desses graus de ensino. Notadamente, no que diz respeito ao 2º grau. Dois equívocos parecem ter inspirado a adoção dessa obrigatoriedade profissionalizante nesse grau de ensino: o primeiro diz respeito à tentativa de desviar parte do alunado do interesse pela universidade, para o endereço do mercado de trabalho; o segundo refere-se a uma suposta demanda explosiva de técnicos por parte da empresa. A realidade acabou por contrariar ambas as conjecturas.¹²

Somente em um contexto pós-ditadura que surge a atual Constituição trazendo inovações fundamentais para entendermos a sua realidade atual.

1.2) O DIREITO À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO ATUAL:

A Constituição de 1988 trouxe grandes novidades para o direito à educação e nesse capítulo iremos estudar como e o que significa a educação frente à Carta Magna.

Pela sua importância salutar, a Constituição dedicou em seu Título VIII, capítulo III, toda a Seção I, dez artigos, do 205 a 214; e que é também o primeiro entre os direitos sociais efetivamente garantidos no art. 6º da Carta Magna de 1988.

1.2.1 Direito à educação como um direito fundamental

Visto isso, é imprescindível entendermos o direito à educação como um direito fundamental, ligado essencialmente com o conceito de dignidade da pessoa humana e de cidadania.

Em relação ao direito fundamental, Paulo Bonavides, em seu Curso de Direito Constitucional, com base nos estudos de Carl Schmitt, caracteriza-o do seguinte modo:

Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele¹³, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. E acrescenta: numa acepção estrita são unicamente os direitos de liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável.¹⁴

¹¹ SOUZA, Lei. (1986, p. 86)

¹² JOAQUIM, Nelson (2009, p. 86)

¹³ Se referindo a Carl Schmitt.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo (1996, p. 369)

Ou seja, são direitos absolutos, que só poderiam ser relativizados e/ou não atendidos em caráter exclusivamente excepcional; fazendo-se essencial a limitação e a proteção do Estado em relação a todos.

Ainda sobre os direitos fundamentais, podemos citar Canotilho:

As expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arracariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos humanos seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.¹⁵

Portanto, não apenas o direito à educação é um direito fundamental como também é um direito natural que todos os ordenamentos modernos democráticos de direito (internacionalmente) tem garantido. Dessa maneira versa Martins (2004), apud Nelson Joaquim:

O direito à educação como proteção da vida não tem fronteira, por ser anterior e superior a qualquer norma ou lei e precisa ser alcançado por todos os povos e nações, como direito inalienável e fundamental. As expressões direitos fundamentais e direitos humanos são bastante utilizadas para definir o direito à educação. Porém, essas duas expressões não se confundem: direito à educação como direito fundamental está positivado constitucionalmente (direito interno); direito à educação como direito humano é reconhecido no plano internacional (direito internacional). É de acrescer-se, ainda, que não há possibilidade de dissociação entre educação e o direito natural, já que eles fazem parte da natureza humana, e existem direitos inerentes à natureza humana que precedem à própria natureza do Estado.¹⁶

Nesse molde, a Carta Federal de 1988 em seu artigo primeiro declara que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II a cidadania e III – a dignidade da pessoa humana”.

Acredita-se que pelo fato do princípio da dignidade da pessoa humana estar associado intimamente com o ser humano, este precisa ser o princípio norteador de todo o ordenamento jurídico, tanto para a criação de normas como para a interpretação das mesmas.

Para a efetividade desse princípio, a educação é fundamental como uma garantia de um mínimo existencial, onde o ser humano pode se desenvolver plenamente em todas as áreas,

¹⁵ CANOTILHO, Gomes (1999, p. 432)

¹⁶ JOAQUIM, Nelson (2009, p. 190)

por isso, a própria Constituição exige, não ser apenas um dever do Estado, mas também da própria família e com a colaboração de toda a sociedade, caracterizando uma igualdade com o termo “direito de todos”. (art 205, CF)

Em verdade, “no processo de educação é que a capacidade cognitiva do ser humano exprime-o como metafísico, vislumbra fins e constrói sua dignidade”, de forma a “tornar a convivência uma união justa e humana, dando sentido, inclusive, às promessas constitucionais de edificação de sociedade justa, fraterna e solidária”¹⁷.

E usufruindo completamente dessa dignidade, o homem pode se tornar um cidadão, pois o objetivo principal da garantia de uma educação para todos, seria “o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. (art. 205, CF)

De acordo com a doutrina, a nova Constituição amplia o conceito de cidadania, agora não mais como a simples qualidade de gozar direitos políticos, mas sim de aferir um núcleo mínimo de direitos fundamentais que devem se impor, obrigatoriamente, à ação do poder público.

Segundo José Afonso da Silva a cidadania:

Consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder, com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro e de contribuir para o aperfeiçoamento de todos.¹⁸

Ainda sobre o assunto, é pertinente vermos a correlação do direito à educação com a cidadania dada por Marshall e referenciada por Portela de Oliveira e Lourdes Marcelino Machado;

A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania, e, quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, este tem em mente sem sombra de dúvida, as exigências e a natureza da cidadania. Está tentando estimular o desenvolvimento de cidadãos em formação. (...) A educação é um pré-requisito necessário da liberdade civil.¹⁹

¹⁷ ZENNI; FÉLIX (2011, p. 169-192)

¹⁸ SILVA, José Afonso (1996, p. 171)

¹⁹ MACHADO; OLIVEIRA (p. 06)

Com isso, se busca a universalização do direito e essa universalização traz consigo a diversidade. Com a pretensão e obrigatoriedade de escola para todos, as crianças de diferentes raças, religiões, culturas, etc, estão juntas, criando um sentido de solidariedade maior e assim também construindo uma sociedade de bem estar.

Eurico Bittencourt Neto, afirma que: “A solidariedade corresponde ao pertencimento a um determinado grupo social, do que resulta compartilhar os benefícios, mas também a responsabilidade nas dificuldades, o que a identifica com a ideia de fraternidade.”²⁰

1.2.2 O Direito à educação como direito social

A Carta Magna de 1988 elenca os direitos fundamentais durante todo o seu conteúdo, e traz um rol deles insculpidos nos artigos 5º, 6º, 7º, 8º e 9º.

Em primeiro lugar, há os direitos de primeira geração ou dimensão que são os direitos individuais, colocando-se “como importante elemento de afirmação dos direitos do cidadão frente ao Estado”.²¹ São direitos de caráter negativo, pois exigem diretamente uma abstenção do Estado. A sua maioria se encontra no artigo 5º.

Já os direitos de segunda geração ou dimensão são aqueles cuja proteção se dar com um posicionamento ativo do Estado, sem a qual, seria impossível a viabilidade de sua concretização. Esses são conhecidos como direitos sociais, econômicos e culturais.

Ainda temos direitos de terceira geração que emergiram após a Segunda Guerra Mundial, ligados a um sentimento de solidariedade e de fraternidade. Liga-se a uma proteção de direitos transindividuais, destinados à proteção do ser humano.

Até então, com poucas discussões, admitimos o direito de quarta geração que versa sobre o futuro da cidadania, ligado ao direito à democracia, à informação e ao pluralismo.

A Constituição de 1988, foi a primeira a dar um rol exclusivo aos direitos sociais, saindo do capítulo da Ordem Social, onde sempre estivera misturado com a ordem econômica. Em seu artigo 6º, ela posiciona o direito à educação como um direito social.

José Afonso da Silva conceitua direitos sociais:

²⁰ NETO, Eurico (2010, p. 107).

²¹ MONTEIRO, 2014

Assim, podemos dizer, que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.²²

Alguns doutrinadores acreditam que o direito à educação seria simplesmente um direito fundamental, enquanto outros acreditam ser um direito apenas de cunho prestativo do Estado, não percebendo como vimos anteriormente, que a educação está no cerne de cada ser humano, sendo imprescindível para a materialização de direitos como a da igualdade e da liberdade; olhemos o que Maria Cristina de Brito Lima diz sobre o assunto:

É importante frisar que a liberdade, como valor a permitir ao homem os meios para efetivamente alcançar aquela liberdade que o permita viver sem qualquer intervenção do Estado, deve visar à igualdade de oportunidades, o que só será possível com educação básica para todos. [...] nesse sentido, a educação, como instrumento da liberdade, passa a integrar o núcleo essencial de direitos que conduzem à cidadania, conferindo-lhe um caráter libertário.²³

Noberto Bobbio entende que os direitos sociais “expressam o amadurecimento de novas exigências - podemos mesmo dizer, de novos valores como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado”²⁴.

Dentro da temática, Thomas Humprey Marshall tem grande proeminência com a sua obra Cidadania, Classe e Status e em um breve relato, mas de grande clareza, define o direito à educação, vejamos como o célebre autor nos esclarece:

O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva. Basicamente, deveria ser considerado não como um direito da criança frequentar a escola, mas como o direito do cidadão ter sido educado.²⁵

Passado a discussão sobre o que é direito social e como é visto o mesmo em relação à educação, resumimos nas palavras de André Ramos Tavares:

A Constituição brasileira assume expressamente o direito à educação como um direito de matriz social. Ela o faz, inicialmente, no art. 6º, de maneira incisiva e

²² SILVA, José Afonso (1996, p. 253)

²³ LIMA, Maria Cristina (2003, p. 23-24)

²⁴ BOBBIO, Noberto (2004, pag 52)

²⁵

sintética, para posteriormente ratificar esse posicionamento, especificando esse direito e outros direitos e institutos correlatos, no seu Capítulo III do Título VIII, exatamente a partir do art. 205.²⁶

Após algumas discussões doutrinárias a cerca das características constitucionais do direito à educação, o STF vem se manifestando dissolvendo as dúvidas que poderiam ainda restar, como no seguinte julgamento:

1. A educação é um direito fundamental e indisponível do indivíduo. É dever do Estado propiciar meios que viabilizem o seu exercício. Dever a ele imposto pelo preceito vinculado pelo artigo 205 da Constituição Federal do Brasil. A omissão da Administração importa afronta à Constituição.²⁷

1.2.3 O dever constitucional do Estado em relação ao direito à educação

Para que haja um direito social, não apenas devemos afirmá-los como tais, mas o Estado necessita criar mecanismo para a sua real tutela, pois sem o mesmo, a plena efetividade dos direitos fundamentais sociais nunca seria alcançada.

Sendo assim, o art. 208 aponta algumas obrigações dadas ao Poder Estatal:

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

- I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)
- II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)
- III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)
- V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009).

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

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

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

De acordo com o parágrafo primeiro o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é um direito público subjetivo, fazendo com que se o poder Estatal não cumprir com sua obrigação,

²⁶

²⁷ BRASIL, STF. DJ 07.ago.2009, RE-AgR 594018/RJ, Rel. Min. Eros Grau

o lesado ou o interessado poderá acionar o poder judiciário para forçar o poder público a cumprir com seu dever.

Mesmo com o artigo exposto, uma parte da doutrina acredita que é inviável a Administração Pública oferecer tais prestações, transformando esse direito meramente como um símbolo, mediante a isso Ana Paula de Barcellos dispõe que:

A doutrina registra, em geral, que os direitos sociais, diferentemente dos individuais e políticos (embora esse ponto seja altamente discutível), dependem de prestações positivas do Estado para a sua implementação, enfrentando o problema de escassez dos recursos públicos, sempre menos que as necessidades. Como consequência disso, afirma-se, grosso modo, que as normas que preveem tais direitos não tem a capacidade de torna-los exigíveis diante do Estado, pois o Judiciário não teria competência para dispor a respeito do orçamento público. Em suma: tais “direitos” não seriam direitos subjetivos; não haveria um dever do Estado de prestá-los.²⁸

Apesar de termos uma parte da doutrina contrária a subjetividade do direito, a doutrina majoritária vê o assunto de forma diferente, vejamos o que versa Regina Maria Muniz:

[...] as normas constitucionais que disciplinam o direito à educação, ora visto como integrante do direito à vida, ora como direito social, não de ser entendidas como de eficácia plena e aplicabilidade imediata, produzindo efeitos jurídicos, onde todos são investidos no direito subjetivo público, com o efetivo exercício e gozo, indispensáveis para o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.²⁹

Ainda sobre o assunto temos a declaração de José Cretella Junior:

O art. 208, § 1º, da Constituição vigente não deixa a menor dúvida a respeito do acesso ao ensino obrigatório e gratuito que o educando, em qualquer grau, cumprindo os requisitos legais, tem o direito público subjetivo, oponível ao Estado, não tendo esta nenhuma possibilidade de negar a solicitação, protegida por expressa norma jurídica constitucional cogente.³⁰

E sobre o direito à educação como sendo o primeiro direito social, afirma:

[...] todo cidadão brasileiro tem o subjetivo público de exigir do Estado o cumprimento da prestação educacional, independentemente de vaga, sem seleção, porque a regra jurídica constitucional o investiu nesse status, colocando o Estado, ao lado da família, no poder-dever de abrir a todas as portas das escolas públicas e, se não houver vagas, nestas, das escolas privadas, pagando as bolsas aos estudantes.³¹

²⁸ BARCELLOS, Ana (2007, p. 102 – 103)

²⁹ MUNIZ (2002, p. 122):

³⁰ CRETELLA (1993, pag. 4.418)

³¹ CRETELLA (1991, v. 2, p. 881-2)

Aprofundando o referido artigo, vemos uma mudança importante no Inciso I, onde agora o constituinte coloca como dever do Estado o ensino obrigatório e gratuito inclusive para aqueles que não puderam obtê-lo na idade própria.

Vale também lembrar que o termo “obrigatório” possui um significado duplo; tanto o Estado arca com essa obrigatoriedade de garantir vagas para todas as crianças, quanto aos pais da matriculá-las. Aqueles que se eximirem de sua obrigação, poderão responder penalmente de acordo com o artigo 246 do Código Penal de 1940, chamado de abandono intelectual e possuem penas de perda do pátrio poder ou multa pecuniária. Dentro desse escopo, há a recente discussão da possibilidade do *Homeschooling* que abordaremos mais à frente.

Para aqueles que não obtiveram seus estudos na idade considerada ideal, não é obrigatório que o mesmo se matricule em instituições de ensino, mas desejando fazê-lo, o Estado obrigatoriamente deve oferecer escolas para os mesmos.

O texto original do Inciso II dizia da “progressiva extensão e obrigatoriedade do ensino médio” sendo modificado pela Emenda Constitucional nº 14, de setembro de 1996 para o seguinte texto: “progressiva universalização do ensino médio gratuito”.

O novo texto apresenta uma leve alteração, fazendo o dever do Estado menos efetivo do que o primeiro, entretanto essa diferença não possui muitas consequências práticas, já que o que determina a “universalização” deste nível escolar é a necessidade de vagas, oriundas de uma regularização do ensino fundamental e conseqüentemente a pressão popular.

O Inciso III versa sobre “a educação especializada aos portadores de deficiências” baseado principalmente no princípio da igualdade e que encontra na jurisprudência uma discussão das escolas privadas referente ao que o Inciso afirma em seu final “**preferencialmente** na rede regular de ensino”.

Com o Inciso IV, temos uma mudança de visão no que se refere a creches e pré-escolas, pois antes eram consideradas como assistência social e agora são classificadas como parte integrante da educação “básica”. Mediante a isso, exige-se uma normatização e sua regularização na legislação complementar.

Essas mudanças também apresentam alguns desafios, primeiramente não apenas o Estado precisa garantir o acesso às creches e pré-escolas, bem como a sociedade como um todo deve olhar esse nível educacional como sendo de grande relevância, sobre o assunto aborda Nascimento:

Historicamente atreladas às políticas assistenciais, as creches configuram-se como um desafio político cuja concretização de metas, no tocante à extensão e melhoria da infraestrutura física e qualitativa do atendimento, impõe e pressupõe um acurado diagnóstico do setor.³²

O segundo desafio encontrado é mediante o fato de ao fazer essa mudança, insere um novo nível ao que consideramos “manutenção e desenvolvimento do ensino”, sem que haja um aumento de incentivos, que é basicamente concentrado no ensino fundamental de acordo com a FUNDEF (Lei 9.424/1996).

O Inciso VI oferece “ensino noturno regular, adequado às condições de cada um”, expressando assim um importante meio de funcionalização do inciso I que obriga o Estado a oferecer gratuitamente educação básica ainda para aqueles que não possuem a idade própria.

No geral as pessoas que se encontram nessa opção são adultos que necessitam trabalhar, o que geralmente acontece durante o dia; e por isso, seria um empecilho aos estudos se não houvesse essa oferta.

O Inciso VII trata do “atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde”. Novamente o constituinte transforma uma previsão que até então era considerada como assistência em um dever do Estado para a garantia plena à Educação.

É de fácil compreensão a justificativa desse inciso, pois cada um desses itens representa algo essencial para que o aluno possa ter um efetivo aprendizado. Ao longo dos anos vem se criando regulamentações para a efetividade desse inciso; como leis estaduais que autorizam gratuidade nos transportes; a Lei Federal nº 11.947, aprovada pelo Governo Federal em junho de 2009 e regulamenta a alimentação escolar na Educação Básica – a merenda escolar; também os decretos, como o promulgado em 18 de julho de 2017, o decreto nº 9.099 que regulamenta a aquisição e distribuição dos livros didáticos e literários.

Não obstante a regulamentação, ainda falta políticas públicas suficientes para a efetivação da mesma. É comum faltar materiais para os alunos ou outros equipamentos, assim como afirma a pesquisa³³ realizada pelo Sindicato dos Especialistas de Educação do Ensino Público Municipal de São Paulo (SINESP), em seis anos, a precarização das escolas vem

³² NASCIMENTO (1999, pag. 40):

³³ Pesquisa consultada pelo site < <https://www.sinesp.org.br/index.php/405-retrato-da-rede/6043-isem-2018>> no dia 06/11/2018 às 20:26.

acontecendo de forma acentuada, sendo visualizada através da escala, a qual começou em 2012 com um índice de 0,41 (numa escala de 0 a 1) e hoje tem um índice de 0,21 para o quesito de ambiente físico e equipamentos.

1.2.4 O Princípio de Qualidade da educação

Ainda preconiza a nossa Constituição Federal os princípios pelos quais o ensino deve ser ministrado:

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

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

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade;

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Para fins de nosso estudo, iremos nos focar somente no direito ao padrão de qualidade que também é assegurado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (lei nº 9.394/1996):

Art. 3º. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

...

IX – garantia de padrão de qualidade;

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

IX – padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem.

Esse assunto vem sendo discutido por grande parte dos doutrinadores devido a sua relevância no contexto mundial. O que seria uma educação de qualidade? Como podemos implantá-la? O Poder Judiciário poderia discuti-la judicialmente? Esses são alguns dos questionamentos que tentaremos abordar nessa parte do trabalho.

Em primeiro lugar é essencial definirmos o que seria uma educação de qualidade, e já nesse ponto encontramos alguns problemas, pois a própria palavra “qualidade” possui um sentido polissêmico que segundo Romualdo Portela de Oliveira e Gilda Cardoso de Araujo

“tem potencial para desencadear falsos consensos, na medida em que possibilita interpretações diferentes do seu significado segundo diferentes capacidades valorativas”.³⁴

Com esse enfoque, podemos ver o que Carvalho discorre sobre a conceituação do termo:

Para uns, a *educação de qualidade* deve resultar na aquisição de diferentes “competências”, que capacitarão os alunos a se tornarem trabalhadores diligentes; para outros, líderes sindicais contestadores, cidadãos solidários ou empreendedores de êxito, pessoas letradas ou consumidores conscientes. Ora, é evidente que, embora algumas dessas expectativas sejam compatíveis, outras são alternativas ou conflitantes, pois a prioridade dada a um aspecto pode dificultar ou inviabilizar outro. Uma escola que tenha como objetivo maior – e, portanto, como critério máximo de qualidade – a aprovação no vestibular pode buscar a criação de classes homogêneas e alunos competitivos, o que evidentemente impede a oportunidade de convivência com a diferença e reduz a possibilidade de cultivar o espírito de solidariedade. Assim, as competências que definiram a “qualidade” em uma proposta educacional significariam um fracasso – ou ausência de qualidade – em outra.³⁵

De acordo com esse comentário, percebemos a importância de termos um conceito pré-definido, para podermos não apenas provocar o Judiciário, bem como para criação de normas e planejamento de políticas públicas para a efetivação do princípio.

Devido a subjetividade do conceito, alguns autores declaram que o princípio de qualidade ainda não pode ser completamente invocado, pois para que haja o total cumprimento do mesmo, necessário seria normas e regulamentações mais apropriadas sobre o assunto. Mas essa visão é minoritária, tendo a doutrina majoritária defendendo a concretização do mesmo desde já.

A garantia do direito à educação de qualidade é um princípio fundamental e basilar para as políticas e gestão da educação básica e superior, seus processos de organização e regulação. No caso brasileiro, o direito à educação básica e superior, bem como a obrigatoriedade e universalidade da educação de quatro a dezessete anos (Emenda Constitucional – EC nº 59/2009), está estabelecido na Constituição Federal de 1988 (CF/1988), nos reordenamentos para o Plano Nacional de Educação (PNE). A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB/1996), com as alterações ocorridas após a sua aprovação, encontra-se em sintonia com a garantia do direito social à educação de qualidade.³⁶

Referente a conceituação do princípio, a UNESCO promulga que:

Uma educação é de qualidade se promove o desenvolvimento das competências necessárias à participação das diferentes áreas da vida humana, enfrentando os desafios da sociedade atual e desenvolvimento do projeto da vida em relação com o outro. O desenvolvimento integral da personalidade é uma das finalidades que são atribuídas à educação em todos os instrumentos de caráter internacional e nas legislações dos países da região.³⁷

³⁴ OLIVEIRA; ARAÚJO (2005, p. 7)

³⁵ CARVALHO (2004, p. 329, grifos do autor)

³⁶ MEC, 2014, pag. 16

³⁷ UNESCO, 2008, pag. 13

No nosso país, podemos sintetizar a busca para que a educação tivesse qualidade em três diferentes tipos de abordagens.

O primeiro indicador tinha ligação com a noção de “oferta do serviço e os seus beneficiários”, pois a oferta de ensino era limitada a uma pequena parcela da população – as mais privilegiadas. Resume Oliveira e Araújo:

Isso significa que a primeira noção de qualidade com a qual a sociedade brasileira aprender a conviver foi aquela da escola cujo acesso era insuficiente para atender a todos, pois o ensino era organizado para atender aos interesses e expectativas de uma minoria privilegiada (Beisiegel, 1986). Portanto, a definição de qualidade estava dada pela possibilidade ou impossibilidade de acesso. As estatísticas educacionais brasileiras evidenciam, por exemplo, que na década de 1920 mais de 60% da população brasileira era de analfabetos.³⁸

Então à época o sinônimo da uma educação de qualidade estaria correlacionado com o critério de quantidade de vagas, talvez com esse pensamento que os constituintes de 1937, embora ainda de uma forma tímida, determinassem o serviço educacional como uma obrigação do Estado. Vejamos:

Art. 129 - A infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais. (BRASIL, 1937).

Relativo a isso, e com o governo populista de Vargas, começa uma grande expansão de políticas públicas – na sua maioria, a construção de escolas – para atender tanto às pressões da população quanto a necessidade de mão de obra mais especializada em um mercado crescente. Apesar de nenhuma, ou pouquíssima preocupação com a estrutura pedagógica do processo, podemos considerar essa fase como um avanço, já que ofereceu educação básica às classes populares.

Com esse método, o sistema escolar enfrentou uma crise. A busca por vagas em escolas, gerou um crescimento desordenado da rede de escolas de todos os níveis. Não havia investimento suficiente para a demanda, quebrando padrões de adequação entre os conteúdos transmitidos pelas escolas e as expectativas e necessidades dos estudantes.

Isso provocou uma grande evasão de alunos nas redes públicas trazendo um novo tipo de conceito de qualidade, relacionado à ideia de fluxo. Não bastava mais que os alunos entrassem nas escolas (universalização), mas que os mesmos permanecessem nelas até concluir pelo menos o ensino fundamental.

³⁸ OLIVEIRA; ARAÚJO (2005, p. 4)

Com esse foco, em 1990 foi feita uma reforma educacional, priorizando estratégias para a redução das taxas de promoção, repetência e evasão. Sobre o assunto, CASTRO dispõe:

No período 1995/1996, a taxa de promoção do ensino fundamental, no Brasil era de 64,4%, a de repetência era de 30,2% e a de evasão de 5,3%. No período compreendido entre 1999/2000, percebe-se um aumento dos índices de promoção para 73,6% e as taxas de evasão e repetência foram reduzidas para 21,6% e 4,8, respectivamente (INEP, 1998). Esses dados indicam que, pelo menos quantitativamente, houve uma melhoria do sistema educacional e esses fatores contribuíram para que, no final do século XX, o ensino fundamental obrigatório estivesse praticamente universalizado.³⁹

Em busca da redução de indicadores como a evasão e a repetência, criam-se políticas como a aprovação automática, ciclos e progressão continuada, que para muitos são apenas engodos num contexto de educação de qualidade; em um lado diminuindo os índices negativos, todavia para outro, colocando em risco a qualidade do conteúdo que esses alunos estão absorvendo.

Assim, surgiu a necessidade do terceiro indicador de qualidade como a aferição de desempenho, através de testes padronizados em larga escala, como o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) e o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica (SAEB).

O que se percebe de acordo com esse sistema são as discrepâncias entre fatores socioeconômicos dos alunos e entre as diferentes regiões do país, estando o Norte e o Nordeste sempre em uma colocação muito abaixo das outras regiões.

Oliveira e Araújo finalizam o assunto:

Com efeito, os números apresentados indicam que, apesar da ampliação do acesso à etapa obrigatória de escolarização observada nas últimas décadas, o direito à educação tem sido mitigado pelas desigualdades tanto sociais quanto regionais, o que inviabiliza a efetivação dos dois outros princípios basilares da educação entendida como direito: a garantia de permanência na escola e com nível de qualidade equivalente para todos.⁴⁰

Ainda podemos abordar o que José Marcelino Pinto leciona, “o que os Estudos no Brasil e no mundo mostram é que o desempenho dos alunos nestes testes é fortemente influenciado pelo nível socioeconômico (NSE) de suas famílias.”⁴¹ e continua “uma análise mais adequada dos testes de desempenho mostra é que as escolas que apresentam recursos físicos e humanos mais adequados tendem a garantir um ensino melhor, mesmo tendo por base esta medida limitada”⁴² (sistemas de avaliação)

Na verdade, podemos perceber que esses testes muitas vezes fazem aumentar a desigualdade social. Fizemos uma análise das cem primeiras escolas do Brasil baseado nos

³⁹ CASTRO. (2009, pag. 25)

⁴⁰ OLIVEIRA; ARAÚJO (2005, p. 9)

⁴¹ PINTO, 2013, p. 291

⁴² PINTO, 2013, p. 292

resultados do ENEM 2017 nas áreas de Linguagem, Códigos e Suas Tecnologias, Redação, Matemática, Ciências Humanas e Ciências da Natureza.

Nas áreas de linguagem e ciências humanas, só encontramos quatro escolas públicas dentre as cem melhores; em ciências humanas sendo três federais e uma estadual e em linguagem sendo duas federais e duas estaduais; em redação, temos também quatro escolas públicas, mas todas federais, assim como em matemática, com a diferença do aumento de mais uma escola, ao total, sendo cinco. Já em Ciências da Natureza só encontramos três escolas públicas, todas federais também. Isso não representa nem 10% do total das escolas, um número inexpressivo.

Outra abordagem importante é que em todas essas áreas de conhecimentos, há uma integralidade das escolas localizadas na área urbana e apenas uma escola em matemática tem um indicador de nível socioeconômico considerado como médio, e esta não é uma escola pública. Apenas menos de uma média de 10% dessas escolas estão em um nível socioeconômico alto, sendo todo restante classificado como muito alto.

É de observar que essas pouquíssimas escolas públicas possuem o mesmo critério de matrícula – concurso público, sendo esse possivelmente o motivo pelo qual, a apesar de serem públicas, elas também possuam indicadores de nível socioeconômico alto e muito alto. Geralmente aqueles que conseguem passar nessas provas possuem uma prévia instrução – o ensino fundamental – em escolas particulares.

A Folha de São Paulo⁴³ também fez uma média geral das escolas, e nesse ranking, podemos ver que 85% das escolas estão no Sudeste entre os colégios mais bem posicionados. E novamente só encontramos seis escolas públicas, sendo cinco Federais e apenas uma Estadual que se encontra na 98ª posição.

Com esses dados, entendemos porque as faculdades públicas em sua maioria são constituídas de pessoas com classe média/alta; trazendo dificuldade àqueles com menor poder aquisitivo para poder pagar mensalidades em faculdades privadas, muitas vezes levando-os a desistência.

Além disso, hoje reduzir os indicadores de qualidade apenas a testes avaliativos se mostra insuficiente, não interpretando as novas demandas da sociedade e nem da evolução do próprio termo.

⁴³ Acesso em 07/11/2018 às 15:51 ao site <<https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2018/06/veja-o-desempenho-da-sua-escola-no-enem-2017.shtml>>

Fica muito raso entender qualidade de educação como instrucionismo⁴⁴, ou seja, simplesmente um meio pelo qual há uma eficiência de transmissão de conhecimentos com apenas o objetivo de formação de bons profissionais, com valor econômico, não tornando o cidadão como uma mente autônoma, mas um escravo de fontes de conhecimento.

A UNESCO afirma que “os quatro pilares do relatório Delors para a aprendizagem do século XXI – aprender a conhecer, a fazer, a ser e a viver juntos – constituem uma referência indispensável para se estabelecer quais devem ser as aprendizagens básicas e mais relevantes na educação.”⁴⁵

De forma reduzida podemos sintetizar essas quatro pilares assim:

1 – aprender a conhecer: essa abordagem não estaria apenas ligada a um banco de dados de conhecimento, mas essencialmente ensinando as crianças em como aprender, transformando-as dessa maneira em pessoas que saibam aprender qualquer matéria que desejam, exercitando para isso, a memória, a atenção e o pensamento.

2 – aprender a fazer: aqui o foco é ensinar a colocar em prática aquilo que foi aprendido, tanto em um contexto abstrato quanto no dia a dia.

3 – aprender a ser: essa importante abordagem sustenta que as crianças, pela educação ministrada, devem aprender a ser seres humanos autônomos, capazes de receber informações e analisa-las conforme seus próprios pontos de vista, e decidindo, por si mesmo, como agir mediante a vida.

4 – aprender a viver juntos: por último essa pilastra anseia em que as crianças aprendem princípios como o da solidariedade, uma visão para o outro como um todo. Desejando fazer parte e ajudar a sociedade a qual está inserida.

Dentro desse pensamento declara Gadotti:

Torna-se fundamental aprender a pensar autonomamente, saber comunicar-se, saber pesquisar, saber fazer, ter raciocínio lógico, aprender a trabalhar colaborativamente, fazer sínteses e elaborações teóricas, saber organizar o próprio trabalho, ter disciplina, ser sujeito da construção do conhecimento, estar aberto a novas aprendizagens, conhecer as fontes de informação, saber articular o conhecimento com a prática e com outros saberes [...] Importante criar conhecimento e não reproduzir informações.⁴⁶

Mas para que isso aconteça, é necessário que haja melhores formações de professores para que os mesmos tenham as habilidades necessárias. Sobre o tema versa Gadotti.

A docência é uma profissão que requer muito mais do que vocação, uma condição importante e necessária, mas não suficiente. As políticas públicas devem orientar-se de forma que os professores desenvolvam uma dimensão relacionada com

⁴⁴ GADOTTI, 2010, pag. 12

⁴⁵ UNESCO, 2008, pag. 12

⁴⁶ GADOTTI. (2000, pag. 7)

competências racionais e técnicas específicas de seu ofício, que se aprendem em tempos e espaços determinados, e uma dimensão sobre as competências ético-sociais que aludem à responsabilidade com seu trabalho e ao compromisso com as aprendizagens dos estudantes.⁴⁷

Por isso é imperativo a valorização dos docentes tanto numa perspectiva salarial quanto a constante reciclagem e atualização desse profissional. Atingindo as necessidades dos professores pelas políticas públicas, como Gadotti afirma, o professor “deixará de ser um lecionador para ser um organizador do conhecimento e da aprendizagem. Poderíamos dizer que o professor se tornou um aprendiz permanente, um construtor de sentidos, um cooperador, e, sobretudo, um organizador da aprendizagem.”⁴⁸

⁴⁷

⁴⁸ GADOTTI (2010, pag. 8)

CAPÍTULO 2

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JURISPRUDÊNCIA EDUCACIONAL

Passado essa apresentação estrutural do princípio de qualidade passaremos abordar como o Supremo Tribunal Federal tem discutido o assunto “educação” desde a promulgação da Constituição de 1988.

Antes da Constituição basicamente não existia casos referentes a educação, mas com a chegada da nova Carta Federal, voltada aos valores da dignidade da pessoa humana, temos visto um aumento, mesmo que pequeno, nos casos sobre a temática.

Primeiramente é válido a nota que o Supremo Tribunal Federal não nega a sua responsabilidade quanto a reconhecer a fundamentalidade do direito à educação de forma geral, ao menos do ponto de vista teórico.

Algumas hipóteses podem ser sustentadas para o aumento dos casos que chegam a Suprema Corte; a ampliação da atividade do Ministério Público regulamentada pela Constituição de 1988 (artigos 127 e 129)⁴⁹; a consolidação da ação civil pública; a criação do Fundo de Desenvolvimento do Ensino Fundamental – FUNDEF, em 1996, e como consequência alcançou em muitos casos, a universalização e principalmente ao fortalecimento da proteção do direito à educação.

Além desse tímido aumento, podemos ver mais litígios e requerimentos que buscam a concretização desses direitos sociais, podendo “designar este fenômeno como a ‘judicialização da educação’, que significa a intervenção do Poder Judiciário nas questões educacionais em vista da proteção desse direito”⁵⁰. Não obstante essa realidade, as pesquisas desenvolvidas no país sobre as decisões judiciais em matéria educacional ainda são incipientes e, em sua maioria, bem recentes⁵¹.

Conquanto haja previsão legal do direito à educação na Constituição, em leis infraconstitucionais, bem como em tratados de direito internacional que o Brasil é signatário, ainda enfrentamos muitas discussões sobre o tema, especialmente relativos a:

a) compreensão de sua natureza jurídica: seriam normas impositivas (obrigações) ou meros “conselhos”, ”objetivos” constitucionais?;

⁴⁹ É importante notar que o Ministério Público possui um papel fundamental para as discussões chegarem ao STF. A maior parte dos acórdãos analisados foram ajuizados pelo *Parquet*, principalmente devido as dificuldades que um indivíduo teria para levar um caso, como os relativos à educação até o Supremo.

⁵⁰ Cury e Ferreira (2009, p. 33)

⁵¹ (Silveira, 2010).

b) titularidade: seriam direitos individuais ou podem envolver a dimensão coletiva e social?;

c) alcance de seu objeto: o direito à educação é o direito ao acesso a vagas na escola ou o direito à realização de políticas públicas?⁵²

Diante desses questionamentos, iremos analisar a atuação do Poder Judiciário, mas propriamente do Supremo Tribunal Judicial em relação as demandas que tratam sobre o direito à educação.

Escolhemos o Supremo devido ao seu papel de “defensor da Constituição” e em vista que o direito à educação possui largo amparo constitucional. A pergunta seria se o Tribunal estaria realmente analisando as questões educacionais com base em seus princípios e em seu papel primordial para a constituição de uma sociedade democrática de direito.

Outro motivo para a escolha do STF está relacionado ao seu papel decisivo dentro do Poder Judiciário no Brasil, servindo como parâmetro para que todos os outros tribunais venham a seguir, através de súmulas vinculantes e das ações diretas de inconstitucionalidade e declaratórias de constitucionalidade.

Foram analisados acórdãos, coletados no site do Supremo Tribunal Federal, no campo de “Pesquisa de Jurisprudência”, usando as palavras: educação, ensino, escola, escolar, princípio qualidade de ensino. Foram excluídas as decisões referentes ao Ensino Superior, direito trabalhista, direito tributário, direito penal e questões previdenciárias por não discutir o tema principal do trabalho que é a forma da nossa Suprema Corte trabalhar com a educação em meio a Constituição Federal.

O recorte foi entre os anos de 2018 (12/09/2018) até o ano de 1989, fazendo assim um recorte de como o STF tem visto o tema educação desde a promulgação da Constituição. Assim, foram encontrados 156 julgados, os quais iremos abordar mais abaixo.

Quadro 1 – Resumo das decisões judiciais julgadas pelo STF sobre direito à educação (1989 – 2018)

Categorias	Temas e questões
Acesso à educação infantil	Requerimento de matrícula em creche ou pré escola

⁵² (Duarte, 2007).

Manutenção de turma do ensino fundamental na modalidade EJA	Requerimento para garantir a manutenção de turma do ensino fundamental na modalidade EJA, extinta pelo governo do estado sob a alegação de baixo número de alunos matriculados
Responsabilidade estatal na garantia ampla do direito à educação	Contratação de professores para a rede de ensino público estadual.
	Garantia de transporte gratuito de alunos da rede estadual de ensino.
	Requerimento para impelir o Estado a construir salas de aula em número suficiente ao adequado atendimento da população e com a garantia de padrões mínimos de qualidade de ensino.
	Etc
Contratação temporária de profissionais da educação pública	Análise da constitucionalidade da contratação de profissionais da educação em estabelecimentos públicos de ensino por meio de contratos temporários, sem a realização prévia de concurso público para investidura no cargo.
Ação direta de inconstitucionalidade por omissão em relação à erradicação do analfabetismo no país e à implementação do ensino fundamental obrigatório e gratuito para todos	Requerimento para ver declarada a omissão do presidente da República e do ministro da Educação em relação à erradicação do analfabetismo no país e à garantia de oferta e implementação perene do ensino fundamental obrigatório e gratuito para todos os brasileiros.
Financiamento da educação	Possibilidade de garantir judicialmente o cumprimento da norma constitucional que impõe a vinculação de determinada porcentagem dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino

	<p>Análise da constitucionalidade de lei estadual que vincula parte dos recursos destinados pelo Estado ao ensino na manutenção e conservação das escolas públicas por meio de transferência direta de verbas às unidades escolares.</p>
	<p>Análise da constitucionalidade da criação e funcionamento do PARANAEDUCAÇÃO, pessoa jurídica de direito privado instituída com a finalidade de auxiliar na gestão do sistema estadual de educação, incluindo entre suas atribuições a de gerir recursos públicos para a educação.</p>
Escolha de dirigentes de estabelecimentos públicos de ensino mediante eleições diretas	<p>Análise da constitucionalidade da realização de eleições diretas para direção das instituições de ensino mantidas pelo poder público com a participação da comunidade escolar.</p>
Poder de regulação estatal em relação aos estabelecimentos privados de ensino	<p>Análise da possibilidade e dos limites da intervenção estatal na atividade exercida pela iniciativa privada no âmbito da educação básica</p>
Meia-entrada	<p>Análise da constitucionalidade do direito de pagamento de meia-entrada do valor cobrado para o ingresso em estabelecimentos das áreas de esporte, cultura e lazer.</p>
Inconstitucionalidade em razão da inobservância dos requisitos formais de produção das normas	<p>Análise da abrangência e dos limites de atuação dos poderes Legislativo e Executivo na elaboração de normas para a educação.</p>
Competências para legislar	<p>Análise da abrangência e dos limites de competência dos diferentes entes estatais para legislar sobre temáticas relacionadas à educação.</p>
Piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica	<p>Análise de constitucionalidade de partes da lei n. 11.738/2008, que instituiu o piso salarial profissional nacional para os profissionais do magistério público da educação básica.</p>

Ampla acesso de crianças com deficiência às escolas	Desde melhorias nas infraestruturas das escolas para melhor atender a crianças com deficiência a acesso de monitores ou tutores especiais para acompanhá-las.
Calendário Rotativos	Análise de constitucionalidade de calendários rotativos e a competência para legislar tal assunto
Reforma do Ensino Médio	Análise da constitucionalidade da reforma
Discussão sobre mensalidade escolar	Critérios sobre reajuste de mensalidades
FUNDEF	Repasse para de recursos da União
Contratação de funcionários sem concurso público	Análise da constitucionalidade de contratação de funcionários sem concurso, também em relação a necessidade.
Concessão de diploma a alunos aprovados em vestibular	Alunos que foram aprovados em vestibular, mas ainda não concluíram todo o ensino médio.
Inconstitucionalidade de leis diversas	Inconstitucionalidade da Medida Provisória 1.733-60 de 1999
	Inconstitucionalidade de Lei que altera dispositivos da LDB
	Inconstitucionalidade de Lei que retira matérias nas disciplinas obrigatórias
	Etc

Um dos temas mais exposto analisados é relativo a garantia ampla do direito à educação com 24 ações no Supremo, ou seja, aproximadamente 15,38% de todos os acórdãos. Aqui encontramos causas diversas, desde a construção de salas de aula a garantia de transporte coletivo. Os assuntos mais importantes desafiados pelo STF foram principalmente a fundamentalidade do direito à educação, onde a corte de forma unânime, tem decidido que ele é um direito fundamental, social e imediatamente exigível do Estado mediante via judicial, ou seja, a jurisprudência afirma que o direito à educação de fato é direito subjetivo.

O segundo ponto que o Supremo enfrenta nessas causas é relativo a “reserva do possível” que vem sendo usada como defesa de estados e municípios. A corte entende que a mera alegação da escassez não é suficiente para negar a exigibilidade imediata do direito à

educação. Similarmente, o STF tem entendido que cabe ao Poder Judiciário julgar e atuar na implementação de políticas públicas não ferindo a separação de poderes.

O segundo assunto mais julgado pelo Supremo é sobre a constitucionalidade de leis municipais e estaduais que declaram a eleição direta como a forma de escolha de dirigentes de estabelecimento público de ensino. Foram colhidos 18 acórdãos, aproximadamente 11,54%. O Supremo vem decidindo pela inconstitucionalidade de tais leis. O argumento base é a separação de poderes, onde o Poder Legislativo não tem competência para criar normas versando escolha dos dirigentes por estes estarem integrados ao Poder Executivo, sendo de livre nomeação pelo chefe do Executivo. (artigo 37, II, CF/88) Veremos, todavia, que apesar de jurisprudência pacífica no Tribunal Maior, a realidade fática mostra que a maior parte dos estados estão usando a eleição como forma de escolha.

Semelhantemente, apesar de aparecer em um número inferior de julgados, encontramos a possibilidade e os limites legais para a contratação temporária de profissionais da educação em estabelecimentos públicos de ensino sem a realização prévia de concurso público para investidura do cargo. A discussão se baseia no fato da necessidade urgente para assumir esses cargos, contrário ao que indica o artigo 37, II da CF/88 onde afirma que a investidura em cargos ou emprego público depende de aprovação em concurso público. A doutrina alerta que a contratação temporária de professores na rede pública de ensino é um dos elementos do processo de precarização do trabalho docente⁵³.

Além desses temas, de grande relevância são os julgados em relação ao acesso de crianças portadoras de deficiência. No âmbito público, as discussões são relativas a implementação de políticas públicas para que as escolas se tornem acessíveis a essas crianças. Todavia relativo a educação particular encontramos primeiramente uma discussão sobre a natureza jurídica da educação e se as repartições privadas também deveriam estar sob as determinações do Estado. O STF tem considerado que como o artigo 205 da CF/88, expressa que a educação é apenas de preferência de cuidado do Estado, as repartições privadas também estão sob essa obrigação.

Além disso, outra discussão importante surgiu após a promulgação da Lei 13.146 de 2015 que instituiu a obrigação dessas escolas à aceitarem alunos deficientes sem o aumento de verba dos discentes.

⁵³ OLIVEIRA, Dalila (2004).

Ainda analisaremos um julgado de grande repercussão para o direito à educação, pois mostra o Supremo em uma demanda diferente daquelas antes vistas – um desejo de defesa do direito, essas anseio uma posição negativa do Estado: o homeschooling ou educação domiciliar.

De uma forma temporal, no começo da década de 1990, as causas mais julgadas eram tanto relativo a escolha direta de escolha de dirigentes, quanto do controle de mensalidades escolares após a disciplina legal de seu reajuste (Lei nº 8.039/90), ao abrigo do artigo 173, §4º da Constituição Federal.

Entre 2000 a 2010, com a promulgação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação em 1996 (Lei nº 9.394/1996), começamos a perceber um maior engajamento de entradas de demandas no STF sobre educação, e as causas já eram mais relativas ao direito da educação propriamente dito, como um aumento de demanda para a implementação de políticas públicas para atender as crianças. É de se impressionar, todavia, que não pudemos achar nenhum acórdão referente a própria LDB.

Como Raniere nos alerta precisamente “tampouco o maior volume de ações educacionais julgadas pelo STF, até o final de 2013, deu-se no campo da defesa de direitos sociais e individuais indisponíveis”.⁵⁴

Em 1996, também cria-se o FUNDEF (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério), instituído pela Emenda Constitucional nº 14, estando sua regulamentação na Lei nº 9.424 de dezembro de 1996 e no Decreto nº 2.264 de junho de 1997. Com o equacionamento de questões relativas ao financiamento e à expansão da educação fundamental por parte dos estados e municípios, assim ajudando a alcançar a universalização em muitos casos, demandas relativas a Educação Infantil – creches e pré-escolas – começaram a ocupar as pautas do Supremo.

Após 2011, temos um aumento de mais de 100% nas causas julgadas pelo Supremo referentes à educação, nesse lapso temporal, há uma grande quantidade de casos referentes ao acesso de crianças portadoras de deficiência ao ensino fundamental, principalmente após a Lei 13.146/2015, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência e veremos a discussão enfrentada pela Corte sobre a inconstitucionalidade dos artigos 28, §1º e 30, *caput*.

⁵⁴ RANIERI, Nina Beatriz (2017, p. 147)

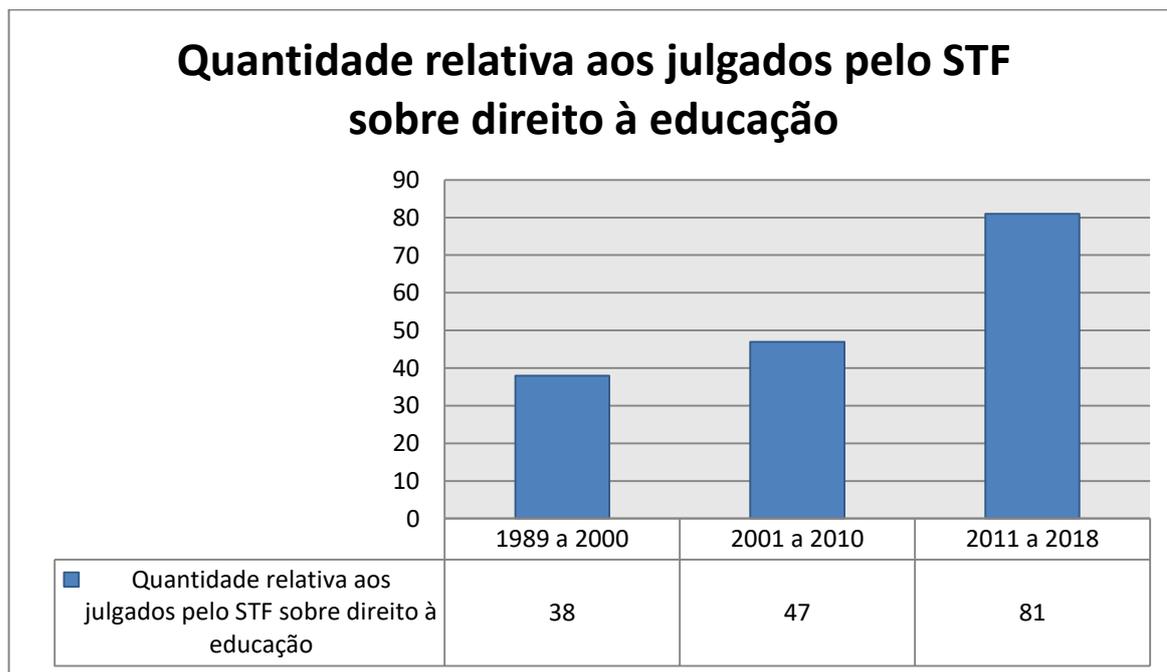
Nessa nova década, também o Supremo precisou julgar sobre o que a doutrina vem chamando de “direito na educação”. Vemos a diferenciação feita por Nina Ranieri do que seria “direito à educação” e “direito na educação”.

De forma sintética. Consideremos o direito à educação, previsto no art. 205 da CF (1988) como o gênero do qual os demais direitos educacionais são desdobramentos. O direito à educação (gênero) é, fundamentalmente, um direito de promoção e proteção, realizado mediante ações estatais positivas. Já os direitos na educação (os desdobramentos) têm a função primária de defesa das liberdades no campo da educação, tais como a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; a gestão democrática do ensino público (art. 206); o ensino religioso facultativo; a autonomia universitária (art. 207); etc.

São direitos de natureza instrumental, que se realizam por intermédio de abstenções estatal e submetido ao regime das liberdades e garantias, da eficácia plena e aplicabilidade imediata, como todos os direitos fundamentais.⁵⁵

Temos um panorama da quantidade relativa e do crescimento de demandas com o passar dos anos no gráfico dois que apresentamos abaixo.

Gráfico 2



2.2 Os casos mais importantes julgados pelo Supremo Tribunal Federal

Abordaremos nesse capítulo os casos mais relevantes julgados pelo Tribunal:

2.2.1 Implementação de política pública

Sobre esse assunto, iremos apresentar algumas polêmicas que foram levantadas pelo STF nos casos de implementação de algumas políticas públicas. Dentro desse contexto, encontramos diversas demandas diferentes como transporte gratuito aos estudantes, carência de professores, construção de nova escola, etc.

Em todos os casos, a requisição é sobre o amplo acesso das crianças à educação, não apenas em um quesito de universalização (meios para que a criança e adolescente cheguem às escolas), mas também em como essa criança permanecerá lá e isso inclui na forma que essas aulas serão ministradas.

O primeiro argumentado levantado nessas demandas é sobre a separação de poderes. Segundo o discurso levantado, a prerrogativa de formulação e execução de políticas públicas reside primariamente dos Poderes Legislativo e Executivo.

Diante do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo 679.066 /PE, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, que entendeu ultrapassar os limites da atuação do Judiciário a pretensão deduzida em ação civil pública, voltada à estruturação e regularização do funcionamento de cinco escolas públicas estaduais, com o objetivo de garantir acesso à educação infantil.

O ministro Edson Fachin pronunciou:

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Tribunal consolidou-se no sentido de que, nos casos de omissão da administração pública, é legítimo ao Poder Judiciário impor-lhe obrigação de fazer com a finalidade de assegurar direitos fundamentais dos cidadãos, como é o caso dos autos, que trata da obrigação de promover obras e adquirir materiais necessários ao bom funcionamento de escolas públicas com a finalidade de garantir o acesso à educação infantil.⁵⁶

No mesmo entendimento, podemos citar Erik Saddi Arnesen:

O intérprete percebe com facilidade que o interesse juridicamente protegido não é aquele de ter todo o grupo social em idade escolar fisicamente dentro do estabelecimento de ensino. Não se menospreza a universalização do acesso à rede de ensino. Contudo, este somente pode ser entendido como o primeiro momento do Estado (e, em algum grau da família) de efetivar o direito à educação.⁵⁷

Também de acordo com o mesmo entendimento, podemos citar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 594.018 julgado em 23/06/2009. Um dos argumentos também foi a separação de poderes, e o ministro Eros Grau citou parte do voto do Ministro Celso de Mello proferido na ADPF n. 45-MC, DJ de 04/05/2004

⁵⁶

⁵⁷ ARNESEN (2009, p. 159)

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) - , sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem Constitucional. [...]

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido de maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios de Lei Fundamental.⁵⁸

Passado essa dificuldade, outro apontamento relevante às implementações de políticas públicas é o que doutrina e jurisprudência chamam de “reserva do possível”.

Em razão da escassez orçamentária da Administração pública, nega-se a exigibilidade judicial dos direitos sociais, econômicos e culturais. A crítica financeira alega que a concretização dos direitos sociais, em razão de seus altos custos, está adstrita à disponibilidade dos recursos públicos.

A expressão “reserva do possível” apareceu em uma decisão da Corte Constitucional da Alemanha de 1972, onde os ministros decidiram sobre a validade da limitação do número de vagas em universidades públicas tendo em vista que o número de candidatos superava o número de vagas. A corte declarou que o direito de liberdade de escolha profissional exigia o direito de acesso ao ensino universitário deveria estar limitado à reserva do possível, “no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo razoavelmente exigir da sociedade.”⁵⁹

Neto e Sarmiento apontam que a reserva do possível é um direito de defesa, conseqüentemente o ônus de provar a impossibilidade e indisponibilidade econômica da concretização do direito fundamental exigido. Ambos os autores concordam que a análise da disponibilidade de recursos públicos realizada pelo Poder Judiciário não poderá ter como base apenas a decisão demandada até porque, sob o prisma individual, seria impossível ao Estado provar que não pode custear uma demanda judicial única. Na verdade, a análise da reserva do possível, segundo os autores, deverá ter como base a possibilidade de universalização da medida.

58

59 SARMENTO, 2010, p. 569

Já alguns autores como Andreas J. Krell (2002), Piovesan e Vieira (2006) defendem que em países pobres como o Brasil, a cláusula da reserva do possível, pois resultaria no esvaziamento completo dos direitos fundamentais sociais tendo em vista que, nestes países, nem as mínimas condições sociais estão implementadas.

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

[...]na área administrativa, enquanto não existirem creches, escolas, postos de saúde, atendimento preventivo e emergencial às gestantes, dignas moradias e trabalho, não se deveria asfaltar ruas, construir praças, sambódromos, monumentos artísticos etc., porque a vida, a saúde, o lar, a prevenção de doenças são mais importantes que as obras de concreto que ficam para demonstrar o poder do governante.⁶⁰

A relação entre a efetividade dos direitos sociais e as questões financeiras ainda não se encontra pacificada no Supremo Tribunal Federal nem apresenta tendência à uniformização pelos ministros⁶¹. A falta de coerência e a simplicidade e mesmo superficialidade das decisões judiciais do STF no que diz respeito à temática da reserva do possível são destacadas por Daniel Wang que, comparando as diferentes argumentações aduzidas pela Corte em demandas judiciais envolvendo o direito à saúde, o direito à educação e a intervenção federal pelo não pagamento de precatórios, conclui:

Muito interessante notar como reserva do possível, escassez de recursos e custos dos direitos - questões normalmente ligadas ao debate a respeito da justiciabilidade dos direitos sociais -, são tratados de forma tão simplificada pelo STF, ou mesmo ignorados, quando este julga casos envolvendo direito à educação e saúde em controle difuso de constitucionalidade, mas recebem uma enorme importância em casos de intervenção federal por não pagamento de precatórios⁶².

Encontramos uma discussão acerca da possibilidade de o Poder Judiciário exigir gastos para efetivação dos direitos sociais sem previsão orçamentária. Por um lado, afirma-se ser papel do Poder Legislativo criar tais normas, por outro lado pelos direitos sociais serem

⁶⁰ LIBERATI. (1991, P. 21)

⁶¹ WANG, Daniel (2008)

⁶² (Ibid, p. 565)

direitos fundamentais, não seria viável a negação de tais direitos simplesmente pela omissão do legislador.

O Ministro Celso de Mello no Recurso Extraordinário nº 958.246 de Paraíba, espelha decisão feita pelo TJ da Paraíba:

‘A educação, por ser um direito de todos e dever do estado (art. 205 da CF), deve ser prestada de forma eficiente; – não há falar em afronta ao princípio da separação dos poderes quando o judiciário limita-se a determinar o cumprimento de mandamento constitucional que obriga o Estado a garantir condições físicas básicas ao adequado funcionamento das suas escolas. – o princípio da reserva do possível, eminentemente de caráter financeiro, não pode se sobrepor aos direitos fundamentais à vida e à saúde. – recurso conhecido e desprovido.’⁶³

2.2.2 Escolha de dirigentes por votação livre

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

Para o requerente a normal é inconstitucional já que no artigo 37, II e 84, XXV, da CF prediz ser o cargo de diretor de estabelecimentos públicos de ensino configura-se como cargo em comissão, ou seja, o chefe do Executivo que possui legitimidade para livre nomear o dirigente.

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

⁶³ TJSE; AC 2013210947; Ac. 13568/2013; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Ricardo Múcio Santana de Abreu Lima; Julg. 09/09/2013; DJSE 16/09/2013)

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

Os outros ministros acompanharam o voto de Peluso, exceto pelo Ministro Marco Aurélio, que votou pela constitucionalidade do disposto, segundo ele, a norma estadual estaria em harmonia com a gestão democrática de ensino, prevista no art. 206, VI. Para ele também, como não há nenhuma norma contrária a prática, a mesma não poderia ser proibida.

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

Em todos os julgados desde então, todavia a decisão da corte é de considerar a livre escolha inconstitucional. É de se admirar, que apesar disso, hoje no Brasil temos três modalidades de escolha para dirigente escolar: indicação, realização de concurso e a eleição. Segundo A Folha⁶⁴, a partir das respostas de 55 mil diretores a um questionário aplicado em 2015 pelo Ministério da Educação. Pouco mais de 45% afirmam ter chegado ao cargo por indicação, 21% foram por eleição, 11% por processo seletivo e eleição, 7% por concurso apenas, 7% por processo seletivo e indicação e 4% processo seletivo apenas.

A investigação concluiu que “processos seletivos mais transparentes (vinculados a exame de seleção e/ou eleição) (...) em geral escolhem diretores que permanecem muito mais tempo nas escolas e que apresentam características de liderança positivas (como identificado pelo incentivo à formação continuada dos professores)”, o que não se verifica no caso dos diretores indicados.

Já uma pesquisa feita em 2011 pelo Centro de Desenvolvimento Humano Aplicado (Cedhap) encomendado pela Fundação Victor Civita, mostra algo diferente. Essa pesquisa

⁶⁴ <https://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2017/09/1922961-45-dos-diretores-da-rede-publica-chegam-ao-cargo-por-indicacao.shtml>

desejou traçar um panorama das práticas de seleção e capacitação de diretores existentes no país a partir de informações fornecidas pelas próprias redes. Na fase quantitativa do estudo, responderam ao questionário 24 das 27 secretarias estaduais e 11 secretarias municipais.

Em primeiro lugar ficou a eleição com 67% das SEEs, e a indicação aparece como segundo lugar com 42%.

A mídia e a doutrina pedagógica tem criticado intensamente a escolha de diretores de escola pública pelo método de indicação, dizendo que não está de acordo com a gestão moderna e democrática. Ainda pela Pesquisa Internacional sobre Ensino e Aprendizagem (Talis) de 2013 realizada pela OCDE com dados de 34 países, incluindo o Brasil, que constatou que professores que afirmaram trabalhar em escolas com alto nível de participação de estudantes, dos pais e do corpo docente nas decisões escolares reportaram em menor proporção enfrentar problemas de indisciplina em sala de aula. O estudo conclui que “promover a participação dos atores nas decisões escolares, combinado com uma cultura de responsabilidade compartilhada e apoio mútuo, pode contribuir para um ambiente de aprendizagem mais positivo”.

Além disso, vemos que em todo o Brasil, Estados e municípios continuam criando leis que escolhem a livre eleição como forma de constituir diretores. É com certeza um desafio ao Supremo repensar sua jurisprudência de acordo tanto com a realidade fática quanto com aquilo que estudos comprovam oferecer uma melhor qualidade de ensino sendo este um princípio fundamental do direito à educação.

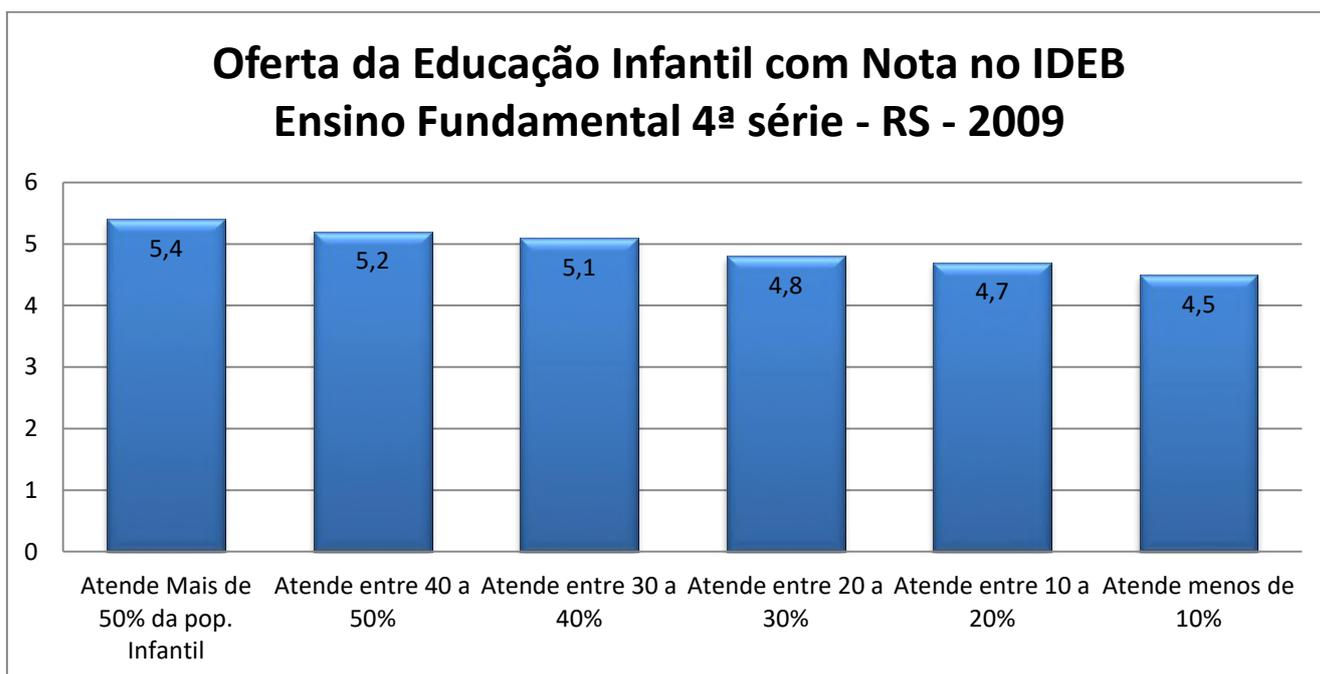
2.2.3 Acesso à pré-escola e a creches

Outro assunto que possui grande pauta no Supremo são relacionadas com o acesso a vagas na pré-escola e creches. Desde a promulgação da Constituição onde está estabelecido que é dever do Estado garantir o atendimento de crianças em creches e pré-escolas (art. 208, inciso I e IV). Mas não apenas a Constituição, como leis infraconstitucionais tais como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394 de 1996) em seu artigo 4º, inciso IV e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069 de 1990), em seus artigos 53 e 54, indo mais além, categorizando-o como direito público subjetivo.

Muito se discute sobre a importância do ensino formal às crianças pequenas, com diversos estudos que demonstram os benefícios daqueles que começaram a estudar no que chamamos de educação infantil.

Segundo estudos nos EUA, a cada dólar investido em políticas públicas destinadas às crianças de até seis anos, representa sete dólares economizados com políticas públicas de compensação e assistência social. Ainda, segundo o IPEA crianças que frequentam até dois anos de educação infantil tem o seu poder de compra aumentado em até 18%, depois de adultas.⁶⁵

Royer, em suas pesquisas sobre a educação infantil no Estado do Rio Grande do Sul, demonstra que os municípios do estado que apresentaram maiores índices de oferta da educação infantil, também conseguiram melhores notas no IDEB – Índice de Desenvolvimento da Educação Básica. Olhemos o que o economista e auditor externo do TCE-RS revela no seguinte gráfico.



A INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais – em seus estudos já pronunciou que a chance de uma criança concluir o ensino médio aumenta em 32% se ela frequentar a educação infantil.

⁶⁵ ROYER, 2011

Outro argumento importante sobre o mesmo tópico é a sua importância econômica, pois muitas mulheres, sem as creches e as pré-escolas não teriam com quem deixar seus filhos e por isso, não poderiam retornar ao mercado de trabalho.

Dentro do Supremo, a primeira demanda relacionada ao assunto aconteceu em 2004 (AI 455802/SP), mas apenas em 2005, aconteceu a primeira decisão com a participação de todos os membros do STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410715, relatada pelo Min. Celso de Mello.

Provavelmente a demora de chegar ao Supremo, processos relacionados ao tema seja em primeiro lugar a novidade da obrigatoriedade do Estado de ter que suprir tal necessidade, bem como os anos de promulgação das leis as quais regulamentaram o acesso à educação infantil. O ECA é de 1990, a LDB é de 1996 e o Referencial Curricular Nacional da Educação Infantil é de 1998.

Esse acórdão em referência, além de ser importante por ser um marco inicial, é também um dos mais detalhados e fundamentais sobre o direito à educação existente na Corte. Ele serviu de parâmetro para posteriores decisões sobre o tópico, além de outras questões educacionais.

Nele, os ministros por unanimidade decidiram que: 1º a educação infantil também se constitui um direito fundamental social indisponível, sendo assim passível a demandas judiciais; 2º) assim como vimos em questão das implementações públicas, não se configura com ofensa ao princípio da separação de poderes o STF atuar na formulação e implementação de políticas públicas, caso os outros poderes estatais competentes não o fizerem, descumprindo expressos constitucionais – a omissão também é uma afronta à Constituição – como é o caso do direito à educação infantil; 3º o art. 208, IV da CF em conjunto com os artigos 205 e 227 da CF, impõe ao Estado (em sentido amplo) o dever de garantir o acesso e o atendimento das crianças de zero a seis anos de idade à creche e pré-escola; 4º a Administração Pública, sem comprovação objetiva, não pode alegar escassez de recursos públicas (Reserva do Possível), pois a simples alegação não é suficiente para negar a exigibilidade imediata do direito à educação infantil e e) é dever do Município garantir prioritariamente o acesso e atendimento das crianças de zero a seis anos de idade à educação infantil como estabelecido pelo art. 211, § 2º, da Constituição Federal.

O AgRgRE 639337/SP, julgado em 23/08/2011 e cujo relator é o Min. Celso de Mello, traz ainda uma outra novidade, estabelecendo que é dever do Estado (em sentido amplo), quando assim for solicitado, garantir que o acesso à educação infantil ocorra em unidades escolares próximas à residência da criança ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais.

O Ministro também aponta a importância em relação à proteção integral da criança para garantir o acesso à educação infantil, sem a qual, segundo ele, não haveria chances de garantir uma existência digna e por essa razão a sua garantia não está sujeita a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, sendo seu dever garantir dotação orçamentária para tanto.

Outro ponto importante que notamos na análise dos casos é o fato de que todas as ações judiciais foram impetradas em desfavor de municípios, isso pode ser explicado pelo fato de que pela própria redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996 ao art. 211, § 2º, da Constituição Federal, que estabeleceu que cabe aos Municípios atuar de forma prioritária na garantia da educação infantil.

2.2.4 Acesso de crianças portadoras de

Outro caso importante para nossa atenção é o acesso de crianças portadoras de deficiência nas instituições escolares. A primeira discussão que encontramos dentro desse teor é a possibilidade de crianças portadoras de deficiências estudarem em escolas comuns, sem ser àquelas específicas para elas.

A Constituição em seu artigo 208, III prediz que:

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

[...]

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

Perguntas como: “a criança portadora de alguma deficiência conseguiria se desenvolver a aprender numa escola comum, ou devido sua deficiência elas precisariam de escolas especializadas que atendessem suas demandas?”; “o Estado estaria obrigado a oferecer auxílios como monitores, salas adequadas, etc. para essas crianças ou esbarraríamos na reserva do possível?”

Para podermos falar sobre isso, precisamos partir pelo princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana dos portadores de deficiência.

O artigo 24 da Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência prediz:

Educação

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão **sistema educacional inclusivo** em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:

- a) O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e autoestima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana;
- b) O máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais;
- c) A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.

Para a concretização desse direito, a Convenção Internacional sobre o Direito das Pessoas com Deficiência no artigo 25, demonstra:

2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:

- a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;
- b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;
- c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;
- d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;
- e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.

A Convenção foi promulgado e recebida com caráter de Emenda Constitucional pelo decreto nº 6.949 de 2009, reforçando assim o compromisso do Estado na defesa dos direitos humanos.

Segundo a doutrina, o atendimento educacional em escolas específicas só deve acontecer como exceção, pois se não, estaríamos inegavelmente negando o princípio de igualdade à essas crianças. Luiz Alberto David Araújo relata:

A educação deve ser ministrada sempre tendo em vista a necessidade da pessoa com deficiência. Isso não significa que a educação deva ser segregada, juntamente com outras pessoas com a mesma deficiência. A educação da pessoa com deficiência deve ser feita na mesma classe das pessoas sem deficiência. Os professores devem desenvolver habilidades próprias para permitir a inclusão desse grupo de pessoas. O trabalho inclusivo refletirá a tarefa de agregar democraticamente todos agentes neste processo. A inclusão na rede regular de ensino, com o desenvolvimento de tarefas específicas – e mesmo com tarefas de apoio, para permitir a sua melhor adaptação – mostrará o grau de cumprimento do princípio da igualdade. Igualdade, direito à educação, ensino inclusivo são expressões que devem estar juntas, exigindo do professor e da escola o desenvolvimento de habilidades próprias para propiciar, dentro da sala de aula e no convívio escolar, oportunidades para todos, pessoas com deficiência ou não. Aliás, permitir que as pessoas sem deficiência se relacionem com pessoas com deficiência fará com que aquelas desenvolvam seu espírito de solidariedade, busquem uma comunicação mais rica e mais motivada, engrandecendo a todos, reflexo de uma postura democrática.⁶⁶

Portanto, é dever do Estado em garantir o acesso para que essas crianças possam estudar nas escolas comuns de ensino.

Em 2015, foi promulgado a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), e em 2016, o Supremo decidiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357, onde a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN formulou pedido pela inconstitucionalidade dos artigos 28, §1º e 30, caput, especialmente pela presença neles do adjetivo “privadas”.

Assim prediz os referidos artigos:

Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

[...]

§ 1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do **caput** deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.

Art. 30. Nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições de ensino superior e de educação profissional e tecnológica, públicas e privadas, devem ser adotadas as seguintes medidas:

De acordo com requerente, esses dispositivos estariam violando os artigos 5º, caput, incisos XXII, XXIII, LIV; 170 incisos II e III; 205; 206, caput, incisos II e III; 208, caput, inciso III; 209; 227, caput, §1º, inciso II, todos da Constituição.

66

O tema nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade é a obrigatoriedade das escolas privadas de oferecer atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência. Em apertada síntese, a requerente afirma que a Lei nº 13.146/2015 estabelece medidas de alto custo para as escolas privadas, violando os dispositivos constitucionais supra mencionados, o que levaria ao encerramento das atividades de muitas delas.

O Relator da ação foi o Ministro Edson Fachin e a por maioria foi julgado o pedido improcedente, sendo vencido o Ministro Marco Aurélio que a julgava parcialmente procedente.

O único a divergir foi o Ministro Marco Aurélio que votou pelo acolhimento parcial da ADI para estabelecer que é constitucional a interpretação dos artigos atacados no que se referem à necessidade de planejamento quanto à iniciativa privada, sendo inconstitucional a interpretação de que são obrigatórias as múltiplas providências previstas nos artigos 28 e 30 da Lei 13.146/2015. “O Estado não pode cumprimentar com o chapéu alheio, não pode compelir a iniciativa privada a fazer o que ele não faz porque a obrigação principal é dele [Estado] quanto à educação. Em se tratando de mercado, a intervenção estatal deve ser minimalista. A educação é dever de todos, mas é dever precípua do Estado”, afirmou.

O relator Fachin enfatizou a importância da inclusão no ensino e que o Estado Democrático Brasileiro prioriza o princípio da igualdade de todos; não importando se a escola é pública ou privada.

Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta.⁶⁷

Ainda levanta a importância do convívio com o “diferente” para podermos ter uma sociedade mais justa e igualitária, e nesse convívio, poderemos garantir a verdadeira dignidade dessas crianças portadoras de deficiências. Assim segundo ele, o dever da escola não é “escolher, segregar, separar, mas é seu dever ensinar, incluir, conviver.”

É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de

67

todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB).⁶⁸

Para o ministro, independentemente das escolas privadas exercerem atividades econômicas, elas devem se adaptar para atender e acolher as pessoas com deficiências. E o contrário, correríamos “o risco de se criar às instituições particulares de ensino odioso privilégio do qual não se podem furtar os demais agentes econômicos. Privilégio odioso porque oficializa a discriminação.”

Para a ministra Rosa Weber, muitos dos problemas que a sociedade enfrenta hoje, entre eles a intolerância, o ódio, desrespeito e sentimento de superioridade em relação ao outro talvez tenham como origem o fato de que gerações anteriores não tenham tido a oportunidade de conviver mais com a diferença. “Não tivemos a oportunidade de participar da construção diária de uma sociedade inclusiva e acolhedora, em que valorizada a diversidade, em que as diferenças sejam vistas como inerentes a todos seres humanos”.

Todos os demais ministros acompanharam o voto do ministro relator Edson Fachin.

2.2.5 Homeschooling

Em setembro de 2018 foi julgado o Recurso Extraordinário 888.815/RS que tratava sobre a constitucionalidade do *homeschooling*, ou ensino domiciliar. O relator é o Ministro Roberto Barroso e iremos discutir sobre esse caso devido a mudança de perspectiva que o Supremo precisou lidar.

No caso, os pais de uma menina impetrou Mandato de segurança contra ato da Secretária Municipal de Educação de Canela/RS, que, em resposta à solicitação dos seus pais, que pretendiam educá-la em regime domiciliar, recomendou a imediata matrícula na rede regular de ensino. O Tribunal de origem entendeu que não haveria direito líquido e certo a amparar o pedido da recorrente de ser educada em regime domiciliar

O recurso busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação aos arts. 205, 206, 208, 210, 214 e 229, todos da Constituição. Sustenta, em síntese, que:

“Restringir o significado da palavra educar simplesmente à instrução formal numa instituição convencional de ensino é não apenas ignorar as variadas formas de

68

ensino – agora acrescidas de mais recursos com a tecnologia – como afrontar um considerável número de garantias constitucionais, cujo embasamento se dá, entre outros, pelos princípios da liberdade de ensino (art. 206, II, CF) e do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF), tendo-se presente a autonomia familiar assegurada pela Constituição” .

A Corte reconheceu o caso como sendo de repercussão geral tendo em vista que o interesse alcança várias famílias e, segundo o relator, tem relevância especialmente do ponto de vista social, jurídico e econômico. Para o Ministro Barroso:

(i) social, em razão da própria natureza do direito pleiteado, tanto que previsto no art. 6º, caput, c/c art. 205, da Constituição, como direito de todos e meio essencial ao exercício da cidadania e à qualificação para o trabalho; (ii) jurídico, porque relacionado à interpretação e alcance das normas constitucionais que preveem a liberdade de ensino e o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas (art. 206, I e II, da CRFB/1988), bem como à definição dos limites da relação entre Estado e família na promoção do direito fundamental à educação; e (iii) econômico, tendo em conta que, segundo os estudos acima citados⁶⁹, o reconhecimento do *homeschooling* poderia reduzir os gastos públicos com a educação.

Em no final de 2016, mediante petição da Associação Nacional da Educação Domiciliar, todos os processos sobre o assunto foram suspensos até a votação da Corte.

Em síntese, a discussão estava no limite entre a liberdade dos pais na escolha dos meios pelos quais irão prover a educação de seus filhos segundo suas convicções pedagógicas, morais, filosóficas, políticas e/ou religiosas.

No julgamento de setembro de 2018, a Casa decidiu por maioria que não é permitido no Brasil a prática do *homeschooling*. A maioria concordou que a Constituição não proíbe a prática, mas para que ela possa acontecer, seria necessária regulamentação própria.

Apenas Barroso decidiu pela liberação da prática, sugerindo que as crianças e adolescentes submetidos ao regime deveriam ser cadastrados nas secretarias municipais e fazerem provas periódicas, como é feito em diversos países e o ministro enfatizou que a prática tem aumentado significativamente em todo o mundo e até no próprio Brasil, a experiência é compartilhada por mais de 3.000 famílias segundo o mapeamento feito pela Associação Nacional de Educação Domiciliar. (Aned)

⁶⁹ Na decisão proferida pelo Ministro Roberto Barroso, ele citou as considerações do sociólogo André Holanda Padilha Vieira, realizada em 12/06/2013 na Câmara dos Deputados, em razão da tramitação naquela Casa de projeto de lei para regulamentação do ensino domiciliar (<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/17101>) onde segundo ele, o valor médio que cada família gastava com o ensino domiciliar de seus filhos era em média 183 reais, bem abaixo das mensalidades das escolas privadas, e ainda abaixo do valor que o MEC tinha divulgado gastar mensalmente por aluno, 185 reais.

Ele explicou que a discussão não está em saber se o ensino domiciliar é melhor ou pior, mas envolve o “respeito às opções e circunstâncias de quem prefere um caminho diferente”. Segundo o relator, as motivações dos pais que optam pelo ensino domiciliar demonstra a preocupação genuína com o desenvolvimento educacional pleno e adequado dos seus filhos. “Nenhum pai ou mãe faz essa opção, que é muito mais trabalhosa, por preguiça ou capricho”, afirmou, considerando haver razões relevantes e legítimas para que essa opção possa ser respeitada pela Constituição.

O ministro também relatou que a Constituição não trata dessa forma específica, mas apenas trata do ensino oficial, e esse leva a diferentes tipos de interpretação. Para ele, a escolarização formal não é o único padrão pedagógico autorizado pela Carta Federal. Ele rebateu o crime de abandono intelectual, dizendo que os pais não estariam deixando de garantir aos seus filhos educação, mas estariam optando por um método diferente. Assim, as famílias não deixariam seus filhos fora da escola por motivos de irresponsabilidade ou para que eles trabalhassem; até porque, segundo o relator, seriam necessários exames periódicos.

O voto seguido pela maioria foi o do Ministro Alexandre de Moraes. Segundo ele, apenas Estados totalitários afastariam a família da educação de seus filhos, e que a Constituição não nega a possibilidade do *homeschooling*, mas a mesma estabelece princípios, regras e preceitos para serem aplicados, incluindo a existência de um mínimo curricular e a necessidade de convivência familiar e comunitária.

Para que isso pudesse acontecer com o *homeschooling*, a prática precisaria seguir preceitos e regras tais como cadastramento dos alunos, avaliações pedagógicas e de socialização e frequência, pois ao contrário, poderia acontecer uma piora no quadro de evasão disfarçada pelo ensino domiciliar.

Assim, também o ministro disse que não é da competência do Supremo criar regras e normas para regulamentar o instituto, por isso, apesar de não o considerar inconstitucional, ele também não poderia ser legítimo no Brasil.

Os ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski foram os únicos a considerar o ensino domiciliar inconstitucional. O primeiro declarou que o método seria incompatível com dispostos na constituição, principalmente o dever dos pais de matricular os filhos e da frequência à escola; e a obrigatoriedade de matrícula, em instituo de ensino.

Lewandowski seguiu o voto do ministro Fux, e enfatizou a importância da educação como forma de construção da cidadania e da vida pública, por meio do engajamento dos indivíduos, numa perspectiva de cidadania ativa.

Para aqueles adeptos ao ensino domiciliar, não foi uma perda total, segundo eles o mais importante nesse momento é a pressão das famílias em fazer com que o Legislativo crie regulamentos para o instituto. O advogado Taiguara Fernandes, de João Pessoa (PB), por exemplo, cita o princípio da legalidade, afirmando que como o Supremo não disse que o homeschooling é ilegal, pelo princípio mencionado o Estado não poderia processar os pais que o fizeram.

Já Alexandre Magno, direito jurídico da Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED), informa que o trabalho deles será o de mobilizar mais famílias para que pratiquem o homeschooling e que hoje já estão em número de mais de sete mil e cobrar o posicionamento dos deputados, segundo ele “Pela primeira vez vemos nos candidatos a deputado uma perspectiva melhor. Por isso, focaremos a partir de 2019 no Congresso Nacional para que aprove o projeto de lei”, afirma.

3 CONCLUSÃO:

Como vimos nesses trinta anos de Constituição o direito à educação sofreu profundas mudanças, tendo o Supremo Tribunal Federal um papel decisivo nas premissas e limites do mesmo.

Obviamente como apontamos, ainda temos diversos desafios para concretizarmos uma educação a todos de forma igualitária e que realmente transforme a criança em um cidadão livre, onde esteja plenamente desenvolvido não apenas em um caráter cognitivo, mas socialmente também e como Delors nos ensina: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a ser e aprender a viver juntos.

Para esse caminho o direito da educação ainda enfrentará diversas discussões e o Supremo precisa estar proeminentemente interpretando nossa Constituição de acordo a fazer um ensino de qualidade.

Até o presente momento, não vemos o STF abordando o tema do princípio de qualidade assim como já é comum, por exemplo, nos EUA. Além disso, é fácil perceber que diversos outros temas importantes jamais foram objeto de exame da Corte. Pode notar o vazio jurisprudencial em relação ao direito de acesso à educação obrigatória noturna de forma geral (art. 208, I e VI); ao direito a programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (art. 208, VII), referido apenas sob a perspectiva dos entes federativos, suas competências e seu espaço de autonomia, mas não sob a ótica dos cidadãos.

Outro tema ainda não analisado pela Corte é o que prediz o artigo 205 da Constituição, a educação visa “ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.” Depois de doze anos de ensino fundamental, qual o percentual dos alunos das escolas públicas adquiriu (nos termos do artigo 32 da LDB – Lei 9.394/1996) a capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo?

Diante desse vazio, a lógica seria pensar que o motivo é o fato dos entes federativos já prestarem amplamente tais direitos, assim inexistente seria a causa para disputas sobre tais temas. Todavia, a realidade fática nos mostra uma realidade completamente oposta a essa.

Sabemos que as causas chegam ao STF através das partes ou por substitutos processuais ou por legitimados ativos, por meio de ações de natureza objetiva. Contudo, parece difícil um indivíduo isoladamente, ter condições de conduzir uma demanda até o Supremo, tanto por razões financeiras, como também por condições de falta de conhecimento.

Já sabendo dessa dificuldade, a própria Constituição atribui outras instituições, com destaque para o Ministério Público, legitimação para “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, II), bem como para “promover a ação civil pública para a proteção de interesses difusos e coletivos” (art. 129, III). Também o Procurador Geral da República é legitimado para o ajuizamento de ações objetivas de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (art. 103, VI e Lei nº 9.882/99, art. 2º). Por último, a legislação infraconstitucional confere à Defensoria legitimação ativa para a defesa de interesses coletivos, bem como a associações que atendam a determinadas exigências.

Boa parte das decisões que analisamos no STF em matéria ao direito à educação resultou justamente em ações onde o Ministério Público é um dos polos. Podemos então supor que, a probabilidade pela qual o Supremo possui grandes vazios em suas jurisprudências sobre os temas relacionados acima, decorre do fato que o Ministério Público não levou tais assuntos a Corte.

Precisamos ver uma mudança de prioridade do *parquet*, obviamente que uma instituição como esta possui um número incalculável de demandas, mas como vimos relacionado a importância do direito à educação para um bom funcionamento de toda a sociedade, é mister que os olhos do MP estejam voltados ao assunto.

Para isso, é um desafio a toda a sociedade e como um primeiro passo, carecemos de pesquisadores e doutrinadores na área. O direito educacional, como é denominado, vem ganhando espaço, mesmo que de forma tímida nos últimos anos, mesmo assim a produção de trabalhos acadêmicos é bem irrisória.

Apesar disso, podemos perceber um aumento significativo na quantidade de demandas que chegam ao judiciário sobre a matéria e podemos esperar que assim como o Supremo já analisou um caso emblemático como o do ensino domiciliar que vimos acima, o STF deve

enfrentar novas demandas que vem surgindo na sociedade, tais como a “Escola sem Partido”, “Ideologia de gênero”, etc.

REFERÊNCIAS:

- ARAÚJO, Luiz Alberto David. Barrados. **Pessoa com Deficiência sem acessibilidade: como cobrar, o que cobrar e de quem cobrar**. Petrópolis: Editora KBR, 2011.
- ARNESEN, Erik Saadi. **Direito à educação de qualidade na perspectiva neoconstitucionalista**. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Coord.); RIGHETTI, Sabine (Org.). *Direito à educação: aspectos constitucionais*. São Paulo: Edusp, 2009. p. 145-167.
- BARCELLOS, Ana Paula. **O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy**. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Regina Lyra. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 52.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 6ª edição.
- BRASIL. Ato Adicional, de 12 de agosto de 1834. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-16-12-agosto-1834-532609-publicacaooriginal-14881-pl.html>>. Acesso em 10/10/2018.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.
- CARVALHO, J. S. F. “**Democratização do ensino**” revisitado. *Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 30, n. 2, p. 327-334, maio/ago. 2004.
- CASTRO, J. A. ; DUARTE, B. C. **Descentralização da educação pública no Brasil: trajetória dos gastos e das matrículas**. Brasília, DF: IPEA, 2009. (Texto para discussão; 1352).
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988. Vol. I**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. p. 4418.
- CRETELLA Jr., José, (1991-1993). **Comentários à Constituição Brasileira de 1988. v. 2.**, 2ª ed. (1991) e v. 8, 2ª ed. (1993). Rio de Janeiro: Forense.
- Cury, C. R. J.; Ferreira, L. A. M. **A judicialização da educação**. *Revista CEJ*, Brasília: Centro de Estudos Judiciários, ano XIII, n. 45, p. 32-45, abr./jun. 2009.
- DANTE, Caroline Rodrigues Celloto; LONCHIATI, Fabrizia Angelica Bonatto. **Direito à educação no Brasil: Uma análise à luz da dignidade humana com ênfase no papel do Estado**. CONPEDI, Curitiba. 2016. Disponível em: < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/j0o20wk3/C51he11c7gXX2FbZ.pdf>>. Acesso em 04/11/18.
- GADOTTI, Moacir. **Qualidade na educação: uma nova abordagem**. 1. Ed. São Paulo: Editora e Livraria Instituto Paulo Freire, 2010.

JOAQUIM, Nelson. **Direito educacional brasileiro: História, Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2009.

KRELL, Andréas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **O Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo: IBPS. 1991.

LIMA, Maria Cristina de Brito. **A educação como direito fundamental**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 23-24.

MACHADO, Lourdes Marcelino; OLIVEIRA, Romualdo Portela de. **Direito à educação e legislação do ensino**.

MARSHALL, Thomas Humprey. **Cidadania, Classe e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 Com a Emenda nº 1 de 1969**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

MONTEIRO, Raquel Motta Calegari. **A educação no Brasil: direito social e bem público. Seminário Internacional de Educação Superior**. 2014. Disponível em: https://uniso.br/publicacoes/anais_eletronicos/2014/3_es_mercado_e_sociedade/04.pdf. Acesso em: 17/07/18.

MUNIZ, Regina Maria F. **O direito à Educação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. passim.

NASCIMENTO, M.E.P.do. **Educação Infantil: a contradição de um novo nível de ensino**. CASTRO, M. H.G. de & DAVANSO, Á. M.Q. Situação da Educação no Brasil. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, 1999. p. 40.

NETO, Eurico Bitencourt. **O Direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

OLIVEIRA, Dalila Andrade. **A reestruturação do trabalho docente: precarização e flexibilização**. Educ. Soc., Campinas, v. 25, n. 89, Dec. 2004. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/es/v25n89/22614.pdf>>. Acesso em 26/10/2018.

OLIVEIRA, R. P. de.; ARAÚJO, G. C. **Qualidade do ensino: uma nova dimensão da luta pelo direito à educação**. Revista Brasileira de Educação, n. 28, p. 5-23, jan-abr. 2005.

PINTO, José Marcelino de Rezende. **Novas fontes de financiamento e o custo aluno-qualidade**. In: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MAGISTRADOS, PROMOTORES DE JUSTIÇA E DEFENSORES PÚBLICOS DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE (ABMP); TODOS PELA EDUCAÇÃO. (Orgs.). Justiça pela qualidade na educação. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. **Justiciabilidade dos Direitos Sociais e Econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**. Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades,

Espanha, n. 15, abr. 2006. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>>. Acesso em: 15/03/18.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O novo cenário jurisprudencial do direito à educação no Brasil: o ensino domiciliar e outros casos no Supremo Tribunal Federal**. Pro. posições V.28, N. 2 (83) | Maio/Agosto 2017. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/pp/v28n2/0103-7307-pp-28-2-0141.pdf> > Acesso em: 23/05/18.

O estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação. Tese de Livre-Docência, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ROYER, Hilário. **Palestra “10 Anos do Plano Nacional de Educação (Lei 10.172/2001): Diagnóstico Nacional da Educação Infantil”**. In: Encontro do Grupo Nacional de Direitos Humanos do Ministério Público-COPEDEC/GNDH-CNPG. Gramado: 2011.

SARLET, I.W. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2010, p. 553-586.

Silva, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 1998. 89 a 94 p

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Sonia das Graças Oliveira. **A Escola na Formação do Cidadão**. Disponível em: < <http://www.artigos.com/artigos-academicos/2628-a-escola-na-formacao-do-cidadao> >. Acesso em 28/08/18.

Silveira, A. A. D. **O direito à educação de crianças e adolescentes: análise da atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (1991-2008)**. 2010. 303f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Direito fundamental à educação**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 771-788.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, dez. 2008. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf> >. Acesso em 19/09/2008.

ZENNI, Alessandro Severino Valler; FÉLIX, Diogo Valério. **Educação para construção de dignidade: tarefa eminente do direito**. Revista Jurídica Cesumar – Mestrado, Maringá-PR, vol. 11, n. 1, p. 169-192, jan./jun. 2011. Disponível em: < <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1736> > . Acesso em: 08/08/2018.